



Universidad del Azuay.

Facultad de ciencias jurídicas.

Carrera de Derecho.

**El silencio administrativo: Alcance y límites en su aplicación a
partir de la vigencia del COA.**

Autor: Mateo Nicolás Toral Gavilanes.

Director: Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez.

Cuenca- Ecuador.

2023

Dedicatoria.

La presente investigación va dedicada de manera especial a todas las personas que han formado parte de mi formación académica.

Agradecimiento.

Agradezco primero a dios por haberme permitido compartir este proceso con las personas correctas.

A mis abuelos, padres y tíos, pues sin su apoyo, la culminación de este logro académico no hubiese sido posible.

A mis hermanos, Sebastián, Adriana y Emma, por siempre haber residido en mi mente como fuente de motivación y permitirme no desistir en este proceso.

A Fabián, por la lealtad y haber sido el mejor apoyo en mi crecimiento personal y profesional.

A Marcos, por haber sido ese gran amigo y segundo padre que la vida me ha podido brindar, sus valores siempre serán guía en mi actuar diario.

A ti Carolina, por siempre ser luz en mi vida.

Finalmente, a mi director, Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez, por haber compartido su conocimiento y experiencia para la correcta elaboración de la presente investigación.

RESUMEN

La presente investigación tendrá por objetivo analizar a profundidad la figura jurídica del silencio administrativo, por ello nos tendremos que remontar hasta su origen para ir explicando el desarrollo normativo que ha tenido a lo largo del tiempo, a su vez teniendo en consideración su íntima relación con el derecho fundamental de petición mismo que se encuentra consagrado dentro de la Constitución de la República del Ecuador y que ante la falta de respuesta de la Administración Pública

Este derecho ha sido reconocido incluso respetado hasta en los regímenes más autoritarios, como también, realizaremos una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano para poder llegar a un entendimiento de la norma adjetiva como sustantiva que versa respecto del silencio administrativo y que esta figura puede ser entendida en su plenitud por los administrados como por los profesionales del derecho a fin de que las acciones se planteen de manera correcta y pueda sustanciarse debidamente las causas que versen respecto de esta figura y en suma puedan verse satisfechas las pretensiones que persiguen los administrados.

Palabras clave: Silencio administrativo- derecho de petición- administración pública- Aplicación.

ABSTRACT

The objective of this research was to analyze in depth the legal figure of administrative silence, therefore we will have to go back to its origin to explain the regulatory development it has had over time, in turn taking into consideration its intimate relationship with the fundamental right of petition which is enshrined in the Constitution of the Republic of Ecuador and that in the absence of a response from the Public Administration. This right has been recognized and even respected in the most authoritarian regimes, as well as, we will make a systematic interpretation of the Ecuadorian legal system in order to reach an understanding of the adjective and substantive norm that deals with administrative silence and that this figure can be understood in its fullness by the administered as by the professionals of the law so that the actions are raised correctly and the causes that deal with this figure can be properly substantiated and in sum can be satisfied the claims that the administered pursue.

Keywords: Administrative silence- right of petition- public administration-Application.



Nombre: Mateo Nicolás Toral Gavilanes

Teléfono: 099-295-9532

Correo electrónico: nicolas_toral@es.uazuay.edu.ec

INDICE

Introducción	1
Capítulo 1: Antecedentes históricos del silencio administrativo.....	2-5
1.1 Regulación del silencio administrativo en Francia y España.....	5-10
1.2 Desarrollo normativo del silencio administrativo en el Ecuador.....	10-13
Capítulo 2: El derecho de petición	13-16
2.1 Breve reseña histórica del derecho de petición.....	16-18
2.2 Reconocimiento constitucional del derecho de petición.....	18-21
2.3 La petición e interés del administrado	21-24
2.4 Análisis del fallo 1158-17- EP de la Corte Constitucional.	25-29
Capítulo 3: Naturaleza del silencio administrativo.....	29
3.1 Concepto del silencio administrativo	29-32
3.2 Los efectos del silencio administrativo y sus principales diferencias	32-35
3.3 ¿Realmente es un derecho para el administrado el silencio negativo?.....	35-37
Capítulo 4: Proceso de ejecución del silencio administrativo	37
4.1 ¿Por qué un proceso de ejecución?.....	37-41
4.2 La caducidad del silencio administrativo	41-44
4.3 La audiencia de ejecución.....	45-46
4.4 El rol de las partes y aspectos procesales en la audiencia de ejecución.	46-50
4.5 ¿Cabe el recurso de casación?	50-51
Conclusión.....	51-52

Introducción

El silencio administrativo, es una figura jurídica de antigua data, que tiene por finalidad generar un acto presunto, por haberse superado el plazo previsto en la ley ante una falta de respuesta respecto de una solicitud o reclamo dirigida por parte del administrado a la administración pública, evitando que se produzca una afección al derecho de petición, pues, guardan una íntima relación.

Ante la discrecional regulación que propone el COA a partir de su vigencia en el año 2018, los objetivos de la presente investigación se centrarán en:

Analizar como cuando y donde surgió la figura del silencio administrativo para poder determinar su desarrollo histórico y la relación que hubo inicialmente entre administración pública y administrado, a su vez, comprender a cabalidad el concepto del derecho de petición como un paso previo a la figura del silencio administrativo y su fundamental importancia dentro de la constitución de la República.

Por otro lado, también, establecer de manera oportuna el concepto del silencio administrativo a través de la doctrina para poder entender el funcionamiento de esta figura dentro del Código orgánico administrativo y determinar cómo llega a configurarse para que resulte ser una verdadera prerrogativa para el administrado y así este pueda llegar a sentir que se ha cumplido su petición o reclamo al haber operado como una causal de terminación del procedimiento administrativo.

Finalmente, lograr aclarar los asuntos procesales que se deben tomar en consideración para que el acto presunto que resulta de la figura del silencio administrativo pueda ejecutarse de forma debida.

CAPÍTULO 1:

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Inicialmente para poder abordar de manera oportuna el presente capítulo, creemos relevante referirnos a la rama del derecho que pertenece esta figura jurídica, es decir, al derecho administrativo. Esta rama del derecho aunque no ha llegado a definirse con unanimidad por la doctrina, nos tomaremos el atrevimiento de definirla, como aquella ciencia jurídica en constante formación que regula las relaciones entre la administración y el administrado, decimos pues en constante formación, debido a que entraña un conjunto de normas positivas, principios de derecho público y a su vez de fallos jurisprudenciales que permiten una correcta formación de todas las instituciones que integran el derecho administrativo.

Tampoco podemos perder de vista que la regulación del derecho administrativo, no únicamente se centra en los servicios públicos, pues tendría una aplicación limitada, por el contrario, la regulación de esta rama del derecho cuenta con una basta amplitud, ya que abarca a toda la Función Administrativa, trátese o no de servicios públicos: La función pública, los contratos administrativos, la Responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos.

Por el particular mencionado anteriormente, puede considerarse superada, en este aspecto, la definición de Bielsa: “Conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública;” si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó especialmente sobre la noción de “servicio público” al punto de constituirla en el pivote central de la disciplina, hoy en

día han surgido muchos otros temas de fundamental importancia en la materia y que no tienen, sin embargo, una relación directa con aquélla: Además de los mencionados, puede recordarse toda la teoría del acto administrativo, de las empresas estatales que no prestan servicios públicos, sino que realizan actividades comerciales o industriales, de la planificación económica, etc. Por ello, si bien la noción de servicio público sigue siendo para algunos importante, no es en absoluto la más importante de la materia, y no justifica por ello que se defina en base a ella al derecho administrativo. (gordillo, 2013)

Ahora bien, ya en lo que respecta al análisis específico de la presente investigación, podemos establecer que el nacimiento de esta figura jurídica, tuvo su origen en Francia, concretamente en el año 1864, mediante un decreto Real, en aquella época el silencio administrativo consistía en que, transcurridos 4 meses, el efecto que tenía esta figura era negativo, es decir, que debía entenderse de manera imperativa rechazada la petición por parte del ciudadano hacía algún ministro de estado, por ello, se evidencia que el ámbito de aplicación con el cual surgió era bastante limitado.

A pesar de esto, hay un gran sector de la doctrina que propone que el silencio administrativo en Francia realmente surgió en el año 1900, a través de una ley, pero a través del análisis, se puede constatar que únicamente se amplió el ámbito de su aplicación, ya que se daba la posibilidad al administrado para que pueda recurrir por dicha negativa ante el consejo de estado francés.

Tuvo que transcurrir un siglo para poder observar un cambio de gran magnitud, pues en 1965, mediante el decreto No 65-29, se tomó la decisión de establecer como regla general el silencio administrativo negativo, dando un ámbito más amplio, ya que cabía respecto de cualquier petición formulada ante cualquier persona que ostentaba una potestad pública y no sólo ante un ministro como sucedía con anterioridad.

Como sabemos ante la regla general, siempre hay excepciones, por ello se establecieron tres casos en específico en los que tenía que entenderse la aceptación tácita, es decir, el silencio administrativo positivo por parte de la administración, a continuación, los casos:

- 1) En el derecho de ejercer actividades profesionales, tales como: la libertad de comercio e industria y la creación de hospitales privados (1970), fijación de tarifas de transportes de pasajeros (1949), o inscripción en el foro de expertos contables (1945) y arquitectos (1977).
- 2) Relaciones laborales del sector público, por ejemplo, para licencias o permisos.
- 3) Reglamentación del derecho a la propiedad, bajo la lógica que, si la Administración no ejerce dentro de un tiempo sus potestades de limitación del dominio, se entiende que restituye el gozo total al propietario. Siendo objeto de silencio administrativo positivo, los permisos de construcción (1970). (moreta, 2020)

Con el pasar del tiempo, con la regla general del efecto negativo, el incremento de las solicitudes y también la afeción que se producía al derecho de petición todo esto sumo para que se aumenten las tensiones entre el administrado y la administración pública por ello se meditaba un cambio ya que la figura no respondía de manera eficiente y efectiva a la realidad de la sociedad francesa.

