

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR



Autor: Abg. Roberto Manuel Mendoza Jaramillo.MSc.

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR

**EL SILENCIO ADMNISTRATIVO
EN EL ECUADOR**

Abg. Roberto Manuel Mendoza Jaramillo. MSc.

PRIMERA EDICION: Enero 2024

Autor: Abg. Roberto Manuel Mendoza Jaramillo. MSc.

Publicación: 500 Ejemplares

Diseño e impresión: Nexo Latino

Dirección: Quito-Ecuador

ISBN: 978-9942-45-496-6



DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción total o parcial o total de este libro, así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación o utilización, sin la autorización expresa del autor.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, a Dios por permitirme disfrutar de la vida.

Como también mis agradecimientos a mis padres, modelo de referencia, quienes me enseñaron a ser perseverante, constante y conseguir aquello que se proponga.

Abg. Roberto Manuel Mendoza Jaramillo. MSc.

DEDICATORIA

Dedicado para mis Padres, que con su ejemplo me han dado la energía para culminar este trabajo.

Dedicado también a todos mis colegas que de alguna manera me han dado sus opiniones críticas, constructivas, y a la vez animado a seguir siempre adelante.

Abg. Roberto Manuel Mendoza Jaramillo. MSc.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (2008), establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia” (art. 1); el nuevo modelo conceptual del Estado ecuatoriano influye drásticamente en toda la estructura jurídica que se va desarrollando a partir de la norma suprema.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), genera un nuevo orden jerárquico al determinar que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (art.424); esta supremacía de los derechos es el eje fundamental sobre el cual la actividad administrativa debe ejercerse en el Ecuador.

La manifestación plasmada por el ciudadano en una petición con el objetivo de satisfacer una necesidad no puede ser desconocida por la administración, debido a que el administrado previo a su presentación debe cumplir con los requisitos de admisibilidad, es decir que la administración al receptar la petición solicita al ciudadano que cumplan con los requisitos exigidos para cada trámite en particular previo a iniciar el procedimiento administrativo.

El Código Orgánico Administrativo (2017), determina que la administración solicitará a la persona interesada que cuando alguno de los actos no reúna los requisitos necesarios, se pueda notificar para que en el término de diez días se subsane la omisión; debiendo especificarse los requisitos a enmendarse con la indicación de su fundamento legal, técnico o económico y las instrucciones detalladas del modo en que debe proceder para subsanar las deficiencias; si la persona interesada no cumple lo dispuesto por la administración pública se entenderá como desistimiento y será declarado en la resolución, conminando a la administración que no podrá disponerse el archivo del procedimiento o la restitución de la petición a la persona interesada, sin previamente haber solicitado al administrado la subsanación en los casos que ameriten (art. 140); pero esto no significa que el ciudadano “se desquicie buscando documentos que obran en poder de la propia Administración que los solicita y que por desidia o mala gestión le es mucho más cómodo a la misma exigirle una y otra vez sin parar al administrado” (Soriano, 2014, p. 2767).

En el Ecuador el silencio administrativo, obra sobre los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas los cuales deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión

que lo resuelva, se entenderá que es positiva (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 207).

García (2013), manifiesta que una “tolerada” inactividad administrativa pone en riesgo la eficacia, la seguridad jurídica e incluso la igualdad en las transacciones comerciales, debido a las administraciones tiene procedimientos administrativos poco operativos, accidentados y engorrosos; recalando que la eficiencia de cualquier empresa bordea la ineficiencia cuando requiere de una autorización administrativa, lo que conlleva a un riesgo en la productividad en un mercado altamente competitivo (p. 59).

El derecho de petición y la respuesta emanada por la administración, no implica acceder favorablemente a lo solicitado, el desarrollo del derecho de petición ha llevado a confluir intrínsecamente a estos dos actos, siendo que uno debe ser consecuencia del otro; es así como, ante la petición interpuesta hacia la administración, ésta deberá atenderla, de manera favorable o no, pero en ningún caso dejar al administrado sin respuesta.

De modo que el silencio no satisface la pretensión del solicitante, el desconocer el estado real de la petición hace que el administrado se vea obligado a dirigirse nuevamente a la administración a requerir información, debido a que no tiene modo de saber a ciencia cierta qué ocurrió con su requerimiento; esta falta de transparencia y de acceso a la información pública limita el ejercicio de los derechos (Fernández R. S., 2017, p. 59).

Vidal (1999) hace notorio que:

Forma parte del contenido esencial del derecho de petición, el derecho a no sufrir perjuicio por el hecho de presentar peticiones a los poderes públicos, es decir, el derecho a no ser víctima de ninguna represalia por parte del poder público al que se dirige la petición (p. 273).

Benalcázar (2010) pone de manifiesto la razón y fin de los efectos legales del silencio administrativo, estableciendo que se prioriza la tutela de un derecho fundamental de contenido esencial, en la que no únicamente se garantiza la posibilidad de acudir a la autoridad con una petición sino obteniendo una respuesta conforme a derecho (p. 130). El administrado en libre ejercicio de sus derechos acude ante la administración para hacer valer los mismos, cuyo efectivo cumplimiento se complementa con la atención oportuna por parte de la administración; éste estudio se centra en discernir cada uno de los elementos que lo componen y se interrelacionan entre derecho de petición y el silencio administrativo, permitiendo tener una nueva precepción del objeto de estudio, esclareciendo cómo al momento de emerger el silencio administrativo como figura jurídica a consecuencia que la

administración incumplió su obligación de responder, se constituye en el factor determinante en la vulneración al derecho constitucional de petición; este estudio académico emplea una línea de investigación: justicia, actuación y procedimiento administrativo, de la que se desprende la sublínea: justicia administrativa, protección de derechos y garantías constitucionales.

CAPITULO I

DERECHO ADMINISTRATIVO

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El tratadista Manuel Posso Zumárraga, respecto de las fuentes del derecho administrativo dicho de manera clara que estas son fuentes positivas o también denominadas fuentes primarias y fuentes racionales o también denominadas fuentes secundarias.

Fuentes Positivas

Es importante partir señalando que la norma es la primera fuente o la principal dentro del derecho administrativo, pues esto responde principalmente a la legalidad y a una serie de principios y elementos históricos. En este contexto la ley se consagra como la principal fuente del derecho administrativo conforme se ha establecido en distintos cuerpos investigativos y según lo manifestado por variados tratadistas.

Las fuentes positivas del derecho administrativo las conforman las normas escritas del propio ordenamiento que se encuentra vigente Y que han sido sancionadas por el legislativo y que están direccionadas a cumplir con el ordenamiento legal dentro de la jerarquía constitucional prevista en la norma.

En consecuencia, de lo expuesto pasemos a analizar la primera fuente del derecho administrativo que se constituye en la norma.

En primer lugar, tenemos la constitución, cómo norma jerárquicamente superior, el cuál es el instrumento mediante el cual el estado fija su modelo de gobierno sus objetivos los mecanismos para todo el plan ideológico sea viable y sobre todo se reconocen y se norma y regla los derechos y garantías de todos los ciudadanos y se establecen cuál es la conformación de la Administración pública y de los poderes del Estado.

En caso de la Constitución ecuatoriana está determina en su Artículo 425 que la Constitución es la norma Suprema que prevalece sobre cualquier dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriana y que toda aquella Norma que sea

jerárquicamente inferior a la Constitución debe guardar total armonía con la norma constitucional.

En segundo lugar, tenemos a los tratados y convenios internacionales, al respecto Guillermo Cabanellas, esa que son todo acuerdo entre los gobiernos dos o más Estados que se reúnen a fin de convenir y tratar aspecto de políticas públicas militares territoriales y cuestiones atinentes al interés común.

Respecto de la jerarquización de estos tratados y convenios internacionales Existen dos teorías la primera que le ponen en un nivel jerárquicamente inferior a la constitución mientras que existe otra teoría que ponen a los tratados y convenios internacionales como una norma Supra constitucional es decir que se encuentra por encima de la constitución.

En este contexto del artículo 426 de la constitución del Ecuador pone a los tratados y convenios internacionales en jerarquía menor a la Constitución sin embargo no desconoce su importancia dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

Los tratados y convenios internacionales se convierten en una fuente principal del derecho administrativo Pues a partir de estas nociones de reglamentación es que aparecen las bases propias del contexto jurídico administrativo de los estados por lo que se convierte en una fuente básica del derecho administrativo (Eterna Cuesta, p. 139)

Por otro lado, tenemos a la ley conforme lo dicho al inicio de esta investigaciónCuál es una declaración de voluntad prescrita en la forma que la Constitución prevé y que manda y obliga a un hecho en particular, la ley surge a partir de legislativo y debe guardar estricta regulación con la norma jerárquica superior es decir con la constitución y en ella se arregla los aspectos orgánicos y ordinarios del ordenamiento jurídico y del funcionamiento del Estado.

La ley obliga a todos los administrados al cumplimiento efectivo de Su contenido y Oriente el ordenamiento jurídico y la aplicación y vigencia de la normativa interna ecuatoriana, por ello la ley Se presume como conocida para todos los ciudadanos y para los extranjeros por lo que no admite conductas en contrario. Es la existencia de la ley fija un límite al poder excesivo y regla el funcionamiento estatal.

En el ámbito de la Administración pública y del derecho administrativo Y por qué es fuente del derecho administrativo es menester señalar que la regla todos los aspectos orgánicos funcionales del estado y constituyen en su contenido leyes administrativas las que se desarrollan normas y principios jurídicos que están subordinados a la Constitución y que regulan el control de los aspectos del quehacer

público y del régimen personal de sus servidores así como el ejercicio de voluntad administrativa y la exteriorización de las decisiones.

Luego de ello tenemos normas regionales y ordenanzas municipales, éstas constituyen Fuente del derecho administrativo Pues en ella se Norma las competencias y atribuciones de los órganos y autoridades descentralizadas y la forma de su funcionamiento. Son Fuentes del derecho administrativo pues establece la forma de ejecución de la actividad pública descentralizada

También a los decretos y reglamentos establecen de manera obligatoria las órdenes y disposiciones emanadas del ejecutivo para la aplicación de la ley y Para orientar la actividad pública del quehacer administrativo disponiendo así la vigencia normativa y las disposiciones para la prosecución de la buena actividad de la Administración pública así también es necesario indicar que por su parte elementos subordinados sirven para la aplicación directa e inmediata de la norma y son fuente del derecho administrativo Pues en ellos expresa la voluntad legislativa y la voluntad soberana.

Por su parte las ordenanzas reglan lo referente a la Administración pública descentralizada y su forma de gobierno y legislación, son el mecanismo mediante el cual regula lo referente a la organización territorial y administrativa de los gobiernos descentralizados y la prestación de los servicios públicos y la potestad tributaria y sancionatoria y las competencias y atribuciones de dichas autoridades.

Las ordenanzas Son fuente del derecho administrativo puede expresar de manera directa la exteriorización de la decisión iniciativa de los gobiernos descentralizados en los asuntos que son de su competencia y que están estrechamente relacionados con el quehacer público y las actividades propias de la Administración pública descentralizada

Fuentes Racionales

Hablar de las fuentes racionales derecho administrativo Empezando por la costumbre entendida ésta como un método habitual de obrar o proceder en este aspecto existen teorías que ponen al derecho administrativo como una fuente Cómo es la costumbre Mientras que otras corrientes dicen que dicha fuente No puede ser considerada como tal. Este aspecto se debe entender que hacerle administración pública una actividad continua en efecto tiene como fuente la costumbre pues tiene su origen en el quehacer continuo de la costumbre dentro del ámbito intercultural.

Sin embargo, autores como Patricio Secaira dicen que no constituyen Fuente del derecho pues su carácter es público y por lo tanto sólo puede limitarse al accionar previsto en la Norma y no actividades discrecionales.

Hernán Jaramillo, expresa que en efecto la costumbre si puede ser Fuente del derecho administrativo porque en ella se establecen precedentes que conducen en efecto a que el legislador regle estas actividades dentro de la norma jurídica. Este contexto se podría decir que finalmente más allá de la costumbre como fuente del derecho se hablaría más bien que la fuente correcta es el precedente que si sería una fuente.

En el segundo punto, hablamos de la doctrina jurídica como una fuente del derecho administrativo, ya que es a través de los estudios de doctrinólogos que se llega a sentar teorías administrativas y reglas básicas de la Administración pública por lo tanto ésta se convierte en una fuente del derecho administrativo. Este contexto Guillermo Cabanellas, en efecto dice que de la doctrina son teorías sustentadas por tratadistas.

Dentro de estas Fuentes secundarias del derecho administrativo También tenemos a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho siendo los primeros aquellos dictados conforme lo dicho por Burón, para llenar los vacíos normativos y se aplican legalmente con fundamento inmediato de sus disposiciones.

Sí sirven de plataforma para poder crear norma jurídica y administrativa es por ello que son una fuente del derecho administrativo hecho similar ocurre con la jurisprudencia que es ese conjunto de decisiones que a criterio pueden formar parte del sistema jurídico y por lo tanto ser consideradas como fuente primaria o secundaria del derecho administrativo por los órganos generadores de resoluciones administrativas.

Principios del Derecho Administrativo

Son principios del derecho administrativo los de responsabilidad, de buena fe, de los actos propios, no contradicción, la motivación, la desviación del poder y el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, la seguridad jurídica, la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia.

Sin embargo, es importante notar que estos principios no son propiamente de orden privado, pues tienen una concitación propia dentro del derecho público, y esencialmente en derecho administrativo; así por ejemplo la responsabilidad en el ámbito privado, solo es en torno a particulares, mientras que en lo público denota una amplia extensión que se centra en aspectos tales como la responsabilidad del Estado, frente al particular, tanto de dotar los mecanismos adecuados que aseguren una vida digna, y cumplan con los fines de la administración pública; como el deber que tiene el Estado de responder frente a sus administrados por las acciones u omisiones cometidas en perjuicio de sus derechos; y finalmente el eje de

responsabilidad que tiene el servidor público para actuar al amparo de la juridicidad. Cosa similar ocurre con los demás principios que si bien es cierto guardan tintes genéricos que parten de su intencionalidad, se acoplan y se adaptan a las necesidades y requerimientos del derecho administrativo, con la finalidad de configurar y armonizar el ordenamiento jurídico en el sentido que más se adapte a la persecución del bien común y la interdicción de la arbitrariedad.