Ya en 1996, se tomó la decisión por parte del ministro francés de presentar ante la Asamblea Nacional, un proyecto de ley que tenía por efecto establecer como regla general ya no el efecto negativo sino el positivo respecto del silencio administrativo con la excepcionalidad de que cuando se tratase de asuntos financieros se tenía que entender que se mantenía el efecto negativo, a su vez, obviamente este proyecto de ley buscó aminorar las tensiones antes aludidas, pero finalmente la Asamblea Nacional creyó que

lo oportuno para ese momento era seguir conservando al silencio administrativo negativo como regla general. (moreta, 2020)

El único cambio que llegó a considerar la Asamblea Nacional, previamente cabe mencionar que no pudo materializarse, debido a la situación política que atravesaba Francia en 1997 donde quedó disuelta la Asamblea Nacional y no pudo llegar a tratarse el segundo debate de la ley en cuestión, básicamente consistía en que se daba la posibilidad al consejo de estado francés, para que, mediante vía reglamentaria establezca los siguientes 2 casos de excepción:

- 1) Cuando se oponía a la Constitución o tratados internacionales.
- 2) Respecto de casos donde la Administración sea titular de un crédito. (Cudola, 1998)

Lo mencionado no fue impedimento, para que ya en el siglo XXI, específicamente en el 2013 ya se pudiera establecer como regla general el silencio administrativo positivo, se llevó a cabo mediante una reforma a la ley del año 2000, esto sin duda, fue una verdadera prerrogativa que alcanzaron los administrados, pues, ante la desidia e irresponsabilidad de la administración pública ya las peticiones no se entendían rechazadas sino una vez cumplido el plazo de 2 meses ante esa falta de respuesta se tenía que entender como favorable la petición. (Penagos, 2013)

1.1 Regulación del silencio administrativo en Francia y España

En la actualidad Francia se ha mantenido con la revolucionaria reforma a ley del año 2000, la misma tuvo vigencia a partir del 12 de noviembre de 2013. Esta revolucionaria reforma tuvo como motivación la adaptación del silencio administrativo positivo por parte de algunos estados de la unión europea a través de los principios de buena administración del Art.41 de la carta de Derechos Fundamentales, en el que se

impone que la administración deberá motivar sus respuestas y darlas dentro de los plazos establecidos, con el objetivo de evitar la desidia por parte de la administración y brindar seguridad jurídica a los administrados, por ello algunos estados de la unión Europea creyeron oportuno el hecho de adoptar la figura jurídica del silencio administrativo positivo, camino que siguió Francia, pero cabe recalcar que no con el objeto de que la administración que ha mostrado desidia actué o que algún órgano de control estatal le obligue a actuar, sino simplemente, le otorga la posibilidad al administrado de encontrar una solución favorable a su solicitud por haberse consumado el plazo en el que la administración podía contestar, por ello esta le otorga al administrado un verdadero acto de fe en la libertad individual. (Desprairies, 2021)

Sin embargo, la crítica sostenida por Armand Desprairies, respecto de dicha ley de noviembre de 2013, es pues, la exigencia de que la solicitud por parte del administrado demuestre el hecho de no incurrir en algunas de las excepciones en las que no se aplica el silencio administrativo positivo, en esencia la crítica reside en lo numerosos que son los casos de excepción, cincuenta y nueve, concretamente.

A su vez, el autor Armand Desprairies continua y sostiene que el administrado francés en dicha solicitud, deberá respetar una serie de formalidades para que no vea afectada la materialización del silencio administrativo francés, tales como, la formalidad de que la solicitud vaya dirigida ante la autoridad competente, pareciera pues que esta formalidad precautela a la administración francesa, pero no resulta ser tal ,ya que la incompetente deberá remitir a la competente y esta a su vez notificar al administrado para que se enmendé el error y no se pueda perjudicar el posible silencio administrativo positivo que surja del acto presunto al haberse cumplido el plazo de dos meses que prevé la legislación francesa. (2021)

Otra formalidad no imperativa pero que se aconseja que siga el administrado, es tener el acuse de recibido por parte de la administración, pues con ello el administrado podrá probar el computo del plazo y a su vez que ciertamente dirigió una solicitud ante la administración, en caso de no tener este acuse de recibido, al administrado le supondrá probar la entrega de la solicitud mediante el medio probatorio que considere oportuno, hecho que resulta difícil. Notable característica de la legislación francesa, es que también considera y protege al tercero que pudiese verse afectado por una solicitud de un administrado, a tal punto, para que se llegue a materializar el plazo de los dos meses, se necesita el desidia de la administración como también la del tercero, este logrará enterarse de la solicitud vía electrónica, en la que se indicará cuando y de qué forma se consumará el plazo, por lo tanto, el tercero queda totalmente informado para que pueda evitar verse afectado. (moreta, 2020)

Respecto del modelo español, en la actualidad el tratamiento jurídico que le da al silencio administrativo, se encuentra establecida a través de la ley 39/2015 del 1 de octubre que versa del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y sustituye a la ley 10/1992, la misma que marcó un hito histórico, ya que mediante esta se estableció como regla general el silencio administrativo positivo, se consagraba finalmente el acto presunto producto del silencio administrativo, el mismo que podía ser exigido ante la administración pública o ante cualquier persona natural o jurídica sea esta privada o estatal. (puado, 2017)

Se estableció también la condición de que necesariamente para entender la aplicación del silencio administrativo positivo se tenía que presentar la certificación de la solicitud por parte del administrado, incluso el plazo de los 20 días se entendía que corría a partir de la fecha desde la solicitud de la certificación.

Posteriormente la ley "Ómnibus" de 2009, modifico la ley 10/1992, reduciendo los obstáculos burocráticos de los administrados y lo que buscaba esta ley era ampliar el efecto estimatorio del silencio administrativo, a tal punto, de que para que se entendiese desestimatorio el silencio administrativo no únicamente había la exigencia de la existencia de una norma con rango de ley que lo determinará, sino también se debía demostrar que la justificación por parte del legislador respetaba el interés general. (Cutanda, 2010)

Ya, respecto de la ley 39/2015 en la disposición del Art. 21 se establece la obligación que tiene la administración de contestar y además notificar la resolución de las solicitudes de los administrados. Ahora bien, en cuanto a los plazos que establece la ley 39/2015 en Art.21 #2 hace referencia a que el plazo máximo será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, considerando que dicho plazo no podrá exceder los 6 meses, dejando a salvo la excepcionalidad de que cuando una norma con rango de ley establezca un plazo mayor o se encuentre establecido en el derecho de la unión europea. También podría darse el caso de que las normas reguladoras no establezcan un plazo máximo para lo cual la mencionada disposición en su numeral tercero establece que se tendrá 3 meses como plazo máximo. (puado, 2017)

En la obligación de resolver que se le impone mediante la ley 39/2015 a la administración, correlativamente se encuentra la obligación de mantener informados a los administrados, a través del portal web, con indicaciones expresas de que tramites se tratan también, el plazo de duración que tendrán, a su vez, en caso de que se supere dicho plazo, establecer el sentido del silencio administrativo que tendrá su petición.

A través de la interpretación de la disposición del Art.24 de la ley 39/2015, se determina que si la administración no resuelve de manera expresa se entiende que la solicitud será estimatoria, precisamente para evitar algún tipo de obstáculo de la

administración, Por lo tanto, en la actualidad en la legislación española podemos observar que se establece al silencio administrativo positivo como regla general, cabe recalcar que cuando se materializa el silencio administrativo positivo este vincula necesariamente a lo que tenga que resolver la administración, pues ante la desidia que es la causante de que la solicitud del administrado se entienda estimada, la administración ya no podrá darle un efecto desestimatorio o tomar la decisión de no ejecutar el acto, es una suerte de castigo ante la irresponsabilidad.

En el caso contrario, es decir cuando a través de excepciones establecidas en la ley, si se trata de un Derecho de la Unión Europea o derecho internacional que se aplique en España, la regla sea el silencio administrativo negativo, ahí no vincula el efecto negativo a la hora de resolver por parte de la administración, ya que perfectamente se podría apartar del silencio negativo y resolver de manera favorable para el administrado, en primer momento podríamos pensar que no hay una igualdad de armas, pero cabe mencionar que en la regulación jurídica por obvias razones el administrado siempre será la parte vulnerable vs el estado.

De manera impecable en el Art.24 numeral 2 de la ley39/2015, se concluye que la estimación por silencio administrativo deberá entenderse como una causal de terminación del procedimiento administrativo, por el contrario, cuando se trata de la desestimación tiene únicamente los efectos de conceder a los administrados la posibilidad de interposición del recurso administrativo para recurrir el acto o directamente acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. En el numeral 4 se establece que el administrado podrá exigir que se le otorgue un certificado acreditativo del silencio administrativo obviamente cuando se ha superado el plazo y no se ha obtenido una respuesta por parte de la administración, para lo cual la administración tendrá la obligación de emitir dicho certificado en un plazo de 15 días contado a partir

del plazo establecido respecto del silencio, esta disposición en la práctica se ha evidenciado en el territorio español, que realmente resulta ineficaz, pues nunca se cumple por parte de la administración.

A través del análisis realizado de la legislación española, podemos determinar que una administración responsable es aquella que responde a los administrados, titulares desde hace décadas de derechos e intereses entre los que se incluyen el derecho a obtener una respuesta expresa y fundada de sus solicitudes. El propio artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, cuando se refiere con más detalles a los concretos derechos que entraña la buena administración, recoge expresamente “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”, que no puede entenderse si no bajo la premisa lógica de que debe existir en cualquier caso una decisión administrativa, ni ficticia ni presunta, sino expresa y, además, motivada. (Parlamento europeo, 2000)

1.2 Desarrollo normativo del silencio administrativo en el Ecuador.

El primer momento del silencio administrativo, surge en 1945, pero creemos oportuno el mencionar el antecedente del derecho de petición, que es un paso previo que realiza el administrado esperando alguna respuesta y al no obtenerla por parte de la administración pública, es cuando se genera el silencio administrativo y da como producto un acto presunto. El derecho de petición tiene como origen una época histórica 1830, la fundación de la república del Ecuador, se constitucionaliza el derecho de petición, pero no se consagraba el silencio administrativo, es decir que, si bien los ciudadanos podían realizar solicitudes o reclamos en el caso de no obtener respuesta por parte de la administración, no pasaba absolutamente nada, reinaba la irresponsabilidad de la administración.

Posteriormente, en el año 1945 nace la figura jurídica del silencio administrativo en el Ecuador, con mucha afluencia de hechos históricos como la segunda guerra mundial, ya que después de aquella, los estados le dieron fundamental importancia al derecho constitucional, ya que las constituciones pasaron de ser normas de programática y pasan a ser ya una verdadera norma suprema. En el Ecuador, el mencionado año también se crea el tribunal constitucional y se elimina el consejo de estado y a su vez también entra en vigencia la ley de Régimen Político Administrativo, estableciendo que ante alguna solicitud realizada por el administrado y que la misma no se hubiese contestado durante un plazo de 30 días, se debía entender que ha operado el silencio administrativo negativo. (moreta, 2020)

En aquella época el competente para conocer la jurisdicción contenciosa administrativa era el tribunal constitucional, porque como dijimos el consejo de estado se había eliminado, aunque tal vez de forma prematura, ya que un año después volvió a entrar en vigencia, esto se mantuvo hasta en 1967, debido a que la constitución elimino de manera definitiva este órgano. (moreta, 2020)

Ya en 1968, se expide la reconocida ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aquí ya se crea el tribunal contencioso administrativo, pero con la peculiaridad de tener jurisdicción nacional, pero en lo que respecta a la figura del silencio administrativo se mantenía exactamente igual, es decir con efecto negativo y un plazo de 30 días. En 1979, hubo únicamente un cambio en el plazo en el que se configuraba el silencio administrativo, este plazo favorecía a la administración, pues el mismo se aumentó a un plazo de 70 días. (moreta, 2020)

Recordando la evolución histórica del silencio administrativo en España, este estado en 1992 tuvo un importante aporte al establecer como regla general el silencio administrativo positivo, aporte que sin duda tuvo gran influencia para el Ecuador, ya

que en 1993, mediante la ley de Modernización del Estado, se estableció el silencio administrativo positivo con unas dimensiones bastantes particulares y favorables para el administrado, ya que se disminuyó a 15 días el plazo en el que podía contestar la administración y a su vez, cabía para cualquier tipo de solicitud.

Dicha amplitud fue un punto de inflexión importante para incrementar la carga de trabajo de la corte suprema, provocando que pueda nutrirse de bastante jurisprudencia, ya que la regulación que disponía la ley de modernización era demasiado amplia y discrecional lo cual generaba dudas en su aplicación, entonces con dicha jurisprudencia lo que se buscaba era unificar criterios para que los funcionarios jurisdiccionales puedan dar un tratamiento jurídico debido a la figura del silencio administrativo.

La ley de Modernización del Estado, tuvo una reforma en el año 2000 mediante el decreto ley 2000-1, ley para la Promoción de la Inversión y Participación ciudadana, en la que se estableció como requisito, la certificación de vencimiento del término que debía ser entregado por el funcionario de la administración ante la cual se planteó la solicitud, bajo la advertencia de su destitución, si es que el funcionario no entregaba al administrado dicho certificado.

Con la vigencia del COA en el año 2018, se procedió con la derogación de la ley de Modernización del Estado e incluso provocó que se reforme el código orgánico general de procesos. En el COA el silencio administrativo se encuentra regulado en la disposición del Art.201, es considerada como una causal de terminación del procedimiento administrativo, a su vez se amplió el termino para contestar de la administración a 30 días. (Joselyn isabel laines bravo, 2019)

Otra reforma relevante que se da en este código, es el hecho de permitir la aplicación del silencio administrativo no únicamente en aquellos procesos en los que el producto del acto presunto sea el derecho de petición, sino se abre el abanico y se da la posibilidad de que también pueda aplicarse en aquellos procedimientos de oficio, este particular resulta ser una gran innovación dentro del COA. (Joselyn isabel laines bravo, 2019)

CAPÍTULO 2:

EL DERECHO DE PETICIÓN

Antes de iniciar el desarrollo de este capítulo, debemos advertir que habrá que desechar la idea de que el silencio administrativo solo deriva del derecho de petición, pues al otro lado de este derecho consagrado en la constitución de la República, siempre estará presente aquella obligación que tiene la administración pública con el administrado, es decir, si este tiene el derecho de solicitar, reclamar a la administración esta tiene la obligación de responder y esto se encuentra consagrado en la mayoría de legislaciones y en la nuestra, se encuentra establecida en el COA en el Art.202.

Inicialmente debemos desentrañar su significado de manera separada, ya que por petición debemos entender que es aquella solicitud verbal o escrita que se presenta debidamente ante un órgano o individuo con la finalidad de requerir una intervención responsable y justificada en un asunto en concreto que requiere el administrado. Sin embargo, para tener una pertinente diversidad conceptual, creemos oportuno mencionar algunos conceptos de diferentes doctrinarios.

En primer lugar, el magistrado español Juan Hurtado Yelo, establece que el derecho de petición hace alusión a aquel derecho que autoriza para canalizar a los poderes públicos que se determinan legalmente y en aquellos asuntos de su

competencia, a su vez, en solicitudes de actos y decisiones sobre materia graciable, así como mejora de los asuntos políticos, sociales y económicos en general, existiendo por parte de los órganos receptores de la petición la obligación de acusar recibo de la solicitud, contestarla con fundamentos claros y por último notificar la respuesta. (Yelo, 1998)

En segundo lugar, tenemos un concepto sumamente amplio, a pesar de la época en la que se estableció dicho concepto, el ex asambleísta Isaac Le Chapelier sostenía que el derecho de petición es aquel derecho que tiene el ciudadano de expresar sus opiniones al cuerpo legislativo, al rey o a los administradores públicos sobre asuntos de administración o de organización. La queja es el derecho de recurrir que tiene todo hombre que ve lesionados sus intereses particulares por una autoridad cualquiera o por un individuo. (perez A. a., 2004)

En tercer lugar, haremos referencia a la doctrina española en su amplitud, pues, existe unanimidad al entender al derecho de petición como un derecho público subjetivo, en cuanto que las peticiones se dirigen a los poderes públicos. Algunos autores van un poco más allá, al establecerle además el carácter de derecho de participación política. Un matiz más concreto le dan aún García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al calificarlo de derecho de participación funcional del administrado en la Administraciones. (delgado, 2002)

En último lugar, tendremos en consideración el concepto del profesor Javier García Fernández de derecho constitucional de la Universidad de Alicante (España), establece que el derecho de petición hace referencia a formular solicitudes a los gobernantes, a su vez, ha sido considerado como un derecho inocuo cuyo ejercicio ni en los regímenes más absolutistas y autoritarios ha tenido la posibilidad de verse dificultado, sin embargo tiene una potencialidad más amplia de lo que podría aparentar,

ya que además de la posibilidad que otorga al ciudadano para hacer llegar a los poderes públicos un tipo de reclamación que, por no constituir derechos subjetivos, normalmente no tiene cauce para exteriorizarse, cumple otros dos tipos de finalidades de cierta relevancia. Primero, en cuanto uno de los órganos destinatarios de las peticiones es el parlamento (lo que es una constante en el constitucionalismo histórico), las peticiones dan ocasión a ser debatidas por los parlamentarios, lo que provoca de estas un instrumento interesante para que las cámaras del parlamento analicen y estudien las demandas sociales que en ciertas ocasiones no tienen otro cauce de exteriorización. Segundo, también coexisten las denominadas “líneas calientes” que algunos gobiernos las establecen como instrumento de vinculación con el ciudadano, ya que utilizan precisamente como cauce jurídico las peticiones de los ciudadanos, que permiten detectar a los gobiernos de manera efectiva y eficiente las demandas sociales y finalmente poder satisfacer los objetivos que persiguen las pretensiones de los administrados. (Cavero, 2008)

En base a todos los conceptos doctrinarios que hemos mencionado, podemos establecer a manera general que el derecho de petición hace referencia a aquella prerrogativa de la que goza el ciudadano para dirigir directamente peticiones, solicitudes o quejas a la administración pública, recayendo en esta, la obligación de contestar dichas peticiones de manera motivada y fundamentada.

No podemos dejar de tomar en consideración, que precisamente una de las funciones principales de los funcionarios públicos, es pues, efectivizar el respeto de los derechos de los ciudadanos y que estos no tengan alguna afección al ejercitar tales derechos, en definitiva, esencia misma del Estado, ya que a través del pacto social, los ciudadanos tomaron la decisión de ceder sus libertades evadiendo el caos y desorganización que imperaba, para posteriormente ser administrados por autoridades

designadas por el conglomerado social, con la condición de un correcto y debido funcionamiento del Estado primando el bienestar social.

2.1 Breve reseña histórica del derecho de petición.

Respecto de los orígenes de este derecho fundamental, hay un consenso en la doctrina, pues se establece que no es un derecho otorgado a través de la democracia, ya que hay antecedentes, como bien lo mencionamos en líneas anteriores, aunque sean muy mínimos de este derecho hasta en regímenes autoritarios y absolutistas. Tal es así, que, en el Imperio Incaico, las peticiones que realizaban los indios en aquel entonces, consistían en cargar un costal de papas hasta llegar al inca con signo de reverencia para poder ser escuchada su petición, ahí la limitación, si bien no en un ejercicio efectivo de este derecho, observábamos que de alguna u otra manera sin negar que seguía presente la arbitrariedad, los ciudadanos podían realizar peticiones. Los hechos históricos de este derecho, sin duda alguna fue el significado que consagró la Petition of Rights del año 1628 y el punto V del Bill of Rights del año 1689, debido a que el derecho de los súbditos de presentar peticiones al rey ya se encontraba establecido, incluso resultaba ser ilegal la prisión o cualquier tipo de procesamiento de los súbditos. En 1787, con la Enmienda I de la constitución de los Estados Unidos, se impidió al congreso la aprobación de cualquier ley que coarte el derecho del ciudadano a exigir respuestas ante cualquier tipo de solicitud.

En 1789, sorpresivamente en la declaración universal de los derechos humanos, no se tomó en consideración al derecho de petición, de igual manera, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales como tampoco en el pacto internacional de derechos civiles y políticos, a pesar de ello, en la actualidad la mayoría de estados, tales como Alemania, Brasil, España, Guatemala, Italia, México, Perú, Portugal, Venezuela y el estado ecuatoriano sí que incluyen al derecho de petición en

sus constituciones, más adelante profundizaremos para realizar un análisis constitucional comparativo.

Posteriormente, cabe destacar otro momento histórico respecto del derecho de petición, justamente en 1791, a través de la asamblea constituyente francesa, se consiguió la jerarquía que buscaba el derecho de petición, ya que, en dicho año, el título I de la constitución lo estableció como un derecho connatural e individual de los ciudadanos franceses, previo a una tensa discusión, debido a que el ponente Le Chapelier asambleísta proponía a la asamblea la distinción entre el derecho de queja como un derecho individual y el derecho de petición como aquél eminentemente político que debía tomarse a consideración según su criterio para excluirlo de la constitución y solo establecer como derecho fundamental el derecho de queja, objetivo que no se consiguió, ya que como bien mencionamos en líneas anteriores, dicha propuesta fue dada de baja por los demás asambleístas al no contar con los argumentos necesarios, a nuestro criterio, fue una decisión totalmente oportuna, pues, el derecho de petición en aquel entonces estaba dirigido a establecerse como un mecanismo de participación en los actos de poder público, mediante el cual, el ciudadano tenía la posibilidad de tener protección frente a cualquier tipo de arbitrariedad realizada por una autoridad pública.

Conforme avanzaba el tiempo, se suscitó otra peculiar situación en el plano de la comunidad internacional, debido a que en el año 1945, cuando aún regía la dictadura del caudillo Francisco Franco en territorio español, se reconocía el derecho de petición para los ciudadanos españoles, sin embargo cabe mencionar que la ley que establecía dicho derecho no contaba con las garantías necesarias para que los ciudadanos pudiesen ejercitar este derecho fundamental, ya que se decretaban frecuentemente estados de

excepción por parte del caudillo, lo que ocasionaba la suspensión del derecho de petición.

2.2 Reconocimiento constitucional del derecho de petición

Como bien lo mencionamos en líneas anteriores, este derecho fundamental tiene reconocimiento en la mayoría de las constituciones de los estados, por ello creemos oportuno realizar un análisis comparativo respecto de lo que establece cada una de las constituciones de los diferentes estados.