El tratadista Gordillo, empieza indicando en un primer instante que esta idea de una doble personalidad del Estado, es un tema doctrinal superado, pues manifiesta que hoy pocas personas las siguen o defienden. Ahora bien, respecto de la doble personalidad manifiesta que es doble posibilidad de actividad del Estado, siendo la primera que en ejercicio de derecho público la reviste de autonomía y poder, y la segunda como la capacidad de administrar y realizar actividades administrativas de derecho privado. Bajo mi consideración lo que Gordillo implícitamente quiere decir es que esta dualidad de personalidad del Estado, implica la capacidad de gobernar, crear norma y auto determinarse, como un eje del derecho público que lo confronta con aspectos propios del derecho privado como la capacidad de administrar y de ejercer actividades propias del derecho civil como por ejemplo contratar.

Bajo estos parámetros se establece que se habla de una doble personalidad, por la capacidad que tiene el Estado de realizar actividades propias del derecho civil, sin embargo, se denota que la personalidad jurídica del Estado es una sola, por lo que mal haríamos en mencionar dicha dualidad, por lo tanto, son temas superados. En conclusión, una institución propia u originada en el derecho civil, no implica u obliga que cuando la administración pública haga uso de dichas instituciones implícitamente estemos frente a un derecho civil y una doble personalidad estatal, sino que la actuación de la administración pública aun en ejercicio o uso de instituciones civiles, son parte de la esfera del derecho público.

Principio de Juridicidad. - El principio de juridicidad se consagra en el artículo 226 de la Constitución del Ecuador que expresa:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (Constitución del Ecuador, 2008)

Así también este principio lo encontramos consagrado en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo que textualmente expresa:

Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Principio de Celeridad. - El principio de celeridad está consagrado en la Constitución del Ecuador en los artículos 75 y 169 de la Constitución del Ecuador, que a continuación los cito:

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los

principio de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.” (Constitución del Ecuador, 2008) El énfasis en el texto me corresponde.

Así también se lo consagra en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional en el artículo 4, numeral 11, letra b), que expresa: b) “Celeridad. - Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, 2009)

Principio de Racionalidad. - El principio de racionalidad se lo prevé en el artículo 4 número 9 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional que expresa:

“Motivación. - La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, 2009)

En este contexto el principio de racionalidad se lo positiva en el artículo 130, número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expresa:

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES. -

Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

El artículo 217, número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que es competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad. Por lo tanto, es competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo conocer el silencio administrativo.

Por su lado el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo determina que el acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial y que, para el efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto y además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

Por su parte el artículo 307 del (Código Orgánico General de Procesos, 2015), expresa que en el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial.

En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.

La resolución 13-2015, de la Corte Nacional de Justicia, expresa que “los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. Este auto es susceptible de recurso de casación”

Ahora bien, el problema gira en torno a la oportunidad para presentar la demanda o petición de ejecución de silencio administrativo, pues el artículo 306, del (Código

Orgánico General de Procesos, 2015), expresa que para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente:

1. En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado.
2. En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.

De lo expuesto se advierte efectivamente que existe una dicotomía en relación al tiempo en que debe presentarse la demanda o petición de ejecución de silencio administrativo, sin embargo, en la presente investigación más allá del plazo de los noventa días o de los cinco años, nos centraremos en el problema jurídico de que la norma procesal no prevé el término a partir del cual se contabiliza los noventa o cinco años para activar la demanda o ejecución del silencio administrativo, lo que puede generar una inseguridad jurídica, pues no se puede establecer un término exacto para la caducidad del derecho.

Relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional

Gordillo determina que existen tres tipos de relaciones entre el derecho administrativo y el constitucional, de manera genérica expresa que son la existencia de principios, las disposiciones, y la organización del poder. Bajo esta consideración es necesario indicar en primer lugar que entre el derecho constitucional y el administrativo existen principios generales que orientan tanto el orden constitucional como el orden administrativo; en segundo lugar, está la normativización del ordenamiento jurídico a partir de la Constitución, pues ninguna norma puede ser esencialmente contraria a la constitución; y en tercer lugar el hecho que la administración pública se organiza en atención a los preceptos constitucionales, tales como la descentralización, desconcentración y jerarquización.

Transformación del Derecho Administrativo

Partiendo del concepto primigenio de que el derecho no es estático, sino que este es dinámico y cambiante, pues así también es la administración pública. En este contexto a la luz de las ideas de Gordillo se identifica que la administración pública ha sufrido significativos cambios en torno a su actividad, todo esto a la luz del derecho administrativo. Para empezar si bien es cierto con el establecimiento del Estado se configuró la idea de la administración pública, esta mantenía estereotipos

monárquicos, pues si bien el poder esta descentrado, ese poder aún era irresponsable en cierta medida y centralizado a un interés particular. De esta manera se doto a la administración de prerrogativas y privilegios inclusive sin que medie norma que los confiera, lo que le permitió ejercer un poder coercitivo e irresponsable frente a los administrados, sin embargo, cuando la administración pública actuaba como una persona de derecho privado, esta supremacía era disminuida con el afán de igualarla frente al individuo. Considero entonces que estas circunstancias dieron origen a una evolución y cambio del derecho administrativo orientándolo a disminuir los excesos de poder apartando la arbitrariedad, y si bien es cierto se reconoce que la administración pública se mueve a través del derecho público, se crean mecanismos de control de la actividad para equipar las actuaciones con la de los individuos.

Órganos Administrativos

Administración pública en el Ecuador es jerarquizada, se desenvuelve en el cumplimiento de sus funciones y órganos administrativos y organismos administrativos. Los órganos administrativos entes públicos al servicio de los ciudadanos que tienen objetivos específicos y cumple con las atribuciones y competencias establecidas en la ley son de vital importancia pues desarrolla la actividad pública encomendada por la ley por ello se convirtió en una herramienta indispensable para el desarrollo de la actividad pública y el ejercicio de la auto tutela administrativa de modo las decisiones emanadas por estos órganos gozan del principio de legalidad.

Órganos cuentan con la Facultad de absolver consultas de decisiones de actividades específicas dentro de sus competencias y atribuciones que están fijadas directamente por la Constitución y de actuar siempre en procura de los derechos de los ciudadanos.

Acto Administrativo

El acto administrativo es una declaración unilateral de la voluntad de la Administración pública de exteriorizar sus decisiones, pues a través del acto administrativo la administración pública puede exteriorizar su voluntad en ejercicio de la potestad resolutoria.

La característica principal del acto administrativo es que produce efectos jurídicos externos es decir fuera de la Administración pública A diferencia de los datos de Simple administración según efecto jurídico interno es decir dentro de la propia administración pública además el acto administrativo Se caracterizan por gozar de

presunciones como el de legalidad y de legitimidad que obliga a la administración pública a hacer y administrado a cumplir la desde el momento de su notificación.

CAPITULO II

SILENCIO ADMINISTRATIVO

Antecedentes Históricos del Silencio Administrativo

El ser humano por su naturaleza instintos ha tenido siempre la incesable necesidad de dirigir peticiones para un de un superior una finalidad de alcanzar una respuesta en relación a su petición la cual comúnmente estaba destinada a dirimir conflictos o a petitionar algo para satisfacer sus necesidades.

Por ello en un inicio las sociedades primitivas ejercían un poder de fuerza y estaban divididas según la jerarquía de fuerza por ahí se consultaba al más fuerte. Posteriormente aparece el culto y la religión y es aquí donde se dirigen las peticiones o también llamadas plegarias o ruegos a un hombre omnipotente o divino con la finalidad de ser escuchado a través de la elevación de petitorios.

Luego con la aparición de distintas religiones y la jerarquización del poder eclesiástico las súplicas eran direccionadas directamente al sabio, al sacerdote, o a quien ostente ese poder divino en la tierra, posteriormente esto se tradujo cuándo existieron las monarquías en los papados y reinados.

Tanto es que se fragua este principio de pedir dentro de la jerga religiosa unos versículos 7 y 8 del evangelio de San Mateo se esgrimen las máximas del pedir y se les dará una fuente básica de la petición. Este principio referente de la divinidad luego se empezó a desarrollar dentro de las autoridades sacerdotales para luego ser pasada a las autoridades militares y finalmente alcanzar a la autoridad de gobierno pues era el ciudadano o la persona la que pedía al sacerdote o a la autoridad militar o gubernamental con esperanza de recibir una respuesta.

La posibilidad de dirigir peticiones por parte de los súbditos la monarquía por primera ocasión en la Carta Magna desarrollada en el período de gobierno de Juan Sin Tierra, monarca Inglaterra en 1215, donde se plasma el derecho de petición como una forma de los ciudadanos para poder dirigir peticiones para ante el gobierno, derecho se mantiene incluso la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el año en 1793.

Este contexto se establece los primeros indicios del derecho de petición como una forma de pedir y que se atienda o se conceda lo pedido por parte del ciudadano evolucionando de esta manera los derechos ligados a actos de voluntad del

ciudadano de conocer respuestas de parte de los gobernantes siendo así ligado el derecho de petición con el derecho de respuesta por parte de la administración es así que el ciudadano puede interponer cualquier tipo de peticiones sean destinadas alcanzar o ratificar un derecho y por otro lado se establece la carga impositiva de la Administración pública de emitir una respuesta positiva o negativa en atención al contenido de la petición del solicitante.

En la actualidad dentro del Estado moderno se reconoce de manera directa este derecho a favor de los ciudadanos como una forma incluso de ejercer el derecho de participación por parte de los ciudadanos en el actuar público y en el gobierno incluso mediante el reconocimiento de derechos y garantías como de petición y de respuesta y participación en asuntos públicos.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), establece que:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia” (art. 1); el nuevo modelo conceptual del Estado ecuatoriano influye drásticamente en toda la estructura jurídica que se va desarrollando a partir de la norma suprema.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), genera un nuevo orden jerárquico al determinar que:

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (art.424); esta supremacía de los derechos es el eje fundamental sobre el cual la actividad administrativa debe ejercerse en el Ecuador.

La manifestación plasmada por el ciudadano en una petición con el objetivo de satisfacer una necesidad no puede ser desconocida por la administración, debido a que el administrado previo a su presentación debe cumplir con los requisitos de admisibilidad, es decir que la administración al receptar la petición solicita al ciudadano que cumplan con los requisitos exigidos para cada trámite en particular previo a iniciar el procedimiento administrativo.

El Código Orgánico Administrativo (2017), determina que la administración solicitará a la persona interesada que cuando alguno de los actos no reúna los requisitos necesarios, se pueda notificar para que en el término de diez días se subsane la omisión; debiendo especificarse los requisitos a enmendarse con la indicación de su fundamento legal, técnico o económico y las instrucciones

detalladas del modo en que debe proceder para subsanar las deficiencias; si la persona interesada no cumple lo dispuesto por la administración pública se entenderá como desistimiento y será declarado en la resolución, conminando a la administración que no podrá disponerse el archivo del procedimiento o la restitución de la petición a la persona interesada, sin previamente haber solicitado al administrado la subsanación en los casos que ameriten (art. 140); pero esto no significa que el ciudadano “se desquicie buscando documentos que obran en poder de la propia Administración que los solicita y que por desidia o mala gestión le es mucho más cómodo a la misma exigirle una y otra vez sin parar al administrado” (Soriano, 2014, p. 2767).

El derecho de petición y la respuesta emanada por la administración, no implica acceder favorablemente a lo solicitado, el desarrollo del derecho de petición ha llevado a confluir intrínsecamente a estos dos actos, siendo que uno debe ser consecuencia del otro; es así como, ante la petición interpuesta hacia la administración, ésta deberá atenderla, de manera favorable o no, pero en ningún caso dejar al administrado sin respuesta.

De modo que el silencio no satisface la pretensión del solicitante, el desconocer el estado real de la petición hace que el administrado se vea obligado a dirigirse nuevamente a la administración a requerir información, debido a que no tiene modo de saber a ciencia cierta qué ocurrió con su requerimiento; esta falta de transparencia y de acceso a la información pública limita el ejercicio de los derechos.

El silencio administrativo dentro de la legislación ecuatoriana ha sufrido un sinnúmero de cambios especialmente direccionados a su ejecución y procedimiento.

Para ello partamos señalando que mediante Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015, se emitió el Código Orgánico General de Procesos, en dicha norma se establece que la ejecución del silencio administrativo, en efecto es competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, respecto del procedimiento señalaba el artículo 327 de la citada norma que el silencio administrativo se ejecutaba por procedimiento sumario, es decir podría especular que se lo apreciaba como un procedimiento de conocimiento dado a que en el mismo se apertura una fase de prueba en audiencia única y por lo tanto se regía por todos los principios y normas de dichos procedimientos.

Luego de ello por la Ley Reformatoria al COGEP de 2017, en la disposición reformativa primera, del numeral 5, establece que el silencio administrativo pasa a ubicarse en el LIBRO V, TÍTULO I Ejecución, CAPÍTULO II EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

Una vez que se ha delimitado el derecho de petición como una piedra angular el silencio administrativo se puede indicar que el Génesis de esta institución es del citado derecho pues ante la ausencia de respuesta de las peticiones o reclamos dirigidos por los administrados para ante la administración pública nace el silencio administrativo cuando dicha petición sea válida legal y legítima presentada para ante la administración pública competente y que reúna los requisitos antes singularizados.

Por ello el silencio administrativo se convierte en una aceptación o una negación tácita ipso iure particular respecto de lo solicitado en cuyo caso no necesariamente existe un pronunciamiento posterior de la Administración pública pues la misma ley regla cuál es el efecto de la ausencia de respuesta siendo este positivo o negativo.

Por esto el silencio administrativo es un acto presunto de la Administración pública en efecto negativo en ciertos casos y con efecto positivo en otro, pero en todos los casos nacen de la ausencia de pronunciamiento guarnición de la Administración pública en el cumplimiento de su potestad resolutoria.