Nuestro país vecino Colombia, consagra este derecho en la disposición del artículo 23: Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. (Constitución de Colombia [const.], 1991)

Por su parte el estado de Venezuela establece el derecho de petición en el Artículo 51: Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [Const.], 1999)

Por otro lado, el estado de Perú establece este derecho fundamental en el inicio de su constitución, concretamente en el Artículo 2: Derechos fundamentales de la persona:

Toda persona tiene derecho: 20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una

respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición. (Constitución de la República de Perú [Const.], 1993)

En el contexto latinoamericano podemos evidenciar que estos estados comparten similitudes en cuanto a la caracterización que establecen en sus constituciones respecto del derecho de petición, lo único que difiere es que la constitución de la República de Perú establece que los funcionarios públicos tanto de las Fuerzas Armadas como de la Policía Nacional no pueden ejercer este derecho de manera colectiva por el cargo que ostentan, únicamente estos funcionarios podrán realizar peticiones a título personal.

También es menester mencionar lo que plantean las constituciones de España y Francia en sus constituciones respecto del derecho de petición. El estado español lo establece en el Artículo 29:

1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.
2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica. (Constitución de España [Const.], 1978)

La constitución francesa de 1848 establecía el derecho de petición en su artículo 8: Los ciudadanos tienen derecho a asociarse, a reunirse pacíficamente y sin armas, a hacer peticiones, a manifestar sus ideas por la vía de la prensa o de otra manera. El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que los derechos y la libertad de los demás y la seguridad pública. La prensa no puede, en ningún caso, ser sometida a censura. (Constitución de Francia [Const.], 1848)

Ahora bien, respecto del contexto ecuatoriano, el primer reconocimiento constitucional fue con la constitución de 1830, en el artículo 66: Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, y representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente, al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podrá abrogarse el nombre de pueblo, ni hacer peticiones en nombre del pueblo colectando sufragios sin orden escrita de la autoridad pública. Los contraventores serán presos y juzgados conforme a las leyes. (Constitución de la República del Ecuador [Const.], 1830)

Cómo podemos observar era bastante limitado el desarrollo normativo que se establecía al derecho de petición, puesto que no cabía peticiones colectivas. En 1830, cabe recalcar, fue el año en el que tiene origen la República del Ecuador, el desarrollo que a partir de ahí tuvieron las siguientes constituciones es mínimo, debido a que predominaban las intenciones políticas que tenían los gobernantes de turno, pero en lo que respecta del derecho de petición, tuvo un significativo cambio con la constitución del 2008, ya que en su Artículo 66: Se reconoce y garantizará a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. (Constitución de la República del Ecuador[Const.], 2008)

Sin duda alguna, ha sido un gran acierto de la constitución del 2008 el haber consagrado el derecho de petición como un derecho fundamental, puesto que brinda seguridad jurídica al administrado para que pueda ejercer plenamente otros derechos que son interdependientes y así poder generar satisfacción en las pretensiones que plantea y a su vez, obtener una mejor relación entre administración y el administrado para que la administración pública sea vista como aquel ente que vela por el respeto y

materialización de los derechos de los ciudadanos consagrados en la constitución de la República.

2.3 La petición del administrado

En menester brindarle un punto de análisis, ya que la petición en el COA no tiene una definición, sino más bien únicamente en la disposición del Art. 32 del COA se menciona al derecho de petición en su amplitud, es decir de manera genérica y más adelante en el Art.183 del COA se hace referencia a la solicitud, pero netamente podemos establecer que es de carácter semántico, pues las palabras son sinónimas.

Entonces, hay que tener en consideración que la petición es una herramienta necesaria y fundamental mediante la cual el administrado asume una suerte de control y participación en el sistema de frenos y contrapesos frente a la administración pública, debido a que los ciudadanos al momento de dirigir sus peticiones o reclamos restringen un posible exceso de poder por parte de los gobernantes. Por lo que creemos que es primordial referirse a la teoría de la “separación de poderes” realizando el siguiente análisis teórico constitucional, rama del derecho que se encuentra íntimamente ligada al derecho administrativo y en sí a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por la primacía que la caracteriza.

Bajo este contexto, teniendo en consideración que el estado ecuatoriano es una república y esta es una forma de gobierno en que se ejerce el poder político de manera limitada, responsable y alternativa. Sus gobernantes son elegidos por un amplio sector popular, mediante elecciones libres para periodos alternados y de duración limitada; existe en ella una clara y definida división de poderes como medio para preservar la libertad política y civil de los gobernados y está regida por un ordenamiento jurídico

fundamental que circunscribe las atribuciones gubernativas y que garantiza un cumulo de derechos en favor de las personas.

Ahora bien, lo que cabe destacar de la separación de poderes, es pues, que la característica esencial del gobierno republicano consiste en que el poder político concretamente en el Ecuador se distribuye entre los poderes: Ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y transparencia y control social, de modo que a cada uno de estos poderes les corresponde ejercer un cumulo limitado de facultades de mando y realizar una determinada parte de la actividad gubernativa, por lo que sostenemos que las peticiones que estén prestos a dirigir los ciudadanos de diferentes estratos sociales que integran a la sociedad de cierto modo limitará el poder político y a su vez lo que propiciará es una administración responsable y eficiente.

El propósito en suma de la división de poderes es evitar la concentración de autoridad en un solo órgano estatal que puede llevar al despotismo estableciendo límites al poder político, a través de diferentes mecanismos que establece la constitución de la República y uno de ellos como lo hemos mencionado, es pues las peticiones que pueden dirigir los ciudadanos, garantizando a su vez una democracia transparente y la libertad de los ciudadanos.

También es de suma importancia referirnos a la motivación que deben tener los actos administrativos emanados de la administración pública, dicha motivación se encuentra establecida en el Art.100 del COA, de manera breve sostendremos que la administración pública en los actos administrativos que genere para entender que hay motivación en los actos deberá tener en consideración los tres requisitos que establece esta disposición, esto es:

1. Señalar la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

A su vez, el doctrinario español García de Enterría respecto de la motivación, indica que motivar precisamente hace referencia a reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto, obliga a fijar , en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal la norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto. La motivación es el medio técnico de control de la causa del acto. Por ello, no es un requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna *corpuris*, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar plena razón del proceso lógico jurídico que ha determinado la decisión.

Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de incapacidad física; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución. (Enterría, 2008)

Por otro lado, la constitución de la República establece respecto del derecho de petición, “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.” (Art. 66.23 CRE) y en concordancia con ello la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXIV prescribe: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.” (moreta, 2020)

Por lo que, en el presente punto de la investigación, nos centraremos en desentrañar a lo que debemos entender por interés. El interés que tiene el administrado al momento de realizar la petición, es aquel beneficio que se materializará a través del ejercicio del derecho de petición, pero el interés no es ilimitado, pues encuentra sus límites en el hecho de que la petición que realice el administrado debe ser un hecho posible, lícito y susceptible de ejecución, por lo que el administrado no podrá plantear y ejercer de manera eficiente su derecho de petición, debido a que es fundamental el respeto al orden público y buenas costumbres y en suma al no cumplir con estos mínimos se afectaría a la colectividad y en base de satisfacer al interés particular del administrado, situación que no puede darse en un estado social; por lo que primará el interés general y en las situaciones en que se cumplan los mínimos por el administrado, aun siendo interés particular, también podrá primar el mismo.

También hay que tener en consideración la legitimación activa, ya que el derecho que se está reclamando necesariamente debe estar en una íntima vinculación directa e individual con el administrado solicitante, a su vez, la petición deberá tener sustento legal y estar debidamente dirigida ante la autoridad competente, solo de esta manera podrá ejercitar el administrado el derecho de petición y esperar resultados que satisfaga su pretensión.

2.4 Análisis del fallo 1158-17- EP de la corte constitucional.

En esta resolución la Corte constitucional propone nuevos parámetros que de manera obligatoria se debe cumplir, caso contrario, se estaría afectando a la garantía de motivación. Lo primero que hace la Corte es definir a la motivación como aquella explicitación oral o escrita del razonamiento con el cual el funcionario jurisdiccional tiene el objetivo de explicar y fundamentar el porqué de sus decisiones. La corte constitucional se aleja del antiguo test de motivación, este estaba comprendido por la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad.

Para tener un conocimiento cabal de cada uno de los parámetros establecidos en el antiguo test de motivación, procederemos a explicarlos. La razonabilidad hace referencia al correcto empleo de las reglas y principios que se encuentran consagrados en la constitución, en suma, que la decisión sea conforme a derecho, por lo tanto, ¿Cuándo se incumpliría con este parámetro? Pues cuando la decisión del funcionario jurisdiccional no realiza una fundamentación normativa correcta y como consecuencia se produce una afección a la motivación.

En cuanto a la lógica, esta implica que haya coherencia y armonía en el silogismo jurídico compuesto entre las premisas y la conclusión, como también de esta con la decisión tomada por el funcionario jurisdiccional, a su vez este parámetro como el anterior debe ser conforme a derecho.

La comprensibilidad, este último parámetro hace referencia a la claridad que debe tener la decisión para ser comprendida por la generalidad del gran auditorio social, en suma, este parámetro tiene por objeto que la decisión no sea únicamente comprendida por las partes que intentan resolver dicho conflicto; sino por todas las personas, a través de un lenguaje claro y preciso. Ante esto, cabe mencionar que este

parámetro respecto de la garantía de motivación no se puede cumplir en su totalidad, sino en lo mínimo, ya que esto serviría como impedimento para establecer que la mayoría de las decisiones son invalidas al no poder ser comprendidas por el común de las personas, lo cual resultaría un grave error.

¿Por qué en líneas anteriores establecíamos que la Corte Constitucional en esta resolución se aleja del antiguo test de motivación? Porque a criterio de la Corte hay diferentes problemas que se presentan al aplicar el test de motivación para saber si las decisiones jurisdiccionales cumplen o no con esta garantía.

El primer problema que detecta la Corte es que el test distorsiona el alcance de la garantía de motivación, debido a que este solo se centra en determinar si ha habido una correcta motivación y no explica si hay una motivación mínima dentro de las sentencias.

El segundo problema del test es que no analiza la organización argumentativa como tampoco la fundamentación fáctica (hechos) sino se centraba únicamente en determinar el cumplimiento de los tres parámetros, resultando algo arbitrario la aplicación de dicho test.

El tercer problema es que el test era utilizado por los jueces como una suerte de lista de control y en caso de que no se cumplía con alguno de los tres parámetros se declaraba como una afección a la garantía de motivación, cuando el objetivo no es ese, sino más bien, el juez debe analizar en base a la fundamentación normativa y fáctica para determinar la existencia de algún tipo de afección a la garantía de la motivación.

Frente a este test, la Corte Constitucional lo que propone es que debemos seguir un criterio rector, fundamentado en que una decisión está motivada cuando posee una argumentación jurídica suficiente, ¿Cuándo se logra esta? Pues cuando se cuenta con una fundamentación normativa y fáctica, es decir, conforme a derecho y a los hechos.

Respecto de la fundamentación normativa implicará no solo el hecho de enunciar las normas mediante las que se funda la decisión, sino explicar por qué y de qué manera son fundamentales en la decisión de la causa.

Por otro lado, la fundamentación fáctica se dará cuando no solamente se resumen los hechos, sino que se demuestra como influyeron estos a la decisión y que la prueba haya sido analizada individual y de forma conjunta con concordancia con la totalidad del caso.

La corte constitucional también nos habla del estándar de suficiencia hace referencia al grado de motivación que obligatoriamente se requiere para saber si es que se cumple con las dos fundamentaciones antes mencionadas, aquí es donde encontramos diferencia con el antiguo test, pues este solo se centraba en determinar si se cumplían los tres parámetros, por el contrario, el estándar de suficiencia toma en consideración los hechos y la complejidad del caso.

También se establece 3 tipos de deficiencia motivacional, la inexistencia, insuficiencia y la apariencia.

La decisión es insuficiente cuando adolece de fundamentación normativa y fáctica, un claro ejemplo sería cuando el funcionario jurisdiccional establece que se ha producido la afección a un derecho, pero no explica en específico qué derecho o en que determinado momento se provocó la vulneración.

La decisión es insuficiente cuando lo son cualquiera de las fundamentaciones, como por ejemplo sería cuando el funcionario jurisdiccional no interpreta y tampoco toma en consideración la norma o los hechos en su amplitud.

La decisión es aparente cuando parece que se ha cumplido en forma cabal con ambas fundamentaciones, pero en realidad esconden vicios motivacionales, mismos que

se determinan en la presente resolución analizada en este punto y que serán detallados a continuación.

La incoherencia, esta se da cuando se examina y se determina que en la decisión o en cualquiera de las fundamentaciones existe incoherencia, esta puede ser de dos tipos. La incoherencia lógica se da cuando se produce una contradicción en el silogismo jurídico, es decir, cuando existe una contradicción entre las premisas y la conclusión. La otra clase de contradicción es la decisional esta se produce cuando no hay concordancia entre la conclusión y la decisión, al ser más complejo el entendimiento de esta, sintetizaremos a través de un ejemplo, si es que se acepta la incompetencia de un juez de primera instancia, sin embargo, se acepta la sentencia de ese juez de primera instancia.

La inatinencia, esta se produce cuando en cualquiera de las fundamentaciones, que como sabemos ya son pilares de la motivación se dan razones que no tienen relación con el punto de la controversia, por lo que se aleja de resolver de manera pertinente y fundamentada el problema jurídico.

La incongruencia, se da cuando en cualquiera de las fundamentaciones se ha omitido dar contestación a algún argumento relevante de las partes procesales o tal vez no se ha dado contestación alguna cuestión que el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia exige tomar en consideración para la resolución de los problemas jurídicos, la relevancia de los argumentos que no han tenido contestación se refiere a que estos sean trascendentales para la resolución de la causa y que ante esta omisión se afecte de manera directa a la garantía de la motivación.

La incomprensibilidad se produce cuando la decisión en cualquiera de sus fundamentaciones no ha habido una exposición clara y precisa al no poder darse un

entendimiento cabal por un profesional del derecho, pero no solo busca que la decisión pueda ser entendida para realizar el debido control jurisdiccional para que el mismo no resulte arbitrario, sino que también para que las partes sepan en que les beneficia o perjudica la decisión y ante eso tomar la mejor opción junto a su defensa técnica. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, 20 de octubre)

CAPÍTULO 3:

NATURALEZA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

3.1 Concepto del silencio administrativo

En base al análisis y lectura del COA, podemos establecer que en sus disposiciones no se establece ninguna definición del silencio administrativo, sino más bien el tratamiento jurídico que recibe esta figura es que se le considera como una forma terminación del procedimiento administrativo, específicamente así lo establece el numeral primero del Art.201 del COA. No debemos olvidar, que el silencio jurídico no es más que la falta o ausencia de pronunciamiento de la administración pública a una solicitud realizada por un administrado, por lo que dicha ausencia o falta de pronunciamiento única y exclusivamente podrá ser suplida por la ley, por lo que más adelante haremos referencia al sentido y efecto que establece el COA.

Si bien a lo mejor en este punto de la presente investigación ya tenemos la idea general de que la figura jurídica del silencio administrativo hace referencia a aquella abstención de la administración que previamente no ha habido ningún tipo de pronunciamiento respecto de una solicitud o reclamo de un administrado. En el presente capítulo iremos desentrañando el concepto de esta figura jurídica apoyándonos con conceptos de algunos doctrinarios, a su vez, teniendo en consideración que el silencio administrativo tiene como fin brindar seguridad jurídica a los administrados ante la falta

de respuesta, generará ciertos efectos, los mismos que serán analizados más adelante de manera detenida y analítica.

Bajo este contexto, el jurista español Eduardo García de Enterría, establece que el silencio administrativo realmente constituye un auténtico acto administrativo presunto, en todo equivalente al acto expreso (...) el mero vencimiento del plazo establecido para resolver sin que se haya notificado a los interesados resolución alguna determinada automáticamente el surgimiento del acto presunto estimatorio en los procedimientos iniciados a solicitud de aquellos, que podría hacerse valer desde ese mismo momento tanto ante la Administración, como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada (Enterría, 2008).

La configuración del silencio administrativo puede implicar una serie de dificultades en su aplicación si es que lo analizamos desde la visión que todo estado de derecho debe tener de manera irrestricta para poder de manera eficiente garantizar los derechos de todo el conglomerado social.

Por ello, la existencia del silencio administrativo se dará cuando frente a la posibilidad de que la administración pública omita dar atención o contestar los pedidos, los reclamos o los recursos propuestos por los administrados, es decir, se vulnere el derecho de petición que les asiste y no expresen o no exterioricen su voluntad. Esta figura jurídica fue concebida en el Ecuador desde 1993, la misma estuvo regulada en el Art. 28 de la Ley de Modernización, que fue derogada al entrar en vigor el Código Administrativo. (Celi, 2019)

Estos tratadistas mencionan que se debe tener en consideración que el acto presunto que se genera del silencio administrativo y concretamente a través de la

petición, no debe generar nulidad al encontrarse inmerso dentro de algunas de las causales establecidas en el Art.105 del COA, estas son las siguientes:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

Entonces, por lo que podemos observar los límites que deberá respetar el acto presunto que genera el silencio administrativo a través de la petición que realiza el administrado, pues, el acto al tener esa presunción deberá entenderse por regla general que es un acto legítimo, es decir que carece de algún tipo de vicio que no sea convalidable y por lo tanto únicamente de esta manera se podrá lograr una correcta y debida declaración y ejecución del silencio administrativo, ya que así lo establece el Art. 207 del COA.

Cabe traer como análisis final del presente punto el fallo de la Sala única del Tribunal Distrital número 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca dentro del proceso no. 01803 – 2018 –00395, en el que se establecieron ciertas características que se deberán atender para que el acto administrativo pueda ser considerado como válido y legítimo, entre estas están las características conforme las siguientes:

1. “Que se haya ejercido el derecho ante autoridad competente”. Tiene vinculación con la validez de un acto administrativo, debido a que si la petición no se presenta ante la autoridad que tiene competencia para resolver no va a poder bajo ningún parámetro considerarse como acto presunto, este debe ser dirigido al funcionario que mantenga la calidad para poder responder debidamente.

2. “Que el funcionario competente no haya respondido en el término de Ley”. Los servidores públicos se encuentran amparados por el principio de legalidad, en el cual su accionar se limita exclusivamente a lo que establezca la ley, por ello dentro de estos límites se encontrará la posibilidad de dar respuesta ante las peticiones de los ciudadanos dentro de un límite de tiempo, al no responder dentro de este plazo se configura el silencio administrativo.

3. “Que lo solicitado se enmarque en los límites de la ley y el derecho”. Esto se encuentra vinculado a lo analizado con anterioridad, en donde pese a que se configure el silencio administrativo, no debe encontrarse con vicios que imposibiliten en semejanza a un acto administrativo. (Cueva, 2019).

3.2 Los efectos del silencio administrativo y sus principales diferencias

Como hemos venido analizando anteriormente en los antecedentes históricos de esta figura jurídica tenemos ya un criterio formado de los efectos que puede producir la

misma y respecto a su naturaleza que no es más que la desidia de la administración pública que supera el término de contestación establecido en la ley ante una petición del administrado, se configura el silencio administrativo y frente a este la ley le asigna ciertos efectos, respecto de estos si bien el COA no establece artículos en los que se defina a los efectos de manera separada, podemos inferir a través de la interpretación que el COA los reconoce, pues en la disposición del Artículo 58 en su unmeral cuarto hace referencia a que los plazos y los términos se computan a partir del día hábil siguiente a la fecha en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo, por lo que claramente se puede evidenciar que el silencio administrativo en el COA produce ambos efectos. Por otro lado, también establece el COA en el Art.207 que la regla general del silencio administrativo será el silencio con efecto positivo, sin embargo, vale la pena reiterar no dedica ningún artículo para definir de manera específica estos efectos, por lo que atenderemos de manera específica a las definiciones que plantea la doctrina.

Frente a la regla general que prevé el COA, esto es, el silencio administrativo positivo, los doctrinarios García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen lo ulterior: “En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse dentro de un plazo limitado, pasado lo cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado.” (Enterría, 2008)

Por el contrario, debemos entender que el efecto negativo del silencio administrativo es la excepción, pues a criterio del catedrático español Xabier Arzo Santiesteban, el efecto negativo es una mera norma procesal, debido a que la desestimación por parte de la administración pública establece la ley que deberá ser entendida que ante la negativa de la administración pública se otorga la posibilidad a los administrados para interponer el recurso administrativo que resulte procedente.

Por lo tanto, el efecto negativo no podrá ser entendido como una ficción legal o desestimación presunta, ya que son métodos jurídicos que utiliza o requiere el derecho para vencer ciertas dificultades que devienen de autenticar ciertos hechos inciertos y a su vez poder imponer la producción de consecuencias jurídicas que tienen como fin modificar la realidad, característica que no posee el efecto negativo del silencio administrativo, ya que no nos estamos refiriendo a hechos inciertos sino que son perfectamente conocidos y ciertos, debido a que la administración al no haber resuelto la petición del administrado en el plazo que impone la ley el único efecto negativo que establece la misma ante esa falta de respuesta, vale la pena reiterar, es brindar la posibilidad al administrado de interponer el recurso procedente. (Santiesteban, 2019)

Esta desestimación presunta que antiguamente sí que era una característica propia del silencio administrativo negativo, generó una serie de tensiones y efectos perniciosos entre administrado y administración pública, pues la falta de contestación expresa de esta desembocaba en una forma de contestación de la petición de la administración que necesariamente tenía que entenderse negada.