Entonces consideramos al silencio administrativo como aquel que proviene de la omisión o de la falta de acción de la Administración pública el cual culmina un acto presunto respecto de los efectos propios de dicho silencio, yendo Así que el silencio se convierte en una figura legal impuesta por el legislador a favor del administrado por la inacción de la Administración pública.

Ana Carolina Cedeño, respecto del Silencio administrativo dice:

“El silencio administrativo nace de la abstención de hacerlo” refiriéndose a la ausencia de respuesta del órgano administrativo.”

El silencio administrativo no es considerado como una garantía tanto para la administración pública como para el administrado, pues por un lado permite la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y además permite la posibilidad de dirigir peticiones y reclamos para ante la administración pública, obliga también a la administración pública a emitir actos de manera oportuna evitando dilaciones en el procedimiento o evitando que la administración pública haga caso omiso a las peticiones.

De esta manera el silencio administrativo permite una tramitación rápida de los procesos evitando dilaciones innecesarias pues del Silencio administrativo también se convierte en una posibilidad de que la autoridad u órgano administrativo pueda resolver de manera oportuna los asuntos puestos en su conocimiento.

El silencio administrativo está compuesto por una presunción denominada *iuris et de iure* la cual implica el acto presunto emitido por la administración pública goza de todas las presunciones de legalidad y en efecto puede producir efectos jurídicos para el administrado. Juan Carlos Benalcázar, respecto del Silencio administrativo ha expresado el ordenamiento jurídico prevé los efectos para dicho silencio llevándonos a pensar que existe una posibilidad alternativa de decisión expresa y una forma anómala determinar el procedimiento.

Este contexto el silencio administrativo nace ante la ausencia de pronunciamiento del ente público en las peticiones del administrado, y por el cumplimiento de la obligación de resolver dentro de los términos previstos en la ley.

El silencio administrativo en el contexto histórico de la legislación ecuatoriana

El silencio administrativo dentro de la legislación ecuatoriana ha sufrido un sinnúmero de cambio especialmente direccionados a su ejecución y procedimiento.

Para ello partamos señalando que mediante Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015, se emitió el Código Orgánico General de Procesos, en dicha norma se establece que la ejecución del silencio administrativo, en efecto es competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, respecto del procedimiento señalaba el artículo 327 de la citada norma que el silencio administrativo se ejecutaba por procedimiento sumario, es decir podría especular que se lo apreciaba como un procedimiento de conocimiento dado a que en el mismo se apertura una fase de prueba en audiencia única y por lo tanto se regía por todos los principios y normas de dichos procedimientos.

Luego de ello por la Ley Reformativa al COGEP de 2017, en la disposición reformativa primera, del numeral 5, establece que el silencio administrativo pasa a ubicárselo en el LIBRO V, TÍTULO I Ejecución, CAPÍTULO II EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER, que en el artículo 307 A se limita en señalar que se llevará a cabo en una audiencia en que se oirá las partes sin mayor desarrollo en cuanto a su debido proceso.

Esto implicó varias problemáticas en relación a especialmente al término para ejercitar el derecho de acción del silencio administrativo en sede contenciosa, por cuanto un título de ejecución puede ser ejecutado dentro del término de cinco años, hecho que como ha quedado indicado en la introducción de esta investigación no puede ser concebido, por las implicaciones que esto puede conllevar, por la dilación que generaría y las implicaciones de atender una petición luego de cinco años, por

ello yo mantengo mi postura que la caducidad opera en noventa días considerando que la desidia de atender el derecho de petición vulnera un derecho subjetivo.

El silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En relación al silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es menester señalar que esta institución ha pasado por diferentes cambios, siendo el más importante el de la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo norma que en la actualidad rige todo lo concerniente al régimen administrativo ecuatoriano por lo que estable, las reglas para el silencio administrativo.

Sin embargo de aquello es menester señalar que dicha norma entró en vigencia luego de la derogatoria del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, la cual el efecto reglaba todos los efectos jurídicos del Silencio administrativo dentro del sistema jurídico ecuatoriano previendo los defectos del dicho silencio y a su vez los plazos y términos para que operé el silencio administrativo en tal virtud es necesario citar el contenido de la citada norma para su vez ser puesto en contraposición del actual norma, de esta manera establecer los desequilibrios y perspectivas que ha ido alcanzando el silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y cómo ha ido evolucionando hasta ser las figuras jurídicas que hoy tenemos.

Por lo expuesto citemos lo que decía el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, respecto del silencio administrativo:

Art. 115.- Obligación de resolver.

1. La administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero de este numeral, los supuestos de terminación del procedimiento por acuerdo o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación o notificación previa a la administración. (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los

procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los 60 días, salvo lo previsto en leyes especiales. (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)

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

- a. *En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acto o resolución de iniciación; y, (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)*
- b. *En los iniciados a solicitud o petición del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, cumpliendo todos los requisitos previstos en el ordenamiento. (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)*

Una vez que hemos citado la norma contenida en el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, corresponden determinar cómo se encuentra arreglado dentro del ordenamiento jurídico actual el silencio administrativo, los plazos que prevé la norma y en qué casos opera.

Por supuesto citó textualmente lo que expresa el Código Orgánico Administrativo en relación al silencio administrativo

Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios invalidadables, esto es, aquellos que incurren en las causales de nulidad del acto

administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Art. 208.- La falta de resolución en procedimientos de oficio. En el caso de procedimientos de oficio de los que pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hayan comparecido deben entender estimadas sus pretensiones, por silencio administrativo. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Art. 209.- La falta de resolución en procedimientos promovidos por la persona interesada. En los procedimientos que hayan sido iniciados a solicitud de la persona interesada, para obtener autorizaciones administrativas expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, transcurrido el plazo determinado para concluir el procedimiento administrativo sin que las administraciones públicas hayan dictado y notificado la resolución expresa, se entiende aprobada la solicitud de la persona interesada. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Cuando el recurso de apelación se haya interpuesto contra la estimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá aprobado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no expide resolución expresa. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Cuando con el acto administrativo presunto que se origina se incurre en alguna de las causales de nulidad invaliables, el acto administrativo presunto puede ser extinguido por razones de legitimidad, de conformidad con las reglas de este Código. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Art. 210.- Resolución expresa posterior ante el silencio administrativo. En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, solo puede dictarse de ser confirmatoria. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

El acto administrativo presunto producido por silencio administrativo se puede hacer valer ante la administración pública o ante cualquier persona. Los actos producidos por silencio administrativo generan efectos desde el día siguiente al

vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento administrativo sin que el acto administrativo se haya expedido y notificado. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Clasificación del Silencio Administrativo

El efecto del Silencio administrativo viene dado por la ley, pues en efecto es esta norma la que determina cuál va a ser el efecto que va a tener el silencio administrativo pues puede ser en un primer instante positivo es decir que concede lo solicitado reclamados por el administrador o a su vez negativo cuando se niega lo solicitado. Por lo expuesto aclaró que el efecto puede ser positivo o negativo.

Silencio administrativo negativo

Cuando nos referimos al silencio administrativo un efecto negativo básicamente nos referimos a la no concesión de la petición o solicitud realizada por el ciudadano, pues del Silencio administrativo negativo implica que concluido el lapso de tiempo o término previsto dentro del ordenamiento jurídico tiene la administración Pública para resolver un asunto puesto a su conocimiento se entiende por negada la solicitud es decir se niega lo solicitado y por lo tanto opera el efecto de silencio negativo.

García Garnica, respecto del Silencio administrativo negativo expresa permite a los interesados el acceso a la administración pública sin embargo el fundamento del silencio es negativo y hay que buscar revisar dicho acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa y de rever la decisión.

En otras palabras, cuando nos referimos al silencio administrativo negativo, nos referimos a un acto negativo ficto, es decir si bien es cierto no guarda el derecho del usuario a una respuesta motivada si niega el fondo de la petición. En conclusión, podemos señalar que el silencio administrativo negativo llega a negar explícita y tácitamente la petición o solicitud emitida o realizada por el administrado o ciudadano en ejercicio de su derecho de petición.

En caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura del Silencio administrativo negativo tuvo su auge en el ordenamiento jurídico en el período de Mahuad, donde en la ley de Modernización del Estado, se preveía que las peticiones tenían el efecto de negativo.

Silencio administrativo positivo.

En relación a silencio administrativo positivo este se produce cuando ante la ausencia del pronunciamiento de parte de la Administración pública se entiende por aceptada la petición o solicitud o reclamo activado por parte del administrar, pues por la inactividad de la Administración pública se debe tener por aceptada dicha petición esto con el firme propósito de garantizar el acceso pleno al órgano administrativo y poder alcanzar una respuesta oportuna.

El silencio administrativo positivo tiene un efecto inmediato de concesión con efectos jurídicos positivos, lo que implica la concesión del derecho, pues es un efecto ficto, inmediato de concesión.

El silencio administrativo positivo por lo tanto operar por la inactividad de la Administración pública ante las peticiones de los administrados, y a través de esta institución se concede el derecho a los ciudadanos.

Con el aparecimiento del Silencio administrativo se da continuidad a los procedimientos administrativos pues con la ausencia de pronunciamiento de parte de la autoridad u órgano administrativo opera directamente del Silencio administrativo es decir opera directamente la aceptación de la petición con lo que se habilita el procedimiento administrativo teniendo por lo tanto respuestas rápidas y oportunas de la administración pública.

En el caso de la legislación ecuatoriana la norma ha establecido el silencio administrativo tengo un efecto de positivo Sí de parte de la Administración pública no ha existido un pronunciamiento Expreso es decir la resolución de parte del órgano o autoridad administrativa dentro del plazo de los 30 días con un efecto positivo es decir como un efecto favorable para el administrado Lo que implica básicamente la concesión de la solicitud petición o reclamo activado entendiendo por aceptado aquello por parte de la Administración pública.

En este contexto el Código Orgánico Administrativo en relación al silencio administrativo positivo señala:

Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Plazo para que opere el silencio administrativo

El artículo 207 del Código Orgánico Administrativo, determina en primer lugar de los administrados pueden dirigir reclamos solicitudes o petitorios para ante la administración pública dichos requerimientos resueltos por parte de la Administración pública en el término de 30 días, y que vencido dicho término opera automáticamente el silencio administrativo.

En lo expuesto se colige que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano el plazo para que opere el silencio administrativo es el de 30 días.

Características del silencio administrativo en el Ecuador

Primero.- El silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano procede ante los reclamos, solicitudes y peticiones de los administrados ante las administraciones públicas.

Segundo.- El silencio administrativo no cabe ante recursos administrativos

Tercero.- El efecto del Silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es positivo Es decir de confesión de la petición, solicitud o reclamo.

Cuarto.- El silencio administrativo produce un efecto generador ficto.

Quinto.- Para que opere el silencio administrativo debe haber ausencia de respuesta de parte de la Administración pública luego de los 30 días.

Sexto.- Para que el acto administrativo presunto pueda surtir efectos jurídicos amanes cumplimiento de plazo debe no incurrir en las causales de nulidad.

Requisitos para que opere el silencio administrativo

Primero.- Para que opere el silencio administrativo en primer lugar es necesario que el ciudadano formule una solicitud, o reclamo ante la administración pública

Segundo.- La petición, solicitud o reclamo debe ser legal.

Tercero.- Que el peticionario tenga interés directo en la petición solicitud o reclamo

Cuarto.- La petición, solicitud o reclamo este deducida ha escrito

Quinto.- La petición, solicitud o reclamo este dirigida a la autoridad competente.

Sexto.- La petición, solicitud o reclamo debe contener todos los requisitos señalados en la ley.

Séptimo.- La petición, solicitud o reclamo debe presentarse en duplicado a fin de tener constancia de la recepción.

Octavo.- El derecho solicitado o lo que se pretende alcanzar con la petición sea verdadero y tenga además un antecedente válido y que no haya caducado por el transcurso del tiempo.

Noveno.- De ser necesario se acompañará la prueba válida de que el interesado tiene derecho a lo solicitado.

Décimo.- Haya transcurrido 30 días sin que la administración pública notifique al interesado con el contenido de la resolución respecto de su petición, reclamó o solicitud.

Onceavo.- Solicitar a la administración pública el reconocimiento del derecho por haber operado el silencio administrativo o en su defecto acudir ante la instancia jurisdiccional a fin de que se reconozca el derecho por ejecución de silencio administrativo con los requisitos que la ley prevé para el caso.

Ejecución del silencio administrativo

El artículo 370A, del Código Orgánico General de Procesos, respecto de la ejecución del silencio administrativo, dice que “si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes. Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

La misma norma procesal contenida en el Código Orgánico General de Procesos, 2015, en el artículo 349 determina que la demanda deberá reunir los requisitos

previstos en las reglas generales de este Código y se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo, incluso señala que la omisión de este requisito no será subsanable y producirá la inadmisión de la demanda. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En este sentido también el Código Orgánico General de Procesos, 2015, en el artículo 350 determina que, si el juzgador cree que el título aparejado a la demanda no presta mérito ejecutivo, denegará de plano la acción ejecutiva. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos previstos en este Código para las providencias preventivas. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En este contexto es menester señalar que si bien es cierto que este es un procedimiento ejecutivo o de ejecución, también es un proceso contencioso administrativo y por lo tanto debe cumplir con los requisitos del artículo 308 del Código Orgánico General de Procesos, 2015, que expresa que cuando se trate de procesos contencioso tributarios y contencioso administrativos, además de cumplir los requisitos previstos para la demanda en las normas generales de este Código, se adjuntará la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Derecho de petición

Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben únicamente bienes y servicios públicos, ahora se convierten en actores principales de las políticas públicas; es así como el Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general (Rodríguez-Arana, 2012, p. 249).

La Constitución de la República del Ecuador (2008), “reconoce y garantiza a las personas, el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas” (art. 66, núm. 23); en concordancia con el Código Orgánico Administrativo (2017) estableciendo que “las personas tienen derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las

administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas, de forma oportuna” (art. 32); en correlación con el Código Orgánico Integral Penal (2014), que garantiza que “la persona privada de libertad, tiene derecho a presentar quejas o peticiones ante la autoridad competente del centro de privación de libertad, a la o al juez de garantías penitenciarias y a recibir respuestas claras y oportunas”(art. 12, núm. 9); es así como el derecho de petición en el Ecuador, faculta el poder dirigirse a la administración, y exige fehacientemente una respuesta fundamentada, oportuna y motivada.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), respecto de la motivación prescribe: 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 (art.76, núm.7, letra. l).

Es importante señalar que la respuesta generada por la administración debe ser acorde a derecho, debidamente fundamentada; concordando con lo aportado por Hernández (2018):

Motivar es argumentar, dar razones de la decisión tomada. Motivar no es señalar únicamente las disposiciones jurídicas pertinentes o citar doctrina con relación a la causa, sino que es la construcción del pensamiento jurídico a través del cual se llega a una determinada decisión (p. 24).

Es así como la Corte Constitucional ha señalado la obligación de motivar como garantía del debido proceso bajo tres parámetros plenamente establecidos por la Corte Constitucional, para el período de transición, en su sentencia N.º 227-12-SEP-CC: razonabilidad; lógica; y, comprensibilidad; lo que ha servido de base para que se desarrolle, a través de las sentencias que se dictan, del denominado “test de motivación”:

Así, la motivación es condición para el efectivo goce de los derechos y el control social sobre la juridicidad de la actuación pública.

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica

coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto (Sentencia 227-12-SEP-CC, 2012).

Es vital dentro de un Estado constitucional de derechos, la importancia y el rol del estándar de aplicación obligatoria que emite la Corte Constitucional en la generación del derecho, convirtiéndose en un factor determinante como garantía constitucional, al enmarcar los parámetros mínimos que deben contener los actos emitidos por el poder público.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce y garantiza “el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características” (art. 66, núm. 25); principios que deben ser observados y respetados en todo momento, sin excepción alguna por lo servidores públicos en el ejercicio de sus competencias. De ahí la importancia de que todas las peticiones, solicitudes o reclamos formulados a la administración reciban una contestación oportuna.

Destacando la contribución de Soriano (2014) que preceptúa que las administraciones públicas, como eje fundamental deben posibilitar en todo momento el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, siendo responsables de los inconvenientes, retrasos, y perjuicios que ocasionen por sus actos o conductas que dificulten el ejercicio de estos (p. 2766).

Es fundamental conceptualizar los principios para entender su garantía: la calidad obliga a las administraciones públicas a satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de las personas; la eficiencia garantiza que las actuaciones administrativas deben aplicar las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas, inhibiéndose de dilaciones o retardos injustificados así como la exigencia de requisitos puramente formales; y, la eficacia prima el deber de las actuaciones administrativas que se ejecutan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias (Código Orgánico Administrativo, 2017, arts. 5,4,3).

Los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación que rigen al servicio público deben generar altos estándares medibles de satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, sin información pública transparente y permanente de las peticiones ciudadanas y su atención por parte de las administraciones, se convierten en una declaración idealista sin ninguna garantía.

Continuando con el estudio cabe señalar como el buen trato, incorporado como garantía constitucional, es aquel reconocimiento a las personas y la necesidad de ser aceptados sin discriminación alguna; concibiendo al ciudadano como aquel que acude a la administración por un interés real; generando una empatía, comprendiendo la necesidad de la atención oportuna a su requerimiento; manteniendo una comunicación fluida, efectiva y clara con el requirente; interacción que debe darse entre la administración y el administrado permitiendo el intercambio de información pertinente y veraz; coadyuvando a una mediación cuando se ha producido un conflicto o discrepancia con lo resuelto e informando las vías administrativas y judiciales que tiene el administrado como recursos para hacer valer su derecho.

Si bien el derecho de petición y el acceso a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, se encuentra plenamente reconocido y garantizado en la Constitución, su exigibilidad y ejercicio se limitó, debido a qué desde la vigencia de la Carta Fundamental de 20 de octubre de 2008, no se expidió normativa que incorpore una sanción administrativa expresa, a la no atención oportuna, motivada y dentro de los plazos establecidos en la ley a las peticiones de los ciudadanos.

El no existir norma sancionatoria que fuerce a la administración a dar respuesta a los diversos requerimientos de los ciudadanos, se coartó el efectivo goce de éste derecho y los principios ligados a él; debido a que Constitucionalmente en todo proceso que se determinen derechos y obligaciones, nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76, núm. 3). Es así como 10 años después de entrada en vigor la Constitución, se expide la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, el 23 de octubre de 2018, dentro del Capítulo V, Régimen Sancionatorio, preceptúa entre algunas de las infracciones reguladas por la presente ley, el no atender los trámites de la ciudadanía o hacerlo fuera de los plazos previstos en la norma (art. 34, núm. 12).

La naturaleza misma del derecho de petición es la contestación de forma positiva o negativa pero motivada, la problemática se genera a consecuencia de la inactividad del componente administrativo que investido de competencia ejerce una actividad administrativa, esta irregularidad da origen al silencio administrativo.

El derecho de petición se esgrime como la potestad que poseen las personas para de manera libre tomar decisiones o a su vez dirigir peticiones para ante la administración Pública para tener respuesta respecto de sus solicitudes o a su vez

forman parte de las decisiones de los actos de gobierno en lo que se consideren afectados sus derechos. Por lo tanto, el derecho de petición estatuye como la participación activa y a la vez directa de la democracia de los ciudadanos.

Para David Salgado “el derecho de petición es un mecanismo mediante el cual se garantiza al ciudadano el acceso a los actos de gobierno.”

Para Jaime Perdomo “el derecho de petición es una facultad política para poder dirigirse para ante las autoridades en las ramas del poder público pudiendo pronunciarse respecto de lo solicitado Por quién petición a algo.”

En otras palabras, el derecho de petición es la actividad que tienen los ciudadanos o administrado para acceder para ante la administración pública a las diferentes instancias u órganos de la Administración Pública para presentar peticiones o reclamos.

El caso de la legislación ecuatoriana el derecho de petición se haya reconocido en la constitución del Ecuador de 2008 la cual en su Artículo 66 numeral 23 expresa, el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales para ante las autoridades y recibir respuestas es un derecho reconocido y garantizado sin embargo expresa que no se puede dirigir

peticiones a nombre del pueblo que se expresa que dichas peticiones sólo podrán ser en el margen de la constitucionalidad.

Ahora también el artículo 32 del Código Orgánico Administrativo, también reconoce el derecho de petición a favor de los administrados como una forma de acceso para ante la administración pública a fin de que puedan dirigir peticiones y reclamos.

De la norma constitucional y legal a qué hemos hecho referencia es necesario destacar este derecho no sólo se agota con la posibilidad de activar peticiones para ante la administración pública sino también con la obligación de pronunciarse conforme se indica en lo posterior.

Derecho de respuesta

De lo señalado en líneas anteriores cuando nos referimos al derecho de petición el mismo está compuesto no sólo con la carga del dirigir peticiones sino como la obligación que tiene la administración pública de emitir las respuestas a dichas peticiones lo que implica un pronunciamiento de manera oportuna y expreso en forma pertinente y motivada conforme derecho así lo explica el doctor Juan Carlos Benalcázar en su obra derecho de petición y efecto legal del Silencio administrativo.

Por lo tanto el derecho de petición no sólo es tener la posibilidad de que como ciudad solicitudes o reclamos para ante la administración pública sino que conforme lo expresado en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución del Ecuador debo tener una respuesta motivada pues es una carga impositiva para ante la administración pública la obligación de resolver todo asunto puesto en su conocimiento en atención a las atribuciones y competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico a fin de que se cumpla con las finalidades propias de la Administración pública de garantizar el derecho a una buena administración pues de estas necesidades de respuesta nacen con la finalidad de prestar un buen servicio público.

En atención a lo expuesto la obligación de resolver es una carga propia de la Administración pública Al momento de que un ciudadano activa una petición o reclamo para ante la administración pública a fin de que se transmite dicha respuesta no puede ser siempre positiva sino que en atención a lo solicitado puede ser negativa ya que con ello se indican que la respuesta no siempre es afirmativa pero si existe una obligación de pronunciamiento dentro del tiempo que establece la norma con el efecto de producirse un silencio administrativo ante la ausencia de respuesta del órgano o autoridad administrativa.

Respuestas motivadas

Ahora bien corresponde precisar las respuestas emanadas por parte de la Administración pública no deben ser escuetas, sino que dichas respuestas deben de manera obligatoria se motivadas, es decir la correcta convocatoria de normas jurídicas y la subsunción de los hechos y el derecho explicando la pertinencia del ordenamiento jurídico dentro de la respuesta y adecuando las premisas que componen la respuesta para así evitar nulidades administrativas pues del efecto de la ausencia de motivación es la nulidad absoluta.

Si es que la administración pública no emite una respuesta debidamente motivada a ante la solicitud de reclamo presentada por el ciudadano ante el órgano o autoridad administrativa dicho acto administrativo que está generado por la administración pública adolece día de manera inmediata del derecho de motivación Más allá de los defectos de respuesta positiva o negativa que pueda estar emitida por parte de la Administración pública.

David Cienfuegos, respecto de la motivación indica que la administración pública tiene la obligación de emitir la respuesta en todos los procedimientos que se tramitan y de notificar oportunamente la resolución dentro del término previsto en la Norma y con la suficiente motivación.

Silencio Administrativo

Una vez que se ha delimitado el derecho de petición como una piedra angular el silencio administrativo se puede indicar que el Génesis de esta institución es del citado derecho pues ante la ausencia de respuesta de las peticiones o reclamos dirigidos por los administrados para ante la administración pública nace el silencio administrativo cuando dicha petición sea válida legal y legítima presentada para ante la administración pública competente y que reúna los requisitos antes singularizados.

García de Enterría, respecto del Silencio administrativo señala que estén hace ante la ausencia de voluntad expresa de la Administración pública estos efectos sea negativo o positivo por la ausencia de respuesta.

Por ello el silencio administrativo se convierte en una aceptación o una negación tácita ipso iure particular respecto de lo solicitado en cuyo caso no necesariamente existe un pronunciamiento posterior de la Administración pública pues la misma ley regla cuál es el efecto de la ausencia de respuesta siendo este positivo o negativo. Por esto el silencio administrativo es un acto presunto de la Administración pública en efecto negativo en ciertos casos y con efecto positivo en otro, pero en todos los casos nacen de la ausencia de pronunciamiento guarnición de la Administración pública en el cumplimiento de su potestad resolutive.

Entonces consideramos al silencio administrativo como aquel que proviene de la omisión o de la falta de acción de la Administración pública el cual culmina un acto presunto respecto de los efectos propios de dicho silencio, yendo Así que el silencio se convierte en una figura legal impuesta por el legislador a favor del administrado por la inacción de la Administración pública.

Ana Carolina Cedeño, respecto del Silencio administrativo dice " el silencio administrativo nace de la abstención de hacerlo" refiriéndose a la ausencia de respuesta del órgano administrativo.

El silencio administrativo no es considerado como una garantía tanto para la administración pública como para el administrado, pues por un lado permite la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y además permite la posibilidad de dirigir peticiones y reclamos para ante la administración pública, obliga también a la administración pública a emitir actos de manera oportuna evitando dilaciones en el procedimiento o evitando que la administración pública haga caso omiso a las peticiones.

De esta manera el silencio administrativo permite una tramitación rápida de los procesos evitando dilaciones innecesarias pues del Silencio administrativo también se convierte en una posibilidad de que la autoridad u órgano administrativo pueda resolver de manera oportuna los asuntos puestos en su conocimiento.

El silencio administrativo está compuesto por una presunción denominada *iuris et de iure* la cual implica el acto presunto emitido por la administración pública goza de todas las presunciones de legalidad y en efecto puede producir efectos jurídicos para el administrado. Juan Carlos Benalcázar, respecto del Silencio administrativo ha expresado el ordenamiento jurídico prevé los efectos para dicho silencio llevándonos a pensar que existe una posibilidad alternativa de decisión expresa y una forma anómala determinar el procedimiento.

Este contexto el silencio administrativo nace ante la ausencia de pronunciamiento del ente público en las peticiones del administrado, y por el cumplimiento de la obligación de resolver dentro de los términos previstos en la ley.

El silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En relación al silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es menester señalar que esta institución ha pasado por diferentes cambios, siendo el más importante el de la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo norma que en la actualidad rige todo lo concerniente al régimen administrativo ecuatoriano por lo que establece, las reglas para el silencio administrativo. Sin embargo de aquello es menester señalar que dicha norma entró en vigencia luego de la derogatoria del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, la cual el efecto reglaba todos los efectos jurídicos del Silencio administrativo dentro del sistema jurídico ecuatoriano previendo los defectos del dicho silencio y a su vez los plazos y términos para que opere el silencio administrativo en tal virtud es necesario citar el contenido de la citada norma para su vez ser puesto en contraposición del actual norma, de esta manera establecer los desequilibrios y perspectivas que ha ido alcanzando el silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y cómo ha ido evolucionando hasta ser las figuras jurídicas que hoy tenemos.

Por lo expuesto citemos lo que decía el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, respecto del silencio administrativo:

Art. 115.- Obligación de resolver.

1.La administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de

la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación a que se refiere el párrafo primero de este numeral, los supuestos de terminación del procedimiento por acuerdo o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación o notificación previa a la administración. (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)

2.El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los 60 días, salvo lo previsto en leyes especiales. (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)

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

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acto o resolución de iniciación; y, (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)
- b) En los iniciados a solicitud o petición del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, cumpliendo todos los requisitos previstos en el ordenamiento. (Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, 2002)

Una vez que hemos citado la norma contenida en el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, corresponden determinar cómo se encuentra arreglado dentro del ordenamiento jurídico actual el silencio administrativo, los plazos que prevé la norma y en qué casos opera.