Al ser el modelo español una de las inspiraciones del COA, creemos adecuado observar y analizar como el silencio negativo incursiono en la legislación española. Fue la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que entró en vigor el 17 de julio de 1958, en este cuerpo normativo al contrario de lo que prevé el COA en la actualidad, establecía que la regla general será siempre el silencio administrativo negativo y la excepción el silencio administrativo positivo, en la actualidad la legislación española no prevé tal, sino más bien que la regla general es el efecto positivo, esto fue a través de la promulgación de la ley 10/1992 tal y como lo analizamos en el primer capítulo. El silencio administrativo por parte de la legislación española sí que fue y es considerado en la actualidad como una mera apertura a la vía judicial, es decir, el ciudadano que

realizaba una solicitud y no obtenía respuesta por parte de la administración pública en el término establecido, se le daba la posibilidad al administrado de acudir de manera directa ante los tribunales, con el propósito de interponer debidamente el recurso correspondiente. (Santiesteban, 2019)

En base a lo analizado, podemos sintetizar en que son dos las principales diferencias entre los efectos que produce el silencio administrativo, por un lado, que el efecto positivo tiene como objetivo exigirle a la administración pública para que esta emita una respuesta motivada y netamente producirá que la situación jurídica del administrado cambie, ya que deberá entenderse que su solicitud ha sido estimada. Por el contrario, el efecto negativo como bien lo mencionamos es una meramente procesal pues el objeto es permitir el recurso contencioso administrativo y en la situación jurídica del administrado no hay modificación alguna.

3.3 ¿Realmente es un derecho para el administrado el silencio negativo?

Partiremos teniendo en consideración los antecedentes históricos de esta figura, los mismos que ya fueron tratados en el primer capítulo de la presente investigación, hacemos referencia al origen del silencio administrativo negativo, ya que inicialmente surgió con efecto negativo y realmente fue un gran avance para los ciudadanos, ya que previo a este suceso únicamente imperaba la arbitrariedad de los mandatarios o monarcas y ante esta situación los ciudadanos no tenían ningún derecho consagrado que pueda tutelar a la realización de peticiones. Por tanto, desde un primer momento sí que fue un derecho para los ciudadanos y una verdadera conquista histórica que se debe tener presente para comprender esta figura jurídica.

En la actualidad ante la evolución de la normativa respecto del silencio administrativo, al consagrarse el efecto positivo como regla general, ha provocado

inconformidad de los administrados frente al efecto negativo, pues este efecto les niega la petición y no pueden ver satisfechas sus pretensiones. La corte constitucional se ha pronunciado respecto del efecto negativo de esta figura jurídica a través de la sentencia 035-11-SEP-CC, en el sentido de que establece que el silencio negativo vulnera el derecho de petición, pues ante el efecto negativo del silencio la petición se debe entender negada, lo que provoca vulneración al derecho fundamental de petición, ya que no existe nunca una respuesta pronta ni motivada provocando que en definitiva no se resuelva el asunto objeto de la petición, ante esto hay que aclarar que el derecho de petición no exige que la autoridad pública siempre se pronuncie favorablemente ante las peticiones de los administrados, sino más bien la obligatoriedad que tiene la administración pública es de dar siempre una respuesta motivada y dentro del término establecido en la ley. (Corte Constitucional del Ecuador, 2011,16 de noviembre)

Por tanto, el efecto negativo creemos que denota irresponsabilidad por parte de la administración pública, ya que nunca existe una respuesta motivada estableciendo porque no se acepta la petición del administrado. Aunque también cabe mencionar que el efecto negativo al ser una excepción en el COA se prevé contados casos en los que se deberá entender negada la petición del administrado, procederemos a mencionar dos ejemplos normativos:

- 1) Respecto del recurso extraordinario de revisión, en el artículo 233 del COA se establece que transcurridos los veinte días desde su presentación y al no ser este recurso admitido a trámite deberá entenderse desestimado; misma suerte sigue la disposición del artículo 234 del COA, ya que establece que, una vez admitido el recurso, el mismo debe ser resuelto en el término de un mes, caso contrario, deberá entenderse desestimado.

- 2) En el artículo 229 del COA, en su numeral segundo, establece que respecto de la petición de la suspensión del acto administrativo la falta de resolución expresa únicamente deberá entenderse como una negativa tácita.

CAPÍTULO 4:

PROCESO DE EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

4.1 ¿Por qué un proceso de ejecución?

Antes de responder esta interrogante, debemos partir del procedimiento administrativo entendido de manera genérica, este hace referencia a aquella serie de actos normados que son tramitados ante autoridad administrativa, para la formación o impugnación de un acto administrativo. También es menester mencionar al concepto del doctrinario Núñez que sostiene que el procedimiento administrativo es que es una secuencia de actos realizados por los organismos administrativos que tienen por objetivo buscar que el estado presta mejores y buenos servicios a los ciudadanos pero para lograr aquello requiere que sus instituciones tengan un cauce mediante el cual realicen este tipo de actividades, es decir la actividad de la función administrativa debe encauzarse para llegar a un acto administrativo, que no es más que la concreción de la voluntad administrativa de las instituciones públicas, por ello Cassagne establece que el procedimiento administrativo es un cauce formal de la función administrativa que desemboca en la materialización de la voluntad administrativa

La doctrina ha establecido que el procedimiento administrativo persigue dos finalidades de orden garantista, debido a que precautela y garantiza los derechos fundamentales de los administrados como también del interés colectivo en general, por otro lado está el hecho de garantizar el orden de la Administración pública, es decir que establece una suerte de frenos frente a esta para que no caiga en la arbitrariedad y

respete el principio de legalidad, esto es, cumplir en sentido estricto con todo lo establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que se cumpla a cabalidad con este principio de legalidad, desembocará que se precautele y garantice de debida forma la seguridad jurídica de los administrados.

Aparte de las dos finalidades mencionadas, también hay otros doctrinarios como García de Enterría que establece otra finalidad del procedimiento administrativo y es la de democratización de la Administración pública, lo que intenta transmitir el doctrinario español es que los administrados puedan repercutir en las decisiones de la administración pública y esto a criterio de él lo podemos lograr a través del procedimiento administrativo.

También dentro del procedimiento administrativo, vale la pena destacar el principio de informalismo del que goza esta rama del derecho, debido a que brinda todas las facilidades al administrado para que pueda acceder al procedimiento administrativo sin tecnicismos que impliquen trabas u obstáculos para el administrado. Ante esto podría surgir la duda o el mal entendimiento de que esta rama del derecho carece de formalismos, esto sería un criterio erróneo, pues hay formalidad, pero esta debe ser observada por la Administración Pública, pero debe precautelar el acceso al que hicimos referencia anteriormente.

Lo que se persigue en los procesos de ejecución es la materialización de un derecho en específico que se encuentra consagrado en un título de ejecución a través de la coacción que dispone la Administración Pública que ejercen los funcionarios jurisdiccionales reafirmando el derecho preexistente en el título de ejecución, ya que en estos procesos no existe disputa, pues no se busca determinar la verdad respecto de un derecho sino valga la redundancia se manda a ejecutar el derecho ya existente. Por lo que la prueba fehaciente es el título ejecutivo, ya que mediante este se podrá ordenar

que cumpla con una determinada obligación la parte demanda o restituya el derecho a través de este proceso de ejecución.

Sabemos pues que el acto administrativo presunto se refiere a tal y como lo establece el doctrinario Juan Carlos Cassagne a aquella declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad normativa, por ello, previamente a abordar el desarrollo de la audiencia de ejecución, para que se produzca la misma el administrado debe disponer de un acto administrativo presunto regular, para llegar a tal objetivo se deberá cumplir con los requisitos sustantivos que establece la ley. Estos se refieren únicamente a que el acto sea regular, esto es, aquel acto que tiene la imposibilidad de anularlo en sede administrativa, debido a que no tiene vicios de nulidad absoluta, a su vez, este acto regular va a estar contenido de las siguientes tres características:

- 1) Está dotado de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.
- 2) Es considerado un título de ejecución en vía administrativa.
- 3) Por silencio administrativo no puede ganar más ni tampoco menos de lo que ganaría con un acto expreso.

¿Cuándo se necesita acudir al órgano jurisdiccional? Por regla general cuando el silencio administrativo ha sido generado en virtud del artículo 207 del COA el administrado deberá demandar para que el acto presunto que resulta del silencio pueda ejecutarse, por el contrario, si se trata del artículo 209 del COA que menciona las autorizaciones expresas ahí sí que se podrá ejecutar por cuenta del propio administrado

Hay que tener claro que el administrado al presentar su solicitud, petición o reclamo a la Administración pública con la pretensión de que se le reconozca un

derecho, como por ejemplo abrir un negocio implica una serie de permisos que hay que obtener del municipio, si es que este no contesta dentro de un tiempo prudencial habiéndose seguido el trámite pertinente, esto es, los 30 días término que establece el COA, yo como administrado debo entender que se ha concedido mi petición al haberse generado el acto presunto producto del silencio administrativo positivo. Ante esto, el doctrinario español García de Enterría es muy claro y establece que el silencio administrativo positivo cuando produce un acto ficto no puede dar más ni tampoco menos de lo que solicitó el administrado.

Otro sector de la doctrina propone que incluso no sería necesario acceder a la vía judicial para la ejecución del silencio administrativo, en cierta medida este pensamiento sostiene algo de lógica, pues el silencio administrativo ya nos da un título de ejecución. Creemos oportuno establecer la diferencia que radica entre el título de ejecución y el título ejecutivo, en esencia el de ejecución se refiere a aquellos documentos en los cuales la auto declaración del derecho es realizada por un funcionario jurisdiccional, por otro lado, en el título ejecutivo la declaración del derecho la realizan de manera directa los propios particulares. (Cardenas, 2020)

Lo que el administrado debe buscar es que el silencio administrativo sea ejecutable y para ello acudirá al tribunal contencioso administrativo y va a adjuntar a la petición, aquí hay que dejar claro que no hay demanda, ya que no es un procedimiento ordinario ni sumario, sino es un procedimiento especial de ejecución. El administrado deberá adjuntar la solicitud que no obtuvo respuesta con su debida fe de recepción y tal y como lo establece el Art.207 del COA, el administrado deberá declarar bajo juramento que no ha recibido notificación y con esto solicitará al contencioso administrativo que declare el silencio administrativo para su ejecución.

4.2 La caducidad del silencio administrativo.

Respecto de la caducidad, nos auxiliaremos al doctrinario Pedro Arrasturry, citado por el doctor Efraín Pérez en su obra Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano, señala: "...el vocablo caducidad era desconocido en las fuentes romanas y su utilización deviene de uso reciente pero que, en general, la doctrina atribuye su significado al establecido por Auby y Rau en su curso de derecho civil cuando expresan que 'cuando la ley, por razones particulares vinculadas al carácter de la acción y a la naturaleza de los hechos o relaciones jurídicas que le dan nacimiento, la acuerdan con la condición de que sea ejercitada en un plazo determinado de una manera prefijada, su expiración importa una caducidad, no constituyendo una verdadera prescripción. (Efraín Pérez, Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2015, páginas 150 y 151).

De tal manera - y así lo admiten Auby y Rau- cuando el derecho nace sin un límite de tiempo, extinguiéndose por un hecho extraño al mismo, como es la inactividad del titular, existe una prescripción extintiva; en cambio cuando el derecho está condicionado ab initio por un plazo determinado, a cuya expiración se extingue, sin consideración a hechos extrínsecos (inactividad del titular), habrá caducidad (Efraín Pérez, Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2015, páginas 150 y 151).