Por supuesto citó textualmente lo que expresa el Código Orgánico Administrativo en relación al silencio administrativo

Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. (Código Orgánico Administrativo, 2017) Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios inconvalidables, esto es, aquellos que incurren en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Art. 208.- La falta de resolución en procedimientos de oficio. En el caso de procedimientos de oficio de los que pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hayan comparecido deben entender estimadas sus pretensiones, por silencio administrativo. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Art. 209.- La falta de resolución en procedimientos promovidos por la persona interesada. En los procedimientos que hayan sido iniciados a solicitud de la persona interesada, para obtener autorizaciones administrativas expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, transcurrido el plazo determinado para concluir el procedimiento administrativo sin que las administraciones públicas hayan dictado y notificado la resolución expresa, se entiende aprobada la solicitud de la persona interesada. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Cuando el recurso de apelación se haya interpuesto contra la estimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá aprobado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no expide resolución expresa. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Cuando con el acto administrativo presunto que se origina se incurre en alguna de las causales de nulidad inconvalidables, el acto administrativo presunto puede ser extinguido por razones de legitimidad, de conformidad con las reglas de este Código. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Art. 210.- Resolución expresa posterior ante el silencio administrativo. En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, solo puede dictarse de ser confirmatoria. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

El acto administrativo presunto producido por silencio administrativo se puede hacer valer ante la administración pública o ante cualquier persona. Los actos producidos por silencio administrativo generan efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento administrativo sin que el acto administrativo se haya expedido y notificado. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Clasificación del silencio administrativo

El efecto del Silencio administrativo viene dado por la ley, pues en efecto es esta norma la que determina Cuál va a ser el efecto que va a tener el silencio administrativo pues puede ser en un primer instante positivo es decir que concede lo solicitado reclamados por el administrador o a su vez negativo cuando se niega lo solicitado.

Por lo expuesto aclaró que el efecto puede ser positivo o negativo.

Silencio administrativo negativo

Cuando nos referimos al silencio administrativo un efecto negativo básicamente nos referimos a la no concesión de la petición o solicitud realizada por el ciudadano, pues del Silencio administrativo negativo implica que concluido el lapso de tiempo o término previsto dentro del ordenamiento jurídico tiene la administración Pública para resolver un asunto puesto a su conocimiento se entiende por negada la solicitud es decir se niega lo solicitado y por lo tanto opera el efecto de silencio negativo.

García Garnica, respecto del Silencio administrativo negativo expresa permite a los interesados el acceso a la administración pública sin embargo el fundamento del silencio es negativo y hay que buscar revisar dicho acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa y de rever la decisión.

En otras palabras, cuando nos referimos al silencio administrativo negativo, nos referimos a un acto negativo ficto, es decir si bien es cierto no guarda el derecho del usuario a una respuesta motivada si niega el fondo de la petición. En conclusión, podemos señalar que el silencio administrativo negativo llega a negar explícita y

tácitamente la petición o solicitud emitida o realizada por el administrado o ciudadano en ejercicio de su derecho de petición.

En caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura del Silencio administrativo negativo tuvo su auge en el ordenamiento jurídico en el período de Mahuad, donde en la ley de Modernización del Estado, se preveía que las peticiones tenían el efecto de negativo.

Silencio administrativo positivo.

En relación a silencio administrativo positivo este se produce cuando ante la ausencia del pronunciamiento de parte de la Administración pública se entiende por aceptada la petición o solicitud o reclamo activado por parte del administrado, pues por la inactividad

de la Administración pública se debe tener por aceptada dicha petición esto con el firme propósito de garantizar el acceso pleno al órgano administrativo y poder alcanzar una respuesta oportuna.

El silencio administrativo positivo tiene un efecto inmediato de concesión con efectos jurídicos positivos, lo que implica la concesión del derecho, pues es un efecto ficto, inmediato de concesión.

El silencio administrativo positivo por lo tanto opera por la inactividad de la Administración pública ante las peticiones de los administrados, y a través de esta institución se concede el derecho a los ciudadanos.

Con el apareamiento del Silencio administrativo se da continuidad a los procedimientos administrativos pues con la ausencia de pronunciamiento de parte de la autoridad u órgano administrativo opera directamente del Silencio administrativo es decir opera directamente la aceptación de la petición con lo que se habilita el procedimiento administrativo teniendo por lo tanto respuestas rápidas y oportunas de la administración pública.

En el caso de la legislación ecuatoriana la norma ha establecido el silencio administrativo tengo un efecto de positivo Sí de parte de la Administración pública no ha existido un pronunciamiento Expreso es decir la resolución de parte del órgano o autoridad administrativa dentro del plazo de los 30 días con un efecto positivo es decir como un efecto favorable para el administrado Lo que implica básicamente la concesión de la solicitud petición o reclamo activado entendiendo por aceptado aquello por parte de la Administración pública.

En este contexto el Código Orgánico Administrativo en relación al silencio administrativo positivo señala.

Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Plazo para que opere el silencio administrativo

El artículo 207 del Código Orgánico Administrativo, determina en primer lugar de los administrados pueden dirigir reclamos solicitudes o petitorios para ante la administración pública dichos requerimientos resueltos por parte de la Administración pública en el término de 30 días, y qué vencido dicho terminó opera automáticamente el silencio administrativo.

En lo expuesto se colige que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano el plazo para que opere el silencio administrativo es el de 30 días.

Características del silencio administrativo en el Ecuador

Primero.- el silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano procede ante los reclamos, solicitudes y peticiones de los administrados ante las administraciones públicas.

Segundo.-el silencio administrativo no cabe ante recursos administrativos

Tercero.-el efecto del Silencio administrativo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es positivo Es decir de confesión de la petición, solicitud o reclamo.

Cuarto.-el silencio administrativo produce un efecto generador ficto.

Quinto.-para que opere el silencio administrativo debe haber ausencia de respuesta de parte de la Administración pública luego de los 30 días.

Sexto.-para que el acto administrativo presunto pueda surtir efectos jurídicos amantes cumplimiento de plazo debe no incurrir en las causales de nulidad.

Requisitos para que opere el silencio administrativo

Primero.-para que opere el silencio administrativo en primer lugar es necesario que el ciudadano formule una solicitud, o reclamo ante la administración pública

Segundo.- la petición, solicitud o reclamo debe ser legal.

Tercero.- que el peticionario tenga interés directo en la petición solicitud o reclamo

Cuarto.- la petición, solicitud o reclamo este deducida ha escrito

Quinto.- la petición, solicitud o reclamo este dirigida a la autoridad competente.

Sexto.- la petición, solicitud o reclamo debe contener todos los requisitos señalados en la ley.

Séptimo.- la petición, solicitud o reclamo debe presentarse en duplicado a fin de tener constancia de la recepción.

Octavo.- el derecho solicitado o lo que se pretende alcanzar con la petición sea verdadero y tenga además un antecedente válido y que no haya caducado por el transcurso del tiempo.

Noveno.- de ser necesario se acompañará la prueba válida de que el interesado tiene derecho a lo solicitado.

Décimo.- haya transcurrido 30 días sin que la administración pública notifique al interesado con el contenido de la resolución respecto de su petición, reclamó o solicitud.

Onceavo.- solicitar a la administración pública el reconocimiento del derecho por haber operado el silencio administrativo o en su defecto acudir ante la instancia jurisdiccional a fin de que se reconozca el derecho por ejecución de silencio administrativo con los requisitos que la ley prevé para el caso.

El silencio administrativo en materia tributaria

En relación al silencio administrativo en materia tributario es menester señalar que el artículo 132 del Código Tributario señala que la administración tributaria tiene el plazo de 120 días hábiles para resolver los reclamo, y en igual sentido el artículo 134 del Código Tributario señala que el silencio administrativo no excluye el deber de que la administración tributaria dicte la resolución.

Por lo tanto, en materia administrativa también opera el silencio administrativo, pues también existe una inoperancia de la administración pública tributaria.

El silencio administrativo es una institución jurídica propia del derecho administrativo y tributario, sin embargo en lo procesal contencioso, el silencio administrativo tributario se lo hace valer a través de la acción de impugnación, en juicio ordinario (artículo 320.4 COGEP), cuya oportunidad en el ejercicio de acción es de 60 días (artículo 320.5 COGEP) es decir totalmente distinto a lo contencioso administrativo lo cual muestra la paradoja e incertidumbre existente con el silencio administrativo en lo contencioso administrativo.

Ejecución del silencio administrativo

El artículo 370A, del Código Orgánico General de Procesos, respecto de la ejecución del silencio administrativo, dice que “si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes. Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

La misma norma procesal contenida en el Código Orgánico General de Procesos, 2015, en el artículo 349 determina que la demanda deberá reunir los requisitos previstos en las reglas generales de este Código y se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo, incluso señala que la omisión de este requisito no será subsanable y producirá la inadmisión de la demanda. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En este sentido también el Código Orgánico General de Procesos, 2015, en el artículo 350 determina que, si el juzgador cree que el título aparejado a la demanda no presta mérito ejecutivo, denegará de plano la acción ejecutiva. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos

previstos en este Código para las providencias preventivas. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En este contexto es menester señalar que si bien es cierto que este es un procedimiento ejecutivo o de ejecución, también es un proceso contencioso administrativo y por lo tanto debe cumplir con los requisitos del artículo 308 del Código Orgánico General de Procesos, 2015, que expresa que cuando se trate de procesos contencioso tributarios y contencioso administrativos, además de cumplir los requisitos previstos para la demanda en las normas generales de este Código, se adjuntará la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En un contexto de análisis histórico debe considerarse que antes de la reforma introducida en el año 2017, el COGEP:

Expresaba el Código Orgánico General de Procesos, 2015, respecto de los procedimientos de ejecución que, si se formula oposición debidamente fundamentada, dentro del término de tres días se notificará a la contraparte con copia de la misma y se señalará día y hora para la audiencia única, la que deberá realizarse en el término máximo de veinte días contados a partir de la fecha en que concluyó el término para presentar la oposición o para contestar la reconvención, de ser el caso. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Expresaba el Código Orgánico General de Procesos, 2015, respecto de los procedimientos de ejecución que la audiencia única se realizará en dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final. Culminada la audiencia la o al juzgador deberá pronunciar su resolución y posteriormente notificar la sentencia conforme con este Código. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Silencio Administrativo

El silencio administrativo existe debido a que la administración no se ha pronunciado, se abstuvo de hacerlo o no ha generado ninguna actuación administrativa dentro del término previsto en la ley a los requerimientos formulados por los ciudadanos.

Cuando la administración en ejercicio de la función administrativa adopta una decisión expide de lo que conocemos como un acto administrativo, que se

conceptualiza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como la declaración unilateral de voluntad, que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Expedido por cualquier medio documental, físico o digital quedando constancia en el expediente administrativo (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 98).

El silencio administrativo en consecuencia opera por la falta de resolución en el término de treinta días, vencido el cual sin que se haya notificado la decisión por parte de la administración, se entenderá favorable; en los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas; así como a las autorizaciones administrativas expresamente previstas en el ordenamiento; y, en el caso de procedimientos de oficio en el que hayan comparecido interesados y pueda derivarse en el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas (Código Orgánico Administrativo, 2017, arts. 207, 208, 209); en los casos de silencio administrativo positivo, la administración posterior a la producción del acto presunto, solo puede dictar resolución de ser confirmatoria (art. 210).

Es importante señalar que mientras el administrado tenga conocimiento por parte de la administración del estado del trámite a través de medios preferentemente electrónicos, podrán aplicarse las excepciones previstas en el Código Orgánico Administrativo: Respecto a la suspensión del cómputo de plazos y términos en el procedimiento se suspenden, únicamente por el tiempo inicialmente concedido para la actuación, en los siguientes supuestos:

1. Deba requerirse a la persona interesada la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos u otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y el fenecimiento del término concedido para su efectivo cumplimiento; en este supuesto, el término concedido no puede superar los diez días, salvo que una norma específica determine un término menor;
2. Deban solicitarse informes, por el tiempo que medie entre el requerimiento, que debe comunicarse a los interesados y el término concedido para la recepción del informe, que debe ser comunicada; se deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes, durante el tiempo concedido para la incorporación de los resultados al expediente;
3. Se inicie la negociación para alcanzar la terminación convencional del procedimiento; sobre la fecha de iniciación de la negociación se dejará constancia en el expediente;

4. Cuando medie caso fortuito o fuerza mayor;

En los supuestos previstos en los números 2, 3 y 4, cuando el órgano competente no haya concedido expresamente un plazo para la actuación o la negociación, el procedimiento administrativo se suspenderá hasta por tres meses; respecto a las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento no suspenden su tramitación, salvo las relativas a la excusa y recusación; se entienden por cuestiones incidentales aquellas que dan lugar a una decisión de la administración pública que es previa y distinta al acto administrativo (art. 162).

En lo que respecta a la resolución, el órgano competente está en la obligación de resolver mediante acto administrativo. El vencimiento de los plazos, así como el abstenerse por falta u oscuridad en la ley no exime de la responsabilidad de emitir el acto administrativo, el que en cualquier procedimiento deber ser expreso, se expedirá y notificará en el plazo máximo de un mes, contado a partir de terminado el plazo de la prueba. El transcurso del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución se puede suspender, únicamente en los supuestos expresamente determinados en el Código Orgánico Administrativo; pudiendo ampliarse extraordinariamente en casos concretos, cuando el número de personas interesadas o la complejidad del asunto exija un plazo superior para resolver, se puede ampliar el plazo hasta dos meses; cuando se notifique al interesado la decisión que resuelva sobre la ampliación de plazos, no cabe recurso impugnatorio alguno (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 202, 203, 204).

En relación a las resoluciones en situaciones de emergencia aplica en aquellos casos en que medie una situación de emergencia, en referencia a acontecimientos catastróficos, la continuidad en la provisión de los servicios públicos, situaciones que supongan grave peligro para las personas o el ambiente o de necesidades que afecten el orden interno o la defensa nacional, debidamente motivadas, el órgano competente puede emitir el acto administrativo sin sujetarse a los requisitos y formalidades del procedimiento administrativo; acto que debe contener la determinación de la causal y su motivación, observando los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad; cuando el acto administrativo en situaciones de emergencia de algún modo afecte derechos individuales, la Administración requerirá autorización judicial que, de ser concedida, fijará los límites materiales y temporales (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 206).

Fernández (2015) establece, que para que la voluntad administrativa se exteriorice y se haga efectiva, por los servidores públicos a través del proceso administrativo, deben cumplir dos fases: interna y externa, la primera opera a lo íntimo de la administración, por lo tanto, no altera, modifica o extingue situaciones jurídicas, simplemente es una decisión que en potencia producirá efectos jurídicos frente a

derechos subjetivos o situaciones generales, en esta fase la decisión no tiene fuerza vinculante y, por lo tanto, el conglomerado en general o una persona en particular no se ve afectado por la misma; la segunda es la decisión adoptada que se pone en conocimiento a través de la notificación, publicación, comunicación o ejecución del acto administrativo, en este momento, en el que la voluntad de la administración se conoce, tiene fuerza vinculante y es oponible frente al conglomerado en general o el administrado en particular. Determina también que esta exteriorización puede ser presunta, como en el caso del silencio administrativo, donde la decisión ficta nace a la vida jurídica y se da a conocer por el transcurso del tiempo (pp. 192-193).

El silencio administrativo “ocurre con indeseable frecuencia que el órgano administrativo se abstiene durante largo tiempo de manifestar su voluntad, pese a ser requerido para tal efecto por algún particular y a estar obligado a contestarle” (Ruiz, 2015, p. 60).

El acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo es una ficción legal impuesta por el legislador y establecida a favor del administrado, porque no se presume que la administración se ha pronunciado, sino que se sabe que se ha abstenido de hacerlo, consecuencia jurídica de la inacción administrativa.

Morales (2010) al referirse a la inactividad formal de la administración, preceptúa que la legislación nacional le otorga el efecto de silencio administrativo positivo, generando un acto administrativo presunto favorable al interés de quien promovió el requerimiento, el beneficiario de este acto administrativo presunto queda en plena capacidad de ejercer la titularidad del derecho conferido por el ministerio de la ley y la administración asume la responsabilidad de ejecutarlo (p. 295).

Si bien el acto ficto o presunto, derivado del silencio de la administración, no tiene la estructura física de un acto administrativo expreso resultado de la voluntad administrativa, sin embargo la ley da un valor al silencio administrativo, permitiendo al peticionario tener una garantía a fin de ejercer este derecho; por consiguiente, “el acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial” (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 207).

Cuando se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad, siendo estas: que sea contrario a la Constitución y a la ley; que viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide; que se haya dictado sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo; que se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado; que determine actuaciones imposibles; que

resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo; que se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada; que se origine de modo principal en un acto de simple administración (Código Orgánico Administrativo, arts. 207, 105).

Por consiguiente, cuando el acto administrativo presunto incurra en alguna de las causales de nulidad inconvalidables, puede ser extinguido por razones de legitimidad, (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 209); es así como el acto administrativo presunto irregular es ineficaz y carece de toda fuerza jurídica.

El peticionario que acude a la administración debe tener pre constituido previamente el derecho con el cual se dirige a la administración para exigirlo, es decir, no cabe silencio administrativo sobre algo que legítimamente no tenga derecho; el silencio administrativo obra al generarse tácitamente un acto administrativo presunto regular investido de legalidad y ejecutoriedad; produciendo un nuevo derecho autónomo, autosuficiente, demandable, exigible y ejecutable al administrado.

El acto administrativo presunto regular, producto del silencio administrativo, es un acto legalmente revestido de fuerza, que permite al peticionario activar las vías administrativa o judicial en materias: contencioso administrativo y constitucional para hacer exigible su derecho, de forma que:

1. El acto administrativo presunto producido por silencio administrativo se puede hacer valer ante la administración pública o ante cualquier persona (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 210);
2. El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial (Código Orgánico Administrativo, 2017, art. 207); y,
3. En amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, se puede interponer acción de protección (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 39).

Consecuentemente la no atención por parte de la administración a las peticiones de los ciudadanos es el factor determinante de la vulneración al derecho constitucional de petición, debido a que los ciudadanos se ven forzados a acudir nuevamente en vía administrativa o judicial a fin de ejercer su derecho.

Transparencia y Control Social

La Constitución de la República del Ecuador (2008), prescribe que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación; es así que en el Ecuador la división y separación de poderes, dio por germinar una nueva función en el Estado denominada de Transparencia y Control Social cuya actividad es la de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción (art. 204).

Las innovaciones originadas en la Constitución de 2008 pueden hacer creer que existe una verdadera y real transparencia en el Estado Ecuatoriano; luego de casi 12 años de expedirse la Constitución vemos que no es así; ésta mala precepción de creer en aquella relación directa en la que el ciudadano ve al Estado con confianza es ilusoria.

El Ecuador tiene el privilegio de contar con una Función independiente de Transparencia y Control Social, que tiene un rol estratégico y protagónico en la partición ciudadana del Estado Ecuatoriano; la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social (2013), determina que su objetivo es el promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentar e incentivar la participación ciudadana; proteger y promover el ejercicio de los derechos; prevenir y combatir la corrupción (art. 4).

El derecho de petición se ve ligado con la capacidad de ejercer la participación ciudadana, entendiendo a ésta como el derecho de las y los ciudadanos, en forma individual o colectiva, de poder participar en procesos de formulación de políticas públicas; iniciativas que promuevan la deliberación, planificación y toma de decisiones de la gestión de los asuntos públicos; control de las instituciones del Estado y de sus representantes (Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, 2013, art. 3, núm. 6).

Todas las garantías y los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y tratados internaciones, solo pueden ser evidenciados bajo su real impacto cuantificable cuando existe transparencia en un Estado; pero no una mal llamada transparencia dirigida al ámbito comunicacional publicitario en donde se crea una

falsa realidad agigantada de promoción institucional que promueve los alcances particulares de las autoridades de turno.

Es así como la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social (2013) establece que la transparencia, se fundamenta en todas sus actuaciones, resoluciones y en la aplicación de normas y procedimientos se garantizará su publicidad y el acceso a la información pública, especialmente en aquellas que se protejan los derechos de las personas, comunidades, comunas, pueblos, nacionalidades y colectivos (art. 3 núm. 3); en correspondencia con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2004) cuyo desarrollo es la de garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público (art. 4, letra. e).

El Estado solo en casos excepcionales se reserva la divulgación de información en pro de los intereses legítimos de la confidencialidad e intimidad, cuando por su naturaleza fundamental, el acceso a la información afecte al ciudadano.

La transparencia de un Estado va en comunión con el control social y una cristalina rendición de cuentas; el control social como poder otorgado al pueblo con fines de fiscalizar sus actuaciones con miras en garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos; y, la rendición de cuentas como el deber de la administración de informar de manera periódica, oportuna y transparente; exigencia que debe ser cumplida por todas las instituciones públicas, sus autoridades y representantes legales, las autoridades de elección popular y las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios públicos o desarrollen actividades de interés público (Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, 2013, art. 3 núm. 4, 5).

Una sesgada y dirigida transparencia, manejada sutilmente por los gobiernos de turno, ocasiona una evidente y real vulneración a los derechos que un Estado pretende tener garantizados, lo que se traduce en una extralimitación y abuso del poder público.

Es así como a consecuencia de la limitada información que se publica, coarta el derecho ciudadano de acceso a la información que de manera constante se genera en un Estado, frenando el poder ciudadano de obtener respuestas oportunas; en la actualidad se desconoce cuántas peticiones se han admitido o inadmitido, su pretensión, su tiempo de atención y la respuesta emanada por la administración.

La Función de Transparencia y Control Social está formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias; órganos del Estado que poseen personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 204); el papel de estos órganos garantes e independientes que de manera grandilocuente constan en la Carta Magna no ha pasado de ser una mera enunciación utópica constitucional y legal; pues no puede existir control social de lo que se desconoce, si no existe una real transparencia, la rendición de cuentas seguirá siendo un formalismo en donde se vanaglorian con engreimiento las instituciones públicas, sus autoridades y representantes legales, las autoridades de elección popular y las personas naturales o jurídicas del sector privado que prestan servicios públicos o desarrollan actividades de interés público.

CAPITULO III

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Tutela Judicial Efectiva

La tutela judicial efectiva se haya reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador que determina que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela de sus derechos con sujeción a los principios procesales a atinentes al proceso. En este contexto la tutela judicial efectiva incluye un sin número de garantías que deben ser cumplidas por los órganos jurisdiccionales a favor de las personas que se encuentran inmersas en un proceso o procedimiento judicial en dónde es obligación del juzgador garantizar los derechos de las partes en igualdad de condiciones respetando principalmente los principios de inmediación y celeridad.

Respecto a la tutela judicial efectiva la corte constitucional del Ecuador ha señalado que este es un derecho mediante el cual se puede garantizar a las personas una oportuna y sobre todo efectivo a los órganos jurisdiccionales con el fin de que los ciudadanos puedan reclamar sus derechos para que éstos sean reconocidos y a través de decisiones judiciales con la debida motivación se reconozcan dichos derechos y sobre todo que durante el proceso se respeten las garantías más mínimas propias de cada proceso hasta que se pueda alcanzar una decisión fundada en derecho con la debida motivación y que resuelva las pretensiones de las partes en las condiciones que fueron formuladas.

La tutela judicial efectiva implica la aplicación directa e inmediata de los derechos para obtener una respuesta en base a los preceptos constitucionales vigentes dentro del ordenamiento jurídico en conexión con los preceptos legales dando así un

enfoque integral de los derechos y la plena vigencia de su reconocimiento por ello la tutela judicial efectiva requiere obligatoriamente la aplicación de derechos y el rol activo del juzgador, para garantizar los derechos de las partes.

Seguridad Jurídica

En lo que se refiere al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. (Corte Constitucional, sentencia 045-15- SEP-CC)

Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente.; De igual manera, la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, como salvaguarda para evitar que las personas, pueblos y colectivos sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades. Esta salvaguarda explica la estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues cuando se respeta lo establecido en la Constitución y la ley, se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita. (Corte Constitucional, sentencia 045-15-SEP-CC)

De lo expuesto se puede indicar la seguridad jurídica es el derecho que tienen los ciudadanos para que se apliquen las normas previas claras Y públicas determinadas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de esta garantía se evitan cuántos discrecional de parte de la Administración pública, sino que se debe aplicar las normas previstas dentro del ordenamiento jurídico en la forma que prescribe.

Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídica

administrativa, incluso la desviación de poder. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativo. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Acciones contenciosas administrativas

Primero. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Segundo. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Tercero. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Cuarto Las especiales de:

El pago por consignación. Cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República. (Código Orgánico General de Procesos, 2015); la responsabilidad objetiva del Estado. (Código Orgánico General de Procesos, 2015) y la nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, conforme con la ley. (Código Orgánico General de Procesos, 2015); las controversias en materia de contratación pública. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Tribunales de lo Contencioso Administrativo

Conforme determina el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, son competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, las siguientes:

Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieran carácter tributario; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer de las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Director General y los Directores Provinciales; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías; (Código Orgánico de la Función Judicial, 2008)

CAPITULO IV

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Definición de Administración Pública

En cuanto a la definición de Administración Pública, diversos son los autores que han realizado una aproximación conceptual del mismo, siendo necesario analizar algunas de las más importantes, en razón de que dentro de la legislación ecuatoriana no se prescribe alguna definición respecto de la misma.

En este sentido el autor Miguel Galindo realiza la siguiente definición de Administración Pública:

“Es la actividad estructurada, ordenada y organizada que llevan a cabo las autoridades correspondientes del gobierno o de alguna institución u organismo particular, para que, mediante las leyes, reglas, principios y técnicas respectivas, y del esfuerzo cooperativo se satisfagan las finalidades colectivas

que le han sido encomendadas, y que individualmente no pueden ser satisfechas” (Galindo, 2009, pág. 5)

De acuerdo con el criterio del autor, se puede comprender que la Administración Pública comprende una actividad que es realizada por los distintos organismos y autoridades del gobierno, e inclusive algunas personas o instituciones particulares, quienes tendrán que cumplir con el objetivo de satisfacer las necesidades de la colectividad, y para tal cometido, deberán apegarse a lo que disponga el marco constitucional y legal respectivo.

Por su parte, el tratadista Nicolás Granja Galindo aporta a la doctrina con el siguiente criterio:

“La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren” (Granja, 2006, pág. 47)

Nuevamente, en el criterio del autor se comprende como la Administración Pública es una actividad que es realizada por el gobierno, que se encuentra correctamente estructura, ordenada y encaminada a la satisfacción de las necesidades de la sociedad, procurando la protección de sus derechos más importantes; y estas actuaciones, están reguladas por un marco constitucional y legal.

Un criterio mucho más complejo tiene el tratadista Rafael Entrena Cuesta, quien realiza la siguiente definición:

“La Administración Pública puede ser considerada, en cuanto a su concepto, fundamentalmente, desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. En el primer sentido se entiende por Administración Pública un conjunto de órganos; en el segundo una actividad. Ambos puntos de vista se distinguen en todo momento por la doctrina, pero poniendo el énfasis sobre uno de ellos. Cuando la balanza cae del lado del aspecto subjetivo, se considera en el sentido inverso por Administración la actividad realizada por los órganos a los que se asigna aquel carácter; en cambio, cuando el que predomina es el aspecto objetivo, la Administración Pública como sujeto estará integrada por el conjunto de órganos —y entes— que realizan la actividad que se estima como administrativa” (Entrena, 1998, págs. 57, 58).

Desde la perspectiva del autor se comprende como la Administración Pública implica al menos dos dimensiones, una de carácter subjetivo, mediante la cual, se considera que la misma es un conjunto de órganos del Estado que se encuentran regulados por el marco normativo; y una de carácter objetivo, que en este caso se concreta en las diferentes actividades y actuaciones que son realizadas por este grupo de órganos, destinado a la satisfacción de las necesidades públicas.