En cuanto a la prescripción tal y como lo establece el artículo 2392 del código civil, diremos que es un modo de adquirir cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos al haberse poseído las cosas o por no haberse ejercido las acciones y derechos durante un determinado tiempo, es por eso, no debemos confundir a la caducidad con la prescripción, ya que si bien estas instituciones jurídicas guardan similitudes también hay las siguientes diferencias que debemos tener en consideración:

- 1) La caducidad por lo general opera en un tiempo más breve que la prescripción.

- 2) La caducidad opera de oficio o a petición de parte, por el contrario, la prescripción solamente opera a petición de parte.
- 3) La caducidad se refiere solamente a las acciones, por el contrario, la prescripción tanto a las acciones como a los derechos.
- 4) La caducidad siempre es expresa, por el contrario, la prescripción puede establecerse mediante norma de carácter general.
- 5) La caducidad no puede renunciarse, por el contrario, la prescripción puede renunciarse una vez que se ha cumplido.
- 6) La caducidad es de interés público, por el contrario, la prescripción es de interés particular.
- 7) La caducidad no es susceptible de interrupción, por el contrario, la prescripción sí que es susceptible de interrupción.

Para el siguiente análisis hay que puntualizar que cuando hacemos referencia a plazo debemos entender que es un concepto de derecho general que comprende todos los días hábiles como de descanso, por el contrario, el término hace referencia a un concepto de derecho procesal en específico que tendrá en consideración únicamente los días hábiles.

Bajo este contexto, debemos tener claro cuál es el plazo o termino que dispone el administrado para plantear la solicitud de la ejecución del silencio administrativo, frente a esto, debemos mencionar que hay dos reglas, la de los cinco años y la de los noventa días, a continuación, vamos a abordar de manera pertinente cada una de estas reglas.

Respecto de la regla de los cinco años, esta tuvo como antecedente la reforma del año 2000, pues, en su artículo 38 se incorporó el termino de noventa días para plantear cualquier acción contra la Administración Pública es decir de manera genérica, es por eso, que la sala de lo Contencioso Administrativo tomó en consideración esta

norma y declaró que la caducidad del silencio administrativo positivo operaba en el término de 90 días. Sin embargo, dicha reforma del 2000 tuvo un corto lapso, debido a que, la Ley 56-2001, incorporó diferentes plazos o términos, en función del procedimiento que se tratase, por eso es por lo que la jurisprudencia que iba generando la Corte Suprema de Justicia a través de sus fallos, se encaminó en determinar que la caducidad del silencio administrativo positivo operaba en cinco años.

En cuanto a la regla de los noventa días, inicialmente algunos funcionarios jurisdiccionales en sus fallos hasta el 2012 siguieron decantándose por mantener la regla de los cinco años, por el contrario, otros sostuvieron la regla de los noventa días teniendo como fundamento que la solicitud planteada en sede administrativa es subjetiva como el derecho que surge en virtud de la figura del silencio administrativo, el transcurso del término corría desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugnaba todo esto se planteaba en el artículo 65 de la Ley de la jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), misma que fue derogada el 22 de mayo de 2015. Si bien la gran mayoría de funcionarios jurisdiccionales optaban por la regla de los noventa días, esto obligó a la Corte Nacional de Justicia tener que pronunciarse a través de un precedente jurisprudencial obligatorio, este fue el Nro.13-2015 en el que se determina que la caducidad de la figura del silencio administrativo opera en noventa días término.

Posterior a ello, surgieron inconvenientes con el mencionado precedente jurisprudencial obligatorio, concretamente en el proceso Nro. 17811-2018-00700, en el que se estableció que a la fecha en que el administrado planteó la solicitud ya se encontraba en vigor el COGEP y por el contrario, el precedente jurisprudencial obligatorio se dictó cuando estaba en vigencia la LJCA, por lo que el mismo ya no sería aplicable, esto tuvo como fundamento normativo, el hecho de que en el COGEP en su

artículo 326 numeral 4, la figura del silencio administrativo se adopta como una acción especial y por tanto ya no se aplicaría el término de noventa días de caducidad que impone el Artículo 306, sino más bien aplicaría el numeral 3 que se refiere a que la solicitud se podrá plantear por el administrado en el término de cinco años.

Frente a este criterio expresamos nuestra inconformidad, puesto que debemos recordar que un fallo de triple reiteración constituye norma que debe ser obligatorio y conocido por los jueces de manera uniforme frente a controversias que sean aplicables al caso en concreto, situación que se desconoció en el proceso mencionado, generando un criterio disímil al ya establecido por la Corte Nacional de Justicia y en definitiva dándose afección a la seguridad jurídica de la administración pública, ya que realmente el establecer la regla de los cinco años, es un término sumamente extenso que provocaría que en la mayoría de los casos la Administración pública se vea obligada a tener que cumplir con indemnizaciones.

Si bien el administrado se encuentra en una suerte de vulnerabilidad frente a la administración, creemos que no se llega a justificar a través de la lógica jurídica la regla de los cinco años, puesto que el silencio administrativo positivo constituye la reclamación de un derecho subjetivo, que no son más que aquellos que se reconocen en el acto administrativo presunto, si bien ya existe el precedente jurisprudencial obligatorio hemos observado que se ha incumplido y por tanto sería oportuno y eficiente establecer de manera taxativa en el COA el término de caducidad para evitar que se generen criterios disímiles frente al tratamiento del término de caducidad de esta figura.

4.3 La audiencia de ejecución

El concepto audiencia según el diccionario jurídico de Cabanellas hace referencia al verbo audire; es el acto de oír del funcionario jurisdiccional a las partes

para decidir los pleitos y causas. Antes de las disposiciones reformativas al COGEP de julio de 2017, el numeral 4 del artículo 326 establecía que el silencio administrativo debía sustanciarse a través de un procedimiento sumario administrativo, en la actualidad al haberse derogado el numeral mencionado y al incorporarse la disposición del artículo 370A del COGEP, podemos determinar que la ejecución del silencio administrativo se caracteriza por ser un trámite especial. Ahora bien, una vez planteada la petición por parte del administrado, el tribunal contencioso administrativo, lo que hará es citar a la Administración pública para que tenga conocimiento de esta petición en la audiencia única que establece el artículo 370A del COGEP.

Posterior a ello, el juez tendrá que calificar la solicitud, misma que deberá cumplir con los requisitos del artículo 142 del COGEP, posterior a ello teniendo en cuenta que el trámite de ejecución del silencio administrativo es especial y al no determinar en el artículo 370A del COA ningún término en cuanto a la contestación de la Administración pública la mayoría de jueces al no haber normativa específica respecto de esta situación se fundamentan en las reglas generales del procedimiento de ejecución, por lo que amparándose al artículo 373 del COGEP y ya calificada la solicitud los jueces ordenan que se citen a los demandados y conceden el término de 5 días para que la Administración pública pueda contestar. Una vez que la Administración pública contesta, el juez califica y admite a trámite la contestación dando traslado a la parte actora y concediéndole el término de diez días para que se pronuncie al respecto, una vez transcurrido el término para la contestación, en los tres días posteriores el juez señalará fecha y hora en la cual se desarrollará la audiencia única. (Cardenas, 2020)

En esta audiencia única, la administración comparecerá, pero cabe aclarar que no se encuentra establecida la obligatoriedad de contestar dentro del ordenamiento jurídico como tampoco hay un término para hacerlo, por otro lado, el administrado lo único que

deberá hacer es ratificarse y demostrar que la petición que realizo a la administración no fue respondida dentro del término de treinta días que establece el COA, en lo que se fundamentará el administrado es en la petición y la declaración bajo juramento indicando que no ha obtenido ninguna respuesta. Hay que tener muy claro que esta audiencia se desarrolla con la finalidad de oír a las partes y la administración ante esto sólo podrá responder respecto de los presupuestos de la figura del silencio administrativo, es decir si el acto presunto adolece de algún vicio que le provoque ser un acto irregular, si es que la Administración logra demostrar esto, el juez únicamente decidirá si el acto presunto es ejecutable o no.

4.4 El rol de las partes y aspectos procesales en la audiencia de ejecución.

Como bien lo mencionamos en líneas anteriores no se trata de una demanda sino de una solicitud, que sin embargo el actor deberá cumplir con los requisitos de la demanda establecidos en el artículo 142 del COGEP, esto en virtud de lo que dispone el artículo 370 del COGEP, a continuación de este en el 370A del COGEP, también se establece que el actor deberá acompañar a la solicitud, la declaración bajo juramento de que no se recibió respuesta en el término legal establecido y también se deberá acompañar el original de la petición, el actor deberá tomar con seriedad la declaración que realiza puesto que es bajo juramento y en caso de faltar a la verdad, esta conducta típica estaría inmersa en el delito de perjurio y falso testimonio de la disposición del Artículo 270 del COIP, misma que establece una sanción con pena privativa de libertad de tres a cinco años, nos damos cuenta entonces que la declaración juramentada es un requisito sustancial que tiene el objetivo que se establezca de manera correcta y efectiva el procedimiento de ejecución. Respecto del requisito de adjuntar la solicitud original con su fe de recepción debemos tener en consideración que la razón de recepción es el recibo, físico o digital, que despachan las instituciones de la Administración Pública en

la que se justifica la fecha de presentación de la solicitud, nombres completos y la sumilla de quien recibe. así lo dispone el artículo 138 del COA. (moreta, 2020)

Por otro lado, debemos plantearnos la interrogante de si el demandado puede o no plantear excepciones. El COGEP establece un sistema de excepciones previas y además esto quiere decir que habrá excepciones que tienen que plantearse y resolverse en forma anticipada para posteriormente poder entrar a analizar, estudiar y resolver el fondo del derecho sustancial controvertido, además el COGEP señala en forma expresa cuales son las excepciones previas que se pueden oponer, esto en su artículo 153. Hoy el COGEP vuelve al sistema de excepciones previas, este sistema se lo abandono en nuestro sistema procesal porque retardaba mucho el trámite de las causas y significaba seguir todo un proceso para resolver las excepciones previas y solo allí pasar al fondo mediante un nuevo trámite por eso se abandono y se pensó que sería más rápido resolver las excepciones perentorias y dilatorias en una sola sentencia entonces volvemos a este sistema. (moreta, 2020)

Por tanto, debemos tener sumamente claro que la demanda es la materialización de la acción, podríamos decir que la contestación es la materialización de la excepción que es el derecho correlativo del demandado frente a la acción del actor. También podríamos decir que claro si mediante la demanda el actor expone su pretensión, el demandado en la contestación va a ser uso de las excepciones o defensas que tenga frente al requerimiento del actor y claro esas defensas son lo que se denomina en un lenguaje jurídico las excepciones, estas pueden ser dilatorias y perentorias. Dilatorias son aquellas que su objetivo fundamental es limpiar el proceso para permitir una discusión clara sobre el asunto de fondo, las perentorias serán aquellas que afectan el fundamento de la demanda (fundamento de derecho del actor), por tanto, diríamos que la contestación a la demanda es la contrapartida de la demanda, es la facultad o derecho

correlativo que le asiste al demandado frente al derecho que tuvo el actor al proponer su demanda.