Al revisar la Constitución de la República en su artículo 227 se limita a disponer que “La Administración Pública constituye un servicio a la colectividad” (Constitución de la República, 2008) que está regida por una serie de principios; mientras que el artículo 44 del Código Orgánico Administrativo dispone que “La Administración Pública comprende las entidades del sector público previstas en la Constitución de la República” (Código Orgánico Administrativo, 2017); de modo que se comprende que en la perspectiva ecuatoriana, la Administración Pública tiene un carácter tanto objetivo como subjetivo.

Proceso Administrativo

Respecto a la definición de proceso desde la perspectiva de la doctrina, el autor Agustín Gordillo tiene el siguiente criterio:

“La idea jurídica de proceso puede ser concebida en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado, destacando entonces en el concepto la unidad de los actos que constituyen el proceso, su carácter teológico, es decir, que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin” (Gordillo, 2017, pág. 5).

En la perspectiva del autor puede comprenderse que el proceso siempre implica un conjunto o secuencia de actos que están destinados a la realización de una cierta finalidad, para lo cual, se encuentran perfectamente estructurados de manera consecutiva, pero siempre guardan relación en torno a que su unidad busca un fin o consecuencia jurídica. Ya en lo que se refiere al procedimiento administrativo en concreto, el mismo autor afirma:

“El procedimiento administrativo es una serie o sucesión de actos coordinados, que fijan los datos según los cuales ha de ejercerse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo, en su formación” (Gordillo, 2017, pág. 5).

En el mismo sentido que su acepción general, el proceso administrativo implica una serie de actos, cuya finalidad es la de ejercer la función pública estatal, para lo cual, los administrados (sujetos pasivos), ejecutan esta secuencia de actos con la finalidad de que se produzca una consecuencia jurídica; a su vez, el sujeto activo u órganos del Estado, también tiene participación en dichos actos, dentro del marco de las competencias legales.

En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Administrativo no ofrece definición alguna acerca de proceso administrativo; y más bien, dentro de este cuerpo legal se utiliza la denominación de “procedimiento administrativo”, pero tampoco se encuentra dispuesta una definición del mismo.

Desde la perspectiva doctrinaria, el autor Jorge Zavala Egas señala que existe una diferencia conceptual entre las denominaciones de procedimiento y proceso administrativo, y siguiendo las ideas del tratadista Giuseppe Chiovenda seguidamente explica que:

“En el proceso se desarrolla una actividad de los órganos públicos encaminada al ejercicio de una función estatal. Pues bien, decimos nosotros, aquí encontramos la diferencia conceptual entre procedimiento y proceso: el primero, consiste en esa actividad de los órganos públicos que se desarrolla en el proceso, para ejercitar una función estatal; mientras que el concepto de proceso es más amplio dado que a ese conjunto de actos coordinados se vincula su finalidad” (Zavala, 2009).

En la perspectiva del autor se comprende como la categoría de proceso administrativo resulta mucho más amplia que la de procedimiento, de allí que otros autores como Carnelutti han señalado que el proceso es el género y el procedimiento la especie; de modo que “todo proceso comporta un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso” (Ibídem).

En este mismo sentido, el autor Martín Loo Gutiérrez considera que “El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal” (Loo, 2017, pág. 158), de lo que se puede destacar que la sucesión de actos, siempre tendrá por finalidad lograr un cierto fin para los particulares.

Definición de Acto Administrativo

La noción de acto administrativo es una de los puntos centrales y más importantes del derecho administrativo, de modo que se han realizado un sin número de aportes

conceptuales acerca del acto administrativo; y así mismo, las distintas legislaciones, incluida la ecuatoriana, han procurado disponer una definición normativa del mismo.

En este sentido, Roberto Dromi, uno de los tratadistas más importantes de la doctrina comprende como el acto administrativo, constituye una declaración realizada por los órganos del Estado, que tiene ciertas características, siendo la primera que se esté ejerciendo en representación de una función estatal legalmente facultada; además, esta decisión siempre produce efectos sobre las personas particulares de manera directa. Finalmente, el autor considera que la órbita sobre la cual se desarrollan estos actos, excede la naturaleza jurídica de las acciones del derecho privado (Dromi, 2015, pág. 72).

Un criterio similar tiene el tratadista Manuel Osorio, quien define al acto administrativo como la atribución que tienen la autoridad que administra para intervenir en los deberes y derechos que tienen las personas en general o las entidades públicas y se compone por casi todas las acciones que ejecute como son las disposiciones verbales o escritas, resoluciones, acuerdos, instrucciones, circulares, reglamentos, ordenanzas y demás indicaciones de índole administrativo sin que se incluya en estas las acciones que dentro del marco legislativo puede tener un estado o gobierno autónomo. (Osorio, 2010, pág. 36).

En la perspectiva del autor se comprende como el acto administrativo implica una decisión que ha sido tomado por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones legales, que puede ser general o particular y cuyas consecuencias siempre tendrán una afectación sobre los derechos o intereses de los administrados o también sobre otras instituciones públicas.

Por su parte, el autor Carlos García Oviedo define al acto administrativo de la como un testimonio declarativo de las entidades públicas que se manifiesta con el ánimo de disponer una obligación para los administrados o para su propio interés institucional. (García, 2006, pág. 117).

En esta definición doctrinaria, se observa como el acto administrativo constituye una declaración de un órgano del Estado, aunque el autor señala que preferentemente debe ser un órgano administrativo, y que el mismo tiene como finalidad, producir un efecto sobre los administrados, que deben ser reconocido y protegido por el derecho.

En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo define al acto administrativo con los mismos elementos aportados por la doctrina en cuanto al acto administrativo, es decir, se trata de una declaración

que ha realizado un órgano estatal en representación de una facultad legalmente atribuida, y sus efectos jurídicos pueden ser de carácter general como individual. Algo que agrega la normativa, es que el mismo siempre deberá tener algún respaldo de carácter físico o digital para que tenga constancia en un expediente llevado por la misma Administración (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Naturaleza Jurídica del Acto Administrativo

De las definiciones apuntadas con anterioridad ya se comprende cuál es la naturaleza jurídica del acto administrativo, ya que la misma se compone de los distintos elementos que se han reconocido dentro de la doctrina jurídica. En este mismo sentido, el autor Alejandro Paz manifiesta que estos actos son una declaración obligatoria e indiscutible de un administrador embestido por la autoridad para ejercer la potestad pública y por ende modificar obligaciones o derechos de manera que se pueda cumplir con los intereses generales del bienestar común (Paz, 2017, pág. 128).

De conformidad con lo señalado por el autor se comprende como el acto administrativo, en primer lugar, tiene una naturaleza jurídica de carácter unilateral, en razón de que el mismo, es la expresión de una sola voluntad, que es el sujeto activo, es decir el órgano de la administración pertinente, que conforme al mandato legal tiene capacidad decisoria dentro del ámbito de las competencias que el mandato legal le ha provisto. Así mismo, el autor considera que el acto administrativo tiene una naturaleza jurídica de carácter externo, puesto que siempre el órgano de la administración competente lo debe exteriorizar mediante una expresión formal de carácter escrito, en la cual se observe la decisión que la administración haya podido tener respecto a determinado asunto.

Conforme señala el autor, el acto administrativo además siempre provenir de una autoridad estatal competente, es decir, solo el órgano de la administración que tenga determinada competencia en el asunto que debe resolverse puede expedirle acto, ya que de lo contrario se estaría afectando lo previsto dentro del mandato legal.

En cuanto a la finalidad, el acto administrativo siempre está destinado a crear, modificar o extinguir una situación jurídica del administrado, o también de otro órgano de la administración, y tal objeto siempre deberá ser lícito y alcanzable, pero además estará destinado a lograr la satisfacción del bien común; y en este sentido, el autor Rafael Martínez respecto al objeto del acto administrativo señala que las acciones de la administración se enmarcan en mantener el interés general y regular así las acciones de los administrados dentro de lo que el marco jurídico le permite de acuerdo a las competencias y capacidad de actuación dispuesto en las leyes (Martínez, 2007, pág. 242)

Finalmente, como parte de la naturaleza jurídica del acto administrativo se encuentran los efectos jurídicos que el mismo tiene, y cuanto a éstos, el autor Antonio Royo considera que el accionar de la potestad administradora afectan directamente derechos personales o generales los cuales pueden repercutir tanto a favor como en contra de los administrados (Royo, 1998, pág. 92).

Definición de Nulidad

Respecto de la definición de nulidad, desde la perspectiva general, la Real Academia de la Lengua Española la ha definido como aquel “Vicio que disminuye o anula la estimación o validez de algo” o como el acto “Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo” (Real Academia Española, 2018).

Ya en lo que se refiere a la doctrina jurídica de manera general, el autor Manuel Osorio apunta la siguiente definición de nulidad:

“Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado” (Osorio, 2010, pág. 628).

Basado en este concepto se puede asumir que el acto de nulidad se refiere a la incapacidad de dar veracidad y jurídica a un hecho administrativo, en razón de que no se ha realizado conforme a las condiciones que se han dispuesto dentro del ordenamiento jurídico para que el mismo tenga validez, ya sea que fueren de carácter sustancial o procedimental.

Así mismo, el autor considera que la nulidad es un vicio que tiene un acto en razón de que se ha llevado a cabo con expresa violación de los requisitos indispensables que exige el ordenamiento jurídico para tal efecto, o también cuando se ha omitido cumplir con tal requisito.

Por su parte, el autor Guillermo Cabanellas Torres, define a la nulidad como la falta de eficacia o de valor de un acto, que provoca la ilegalidad del mismo, en razón de que el acto no ha sido realizado de acuerdo con las condiciones necesarias que se han prescrito dentro de la normativa jurídica para que tenga validez, ya sea que las mismas se presente sobre el acto mismo (de fondo o forma), o sobre las personas que lo han realizado (Cabanellas, 2010, pág. 293).

Otro aspecto importante que señala el autor, es que para que un acto pueda ser considerado como nulo, será dentro de la misma normativa jurídica donde se dispongan las causales para que se presente dicha nulidad, de modo que las autoridades, administrativas o jurisdiccionales, no podrán declarar la nulidad de un acto sino por las causas que se hayan prescrito de manera expresa dentro de la normativa jurídica.

Finalmente, debe señalarse que la nulidad opera de pleno derecho, y que la misma puede ser de dos formas: completa o parcial; y así el autor Manuel Osorio explica que esta se produce sin intervención del administrado, efecto opuesto al que se da en otros ámbitos jurisdiccionales, cuando se dan por validos hasta que no sean dados por nulos a través de una sentencia, la cual puede ser total o parcial. (Osorio, 2010, pág. 629).

Nulidad del Acto Administrativo

La teoría de las nulidades es una institución jurídica de carácter general que pertenece a la teoría del derecho y que se aplica a gran parte de las disciplinas jurídicas; pero en cada una de éstas, tiene características específicas que la diferencian de las demás, siendo esta la razón de porque la nulidad concebida desde el punto de vista del derecho privado no puede imponerse en el ámbito administrativo.

Según afirma Agustín Gordillo, existen marcadas la nulidad en el derecho privado se genera en las alteraciones que pudieren darse en la constitución de un acto jurídico, mientras que en lo que se refiere al derecho administrativo esta nulidad se genera en la vulneración de los principios jurídicos que regulan el derecho público, de modo que el acto administrativo por estar viciado no puede integrarse al ordenamiento jurídico. (Gordillo, 2017, pág. 113)

Por su parte, el autor José Araujo Juárez, respecto de la característica principal que diferencia la nulidad civil de la administrativa, tiene el siguiente criterio:

“En primer lugar, si la regla general en el derecho privado es la afirmación de la nulidad absoluta de los actos jurídicos que infringen la ley, en el derecho administrativo la regla general es, por el contrario, la nulidad relativa del acto administrativo que infrinja el ordenamiento jurídico, reservándose la sanción de la nulidad absoluta para los supuestos más graves de actos administrativos irregulares, particularidad que es común en la tradición jurídica de los ordenamientos administrativos europeos” (Alemania, España, Italia, Francia) (Araujo, 2009, págs. 1, 2).

Como explica el autor, en el derecho privado se considera que todos los actos que han sido realizados de manera irregular, tienen la condición de nulidad absoluta, mientras que dentro del derecho administrativo existe tanto la nulidad de carácter absoluto como la de carácter relativo; y esta segunda, es la que se produce en la mayoría de actos irregulares, de modo que la misma legislación permite que los mismos sean convalidables o subsanables, para lo cual se han dispuesto procedimientos que deben cumplirse. Sin embargo, también existen aquellos actos cuyas irregularidades son graves, que al igual que en el derecho civil, son absolutamente nulos.

Otra de las diferencias entre estos dos sistemas es apuntada por Agustín Gordillo, quien considera que existen dos vías para declarar la nulidad de los actos administrativos, por la vía judicial y la otra por la mera voluntad del administrador (Gordillo, 2017, pág. 114), de esto modo se comprende que la nulidad del acto administrativo puede ser declarada por dos autoridades de distinta naturaleza, una de carácter jurisdiccional y otra de carácter administrativa, aunque solo en casos excepcionales, y en este sentido, el autor José Araujo explica que esto se relaciona con la facultad de auto tutela que es exclusiva de la administración, y seguidamente explica:

“Supone la existencia en manos de la administración pública de potestades de auto tutela que los particulares no disponen, en el sentido que en los casos de actos administrativos absolutamente nulos pueden ejecutarlos directamente, por si misma, sin auxilio judicial alguno, surgiendo en cabeza del particular la carga de alegación y prueba de su irregularidad” (Araujo, 2009, pág. 2).

Como explica el autor, la facultad de la administración por revocar sus propios actos es una excepcionalidad que se permite dentro del ordenamiento jurídico, que opera ante los casos de las nulidades más graves, en cuyo caso, a petición de la persona particular afectada, o por propia iniciativa de la administración, se declara la nulidad del acto administrativo, sin que en este caso tenga que intervenir la autoridad de carácter jurisdiccional.

Ya en lo que se refiere a la definición misma de la nulidad del acto administrativo, el mismo autor realiza el siguiente aporte:

“La teoría de las nulidades del derecho administrativo hace referencia a las diferentes infracciones del ordenamiento jurídico – llamados vicios, causas de nulidad, o motivos de impugnación - , que puede contener un acto administrativo y justificar la cesación de los efectos (...) Por lo tanto, las notas que la caracterizan son las siguientes: (i) constituye una sanción; (ii) de carácter ilegal; (iii) el efecto propio es privar al acto administrativo de los

efectos que estaba destinado a producir; y (iv) responde a causas anteriores o contemporáneas al nacimiento de acto administrativo” (Araujo, 2009, págs. 2, 3).

Nulidad del acto administrativo en el Código Orgánico Administrativo

El Código Orgánico Administrativo dispone dentro de su artículo 103 las causales por las cuales el acto administrativo se extingue, siendo la primera de éstas, por “razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad”; y en el artículo 104 se dispone una definición legal de nulidad en la que se entiende que todos los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad, de modo que por regla general dispuesta en el Código Orgánico Administrativo, todo acto administrativo se presume válido mientras no se haya decretado su nulidad de acuerdo con el mismo procedimiento previsto dentro de la normativa.

En este sentido, el autor Clotario Salinas afirma que: “Los actos administrativos gozan de ciertas características como son la presunción de legalidad y de ejecutoriedad, como así lo determina la doctrina y nuestro sistema jurídico (...). La presunción de legalidad, denominada también de legitimidad, de validez o de juridicidad, consiste en presumir que el acto fue dictado conforme a derecho, esto es que su emisión se sujetó a todas las prescripciones de orden normativo. En efecto, son actos que emanan o supuestamente emanan de funcionarios públicos competentes señalados por la propia ley, que deben observar determinadas formas y procedimientos para emitir un acto administrativo.

Por la presunción de legitimidad, el Estado no requiere declarar que su actividad es legítima y que el acto emitido goza de legalidad”. (Salinas, 2012, pág. s/p).

Según señala el autor, en la legislación ecuatoriana el acto administrativo goza de la presunción de legitimidad, que implica que todo acto promulgado por la administración se presume que se ha realizado por parte de la autoridad competente y respetando el procedimiento para tal efecto, de modo que no es necesario que el Estado declare que es legítimo cada vez que expide un acto.

Así, para que el acto sea declarado ilegítimo, el mismo autor explica que: “Para desvirtuar esta presunción es necesario pedirla, sea ante la misma administración o ante la justicia. El administrado debe pedir la declaración de ilegitimidad, mientras tanto debe comportarse como si el acto fuera válido, aunque en verdad no lo sea, para lo cual debe impugnar ante los órganos jurisdiccionales y a quienes corresponde probar la ilegalidad del acto impugnado, es precisamente a quien la impugna. La doctrina nos enseña que esta presunción es legal provisional,

transitoria, calificada como *juris tantum*, que puede ser desvirtuada demostrando que el acto impugnado contraviene el orden jurídico” (Salinas, 2012, pág. s/p).

La presunción de legitimidad, desde el punto de vista doctrinario, es una presunción *juris tantum*, es decir, no es absoluta, ya que admite prueba en contrario, de allí que sea el administrado quien deba solicitar su ilegitimidad (o también la Administración de oficio en los casos dispuestos en la ley), ya sea ante el órgano de la Administración que promulgó dicho acto o ante la función jurisdiccional. Otro aspecto que señala el autor, es que las presunciones de legitimidad y de ejecutoriedad implican que el administrado debe comportarse como si el acto fuera válido mientras éste no hubiere sido declarado como ilegítimo y se pueda exigir su nulidad, existiendo en la legislación ciertos casos en los cuales se suspende la ejecutoriedad del acto mientras se obtiene el pronunciamiento de la autoridad respectiva.

Causales de nulidad del acto administrativo

El artículo 105 del Código Orgánico Administrativo dispone 8 causales por las cuales el acto administrativo es nulo, siendo necesario analizar brevemente cada una de las mismas.

La primera causal de nulidad dispuesta en el Código Orgánico Administrativo, es que el acto administrativo “sea contrario a la Constitución y a la ley”, siendo quizás esta una de las causales más amplias que podrían existir, ya que, si el acto administrativo vulnera cualquiera de los derechos o principios dispuestos en la Constitución ecuatoriana, sería nulo. Así mismo, si el acto administrativo va en contra de cualquiera de los preceptos legales es nulo, lo que implica que no deberán existir ninguna vulneración de los preceptos sustantivos o procedimentales.

La segunda causal de nulidad es que el acto “viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide”, es decir, cuando el órgano de la administración haya emitido tal acto con vulneración expresa de su naturaleza jurídica como institución, incumpliendo con los fines constitucionales y legales que se le ha atribuido.

La tercera causal de nulidad se da cuando el acto se haya dictado “sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo”.

En este sentido, el autor Manuel Osorio, define la competencia en los siguientes términos:

“Atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. Couture la define como medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar. Las llamadas cuestiones de competencia se ocasionan cuando dos de ellos creen que les pertenece entender en asunto determinado” (Osorio, 2010, pág. 182).

Según señala el autor, la competencia consiste en la atribución que tiene un órgano, ya sea jurisdiccional o administrativo, para que tenga conocimiento de una determinada acción; y tal autoridad, es designada por criterios de lugar, materia o el tiempo. En este sentido, el mismo autor señala que existe un conflicto en la competencia, cuando dos órganos entienden sobre un mismo asunto, mientras que el error se produce cuando un órgano ha emitido un acto cuya competencia radicaba en otro órgano.

La causal cuarta de nulidad se da cuando el acto haya sido dictado “fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado”, es decir, la norma dispone que el acto sea nulo cuando haya prescrito el tiempo para que el órgano de la administración pudiera realizar esa actuación en concreto, pero la norma aclara que únicamente habrá nulidad en este caso, cuando dicho acto tenga un gravamen sobre el administrado, es decir, que se le haya impuesto una carga sobre los bienes, actividades o patrimonio de la persona. Como quinta causal de nulidad se ha establecido a los actos administrativos en los cuales se “determine actuaciones imposibles”, es decir, se tratan de acciones que no pueden llevarse a cabo de ninguna forma. La sexta causal de nulidad se aplica a los actos administrativos que hubieren resultado contrarios “al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo”, de acuerdo con las condiciones y requisitos dispuesto dentro del mismo Código Orgánico administrativo; y en este sentido, el autor Pablo Castañeda señala que:

“El silencio administrativo provoca un acto presunto, de aceptación tácita por la no contestación de la autoridad pública en el término de 30 días, en tal caso si la autoridad no contesta en el término estipulado da derecho para solicitar el silencio administrativo positivo” (Castañeda, 2018, pág. s/p).

De esta manera, cuando el acto administrativo promulgado por un órgano de la administración haya sido promulgado fuera del tiempo que tenía para realizarlo, y es contrario al acto presunto generado a partir del silencio administrativo positivo, este es nulo. La séptima causal de nulidad de acto administrativo se produce cuando éste se haya originado en “hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada”.

En este sentido, la infracción penal es definida en el Código Orgánico Integral Penal como: “La conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014), y tal infracción debe haber sido declarada en sentencia ejecutoriada. Finalmente, es nulo el acto administrativo que “se origine de modo principal en un acto de simple administración” según dispone la octava causal.

En este sentido, el autor Luis Béjar define a los actos de simple administración como:

“Todas las actuaciones de la autoridad administrativa que se efectúan primordialmente en el interior de la propia administración y que por lo general estos actos son (...) anteriores a una decisión administrativa, por lo que son una opinión técnico - jurídica calificada sobre la futura voluntad administrativa” (Béjar, 2012, pág. 248).

El derecho a la defensa como un derecho fundamental en la legislación ecuatoriana La Constitución de la República prescribe dentro de su artículo 1, que el Estado ecuatoriano tiene un modelo de protección de derechos y justicia” (Constitución de la República, 2008), por lo tanto, la protección de todos los derechos de las personas es una prioridad para el Estado, como se observa en el artículo 3 de la misma norma suprema en la que se prevé que la protección de los derechos de las personas es el más alto deber del Estado ecuatoriano, por lo que todas las actuaciones de los organismos públicos deben estar alineados con este objetivo estatal, lo que comprende que la actividad normativa, las políticas públicas y la emisión de actos administrativos deben garantizar la protección de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la defensa como parte del debido proceso.

El segundo alcance que tienen los derechos fundamentales, es que se tratan de expectativas que una persona tiene, para que las demás personas y el propio Estado respeten. Un criterio similar tiene el autor Jorge Benavides Ordóñez quien comprende como los derechos fundamentales son aquellos que les pertenece todo ser humano y le son inherentes por el hecho mismo de ser personas, siendo un conjunto de bienes jurídicos de gran relevancia para el desarrollo de su vida, razón por la cual, su reconocimiento dentro de la legislación nacional e internacional tiene consecuencias jurídicas, sobre todo cuando se ha producido una vulneración de los mismos. (Benavidez, 2013, pág. 75).

Bibliografía

IGUADO I, La evolución histórica del silencio administrativo.

AGUILAR, Juan Pablo, 2009. «Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana

ALONSO VIDAL, Horacio José, Derecho Administrativo y Teoría del Derecho, Tres cuestiones fundamentales, Editorial Palestra, Lima, 2018.

ARÁUJO JUAREZ, José, Derecho Administrativo, Parte General, Ediciones Paredes, Caracas- Venezuela, 2017.

BALBÍN, Carlos F, Manual de Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2007.

BLANQUER, David, Derecho Administrativo, Vol. I: El fin, los medios y el control, editorial, Tirant La Blanch, Valencia, 2010

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, Lecciones sobre el Acto Administrativo, Tercera Edición, Editorial Arazandi, Navarra, 2006

CASSAGE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011 en Pérez, Efraín. Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Vol.2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

CORDERO, Patricio, El Silencio Administrativo, Editorial El Conejo, Quito, 2009.

ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 8° ed. Tecnos, s.f. en Cordero, Patricio, El Silencio Administrativo, Editorial El Conejo, Quito, 2009. Sancionador, Ed. Bosch, Barcelona 2006.

DIEGO DIEZ, A., Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992. Derecho Administrativo, 7° Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona, en Revista Dialnet, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. 2º. ed. 2 vols. Navarra: Editorial Arazandi, 1982 en Vázquez Pedrouzo,

M. C. (2014).

GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición Editorial Tecnos, Vol. I, España, 2005. Fundamentales, Editorial Palestra, 2018, Lima. José, Derecho Administrativo y Teoría del Derecho, Tres cuestiones Arazandi, 2011

GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. GUERRERO CELI, Francisco, Nueva visión del Derecho Administrativo.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo 2º Ed. Civitas, Madrid, 1988

Alonso Vidal, Honio administración pública, No. 148. 11 Tomos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012

MEJIA SALAZAR, Álvaro R., "La arbitrariedad pública más sofisticada", Sanciones Administrativas por Motivos de Oportunidad, en Revista de Revista Andina, Universidad Andina Simón Bolívar, N° 1, enero 2020 Tendencia Legal, Quito, 2019.

INDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I	12
DERECHO ADMINISTRATIVO	12
FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	12
Fuentes positivas	12
Fuentes racionales	16
Principios del derecho administrativo	17
Principio de juridicidad.....	19
Principio de celeridad	19
Principio de racionalidad	20
Relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional.....	23
Transformación del Derecho Administrativo.....	24
Órganos Administrativos	24
Acto Administrativo	25
CAPITULO II.....	25
SILENCIO ADMINISTRATIVO	25
Antecedentes Históricos del Silencio Administrativo	25
El silencio administrativo.....	29
El silencio administrativo en el contexto histórico de la legislación ecuatoriana	32
El silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	33
Clasificación del silencio administrativo	37
Silencio administrativo negativo	38
Silencio administrativo positivo.....	38
Plazo para que opere el silencio administrativo	40
Características del silencio administrativo en el Ecuador	40
Requisitos para que opere el silencio administrativo.....	41
Ejecución del silencio administrativo	42
Derecho de petición.....	44
Derecho de respuesta.....	50
Respuestas motivadas	51
Silencio Administrativo.....	52
El silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	54

Clasificación del silencio administrativo	59
Silencio administrativo negativo	59
Silencio administrativo positivo.....	60
Plazo para que opere el silencio administrativo	61
Características del silencio administrativo en el Ecuador	62
Requisitos para que opere el silencio administrativo.....	62
El silencio administrativo en materia tributaria	64
Ejecución del silencio administrativo	64
Silencio Administrativo.....	67
Transparencia y Control Social.....	73
CAPITULO III	77
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA.....	77
Tutela judicial efectiva	77
Seguridad jurídica	78
Jurisdicción contenciosa administrativa	79
Acciones contenciosas administrativas	79
Tribunales de lo Contencioso Administrativo	81
CAPITULO IV	83
NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO	83
Definición de Administración Pública.....	83
Proceso Administrativo	86
Definición de Acto Administrativo	88
Naturaleza jurídica del acto administrativo	90
Definición de Nulidad.....	91
Nulidad del Acto Administrativo	93
Nulidad del acto administrativo en el Código Orgánico Administrativo	96
Por la presunción de legitimidad.....	96
La presunción de legitimidad	97
Causales de nulidad del acto administrative.....	98

CERTIFICA

Que Mendoza Jaramillo, Roberto Manuel con número de identificación 1718631573 está registrado en La Agencia ISBN Ecuador y figura como Editor - autor del siguiente título:

TÍTULO	ISBN 13 DÍGITOS
El Silencio Administrativo en el Ecuador [I]	978-9942-45-496-6

Nota: [I] => Impreso [D] => Digital.

Este certificado se expide a solicitud del interesado, en la ciudad de Quito a los 22 días del mes de abril de 2024. La presente certificación no acredita titularidad de derechos de autor sobre la obra aquí contenida.

Atentamente,



Anl. Sist. Carlos Mangia Carvajal
Agencia ISBN Ecuador

Si desea verificar la información puede ingresar aquí: <https://isbnecuador.celibro.cerlalc.org/catalogo.php>