Ahora bien, tras el análisis podemos determinar que las excepciones previas se interpondrán solo en procedimientos en los que hay contestación de la demanda, ya como bien hemos mencionado aspectos procesales básicos estas tienen origen en la contestación de la demanda, al no haber contestación a la demanda en el silencio administrativo no se pueden plantear las excepciones previas del artículo 153 del COGEP.

Bajo estas circunstancias podemos determinar que hay una regla general y una excepción a este sistema de excepciones previas, la regla general sería que estas tampoco podrían ser declaradas por el funcionario jurisdiccional de oficio puesto que no es el momento procesal oportuno y se estaría afectando al principio dispositivo y la excepción de plantear las excepciones previas, serían en tres casos, que si bien no es amparándose en el artículo 153 del COGEP, si podríamos encontrar fundamento en disposiciones de otros cuerpos normativos del ordenamiento jurídico, situación que analizaremos a continuación.

La primera excepción se daría si es que el juez es incompetente ahí sí que el juez de manera excepcional podría declarar esta excepción en base al artículo 129 del código orgánico de la función judicial.

La segunda excepción sería cuando el juez de oficio declara la caducidad y claro lo hará debidamente amparado en el artículo 307 del COGEP y teniendo en consideración la jurisprudencia de la resolución Nro,13-2015 de la Corte Nacional de justicia.

La tercera excepción sería cuando el juzgador detecte que se está vulnerando el derecho a la defensa como podría ser cuando se intenta sustanciar una causa en un proceso que no corresponde, en esta situación el juez de oficio podría plantear la excepción de inadecuación del procedimiento esta excepción de en virtud del artículo 76 de la constitución de la República o del artículo 29 del código orgánico de la función judicial.

Por otro lado, en lo que podría fundamentarse la Administración Pública como demandado es que el administrado carece de título de ejecución, ya que es un requisito sustancial para poder plantear debidamente un proceso de ejecución, a su vez el hecho de incluir la declaración juramentada porque caso contrario, podría suponer que el acto presunto no se volvió título de ejecución.

La segunda situación que podría alegar la Administración Pública ejerciendo su derecho a la defensa es que el acto presunto es irregular esto en virtud del artículo 207 del COA, mismo que establece que aquel acto que tiene un vicio de nulidad absoluta no se puede ejecutar.

La tercera situación que podría alegar la Administración Pública es que no se produjo silencio administrativo al no contener la fe de recepción en la solicitud original y por tanto hay imposibilidad para determinar cuando venció el término, también la Administración Pública podría alegar que realmente si se dio contestación a la petición del administrado.

La cuarta situación que podría alegar es que hay caducidad y por tanto el administrado por el transcurso del término provocara que se extinga la oportunidad de plantear la acción de audiencia de ejecución para que se materialice el silencio administrativo. (moreta, 2020)

Por tanto luego de escuchar a las partes el funcionario jurisdiccional podrá llegar a formar un criterio el cual será sustento de su resolución judicial, la sentencia favorable al administrado se centrará en que el juez ordenará que se ejecute el acto administrativo presunto satisfaciendo así las pretensiones del administrado o por el contrario si la Administración pública logra demostrar que si contesto la solicitud, petición o reclamo del administro o que el acto presunto no es un acto regular, optará por ordenar el archivo del proceso inadmitiendo la demanda.

2.5 ¿Cabe el recurso de casación?

Frente a este medio de impugnación hay dos criterios que consideran los jueces. El primer criterio que toman en consideración algunos jueces es establecer que no cabe el recurso de casación respecto de los procesos en los que versen la ejecución de la figura del silencio administrativo, para esto se fundamentaban en la naturaleza misma de este medio de impugnación, para lo cual establecían la diferenciación de que los medios de impugnación pueden ser horizontales o verticales como ordinarios y extraordinarios. de Los medios de impugnación son aquellos mecanismos mediante los cuales podemos conseguir que se revise una resolución, medios de impugnación que pueden ser horizontales cuando la revisión corresponde al mismo juez o verticales cuando la revisión la realiza un juez superior.

Hay recursos ordinarios, estos son aquellos que proceden con normalidad dentro de la marcha del proceso, el recurso ordinario típico es la apelación porque decíamos que hasta cierto punto es parte del trámite.

El recurso de casación es extraordinario ya que el conocimiento le corresponde al más alto tribunal de justicia en el contexto ecuatoriano es a la Corte Nacional de Justicia, en virtud del cual la parte que se crea agraviada, por un auto definitivo o

sentencia pronunciada en un proceso de conocimiento, debido a un error proveniente de la falta aplicación, errónea o indebida aplicación de una norma de derecho positivo, busca que se enmiende ese error, mediante la modificación, la revocatoria o la anulación para en definitiva buscar la unificación de la jurisprudencia y evitar que se consagre una injusticia. La finalidad que persigue el recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia y por otro lado evitar que se cause una injusticia a la parte agraviada.

Por otro lado, hay el criterio de que si cabe el recurso de casación ya que se han dado casos en que los tribunales toman como un acto regular a aquel que no reúne todos los requisitos habilitantes para ser considerado como un acto regular y esto provoca que no debió darse un proceso de ejecución sino más bien debería seguirse un proceso de conocimiento, esto tiene lógica, ya que incluso el mismo COA en el artículo 207 establece que el acto presunto no deberá incurrir en ninguna de las causales de nulidad como tampoco en vicios inconvalidables, esto netamente hace referencia a la revisión de legalidad que le compete al tribunal contencioso administrativo, según lo establece el artículo 300 del COGEP, sustento mismo para establecer que esta labor del tribunal contencioso administrativo se enmarca dentro de los casos en los cuales se puede interponer el recurso de casación, concretamente en el quinto caso del artículo 268 del COGEP.

CONCLUSIÓN.

El silencio administrativo es una figura jurídica que se encuentra consagrada en la mayoría de ordenamientos jurídicos de los diferentes estados del mundo y esto se debe al derecho fundamental de petición al ser de tan antigua data, con el paso del tiempo se volvió imprescindible tener que ir desarrollando normativa que precautele este derecho que en la mayoría de constituciones se encuentra consagrado, parte de esa normativa sin duda alguna ha sido la creación de la figura del silencio administrativo,

pues con esta se precautela cuando la administración pública ha mostrado desidia al no contestar una solicitud, petición o reclamo del administrado o incluso si ha incurrido en falta de motivación al contestar, es decir que el derecho de petición va más allá en la actualidad y el silencio administrativo alcanza toda esa amplitud para que los administrados puedan tener certeza y seguridad jurídica de que sus peticiones siempre recibirán respuestas de manera motivada y así generar una relación administrado-administración pública que se base en el respeto y credibilidad.

En lo que respecta al contexto ecuatoriano, el origen fue considerar al silencio administrativo con efecto negativo, esto beneficiaba a la Administración pública y generó tensiones con el administrado, posterior a ello en 1993 la Ley de Modernización del estado ya estableció la regla general del efecto positivo del silencio administrativo, a partir de ahí el silencio administrativo limitó de manera más amplia a la Administración Pública y obtuvo la percepción de ser una figura garantista para los administrados. Luego con la entrada en vigor del COA se dio un paso más adelante ya que en la actualidad el acto presunto que genera el silencio administrativo positivo es considerado como un título de ejecución, sin embargo, esta situación también generó duda y confusión en los funcionarios jurisdiccionales en cuanto a la naturaleza del proceso del silencio administrativo positivo, ya que algunos consideran oportuno el proceso de ejecución y otros sostienen que se trata de un proceso de conocimiento.

Creemos firmemente que a pesar de la desnaturalización que se pueda dar al recurso de casación como medio de impugnación extraordinario, es necesario que haya la posibilidad de interponer el recurso de casación y para evitar esta desnaturalización respetando las normas procesales propias de cada proceso, sería menester que el COA implemente disposiciones específicas en las que logré enmarcar al silencio administrativo cuando el acto presunto generado sea un acto regular dentro de un

proceso de ejecución y cuando este realmente sea un acto irregular enmarcarlo dentro de un proceso de conocimiento, debido a que ahí si cabría y sería necesario un control de legalidad y por tanto habría la posibilidad de interponer el recurso de casación respetando la naturaleza de cada proceso, así los jueces tendría un criterio uniforme evitando la discrecionalidad en cuanto a su tramitación e interposición de recursos.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito.
- Camacho, E. P. (2014). *derecho administrativo*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Cardenas, F. O. (2020). *Nociones del Derecho Administrativo Ecuatoriano*. Quito: kinnor editores profesional.
- Cavero, J. B. (junio de 2008). *civilisac*. Obtenido de <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-Derecho-de-Petici%C3%B3n-Bartra-Cavero-1.pdf>
- Celi, F. g. (2019). *Nueva visión del derecho administrativo: sustentada en el código orgánico administrativo y normativa conexa*. Quito: Cevallos editora jurídica quito.
- Constitución de Colombia [const.]. (1991). *Artículo 19 [Título 2]*. Congreso de la República de Colombia .
- Constitución de España [Const.]. (1978). *Artículo 29 [Sección 1.ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas]*. Congreso de España.
- Constitución de Francia [Const.]. (1848). *Artículo 8: [CAPÍTULO II. Derechos de los ciudadanos garantizados por la constitución]*. Congreso de Francia.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [Const.]. (1999). *Artículo 51 [Capítulo 3]*. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Artículo 51*. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Artículo 51[capítulo 3]*. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
- Constitución de la República de Perú [Const.]. (1993). *Artículo 2 [título 1: De la persona y de la sociedad]*. Congreso de la República de Perú.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (1830). *Artículo 66 [Título VIII. De los derechos civiles y garantías]*. Congreso.
- Constitución de la República del Ecuador[Const.]. (2008). *Artículo 66 [Capítulo sexto: Derechos de libertad]*. Asamblea Constituyente.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2011,16 de noviembre). *035-11-SEP-CC*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021, 20 de octubre). *1158-17- EP*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Nacional de Justicia. (2008). *JUICIO No. 93*. Recuperado el 9 de octubre de 2022, de https://total.finder.lexis.com.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSO1-INDEMNIZACION_POR_PARTE_DEL_ESTADO_9310120160520&query=responsabilidad%20extracontractual#I_DXDataRow0
- Cudola, V. A. (1998). *Lo orígenes del silencio administrativo en la formación del estado constitucional*. universidad de barcelona.

- Cueva, F. V. (5 de noviembre de 2019). *revista ruptura*. Obtenido de <http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/18/8>
- Cutanda, B. L. (10 de febrero de 2010). *La ley grupo Wolters Kluwer*. Obtenido de http://www.aedun.es/images/stories/documentos/articulos/Ley_omnibus_Lozano_cutanda.pdf
- delgado, I. R. (enero de 2002). *Uned revistas de derecho político*. Obtenido de <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8840>
- Desprairies, A. (2021). *El silencio administrativo positivo en el derecho francés: Estudio desde la perspectiva de la reforma del 12 de Noviembre de 2013*. Paris: Hal open science.
- Dromi, J. R. (2001). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones ciudad Argentina.
- Enterría, E. G. (2008). *Curso de derecho administrativo Tomo I*. Madrid: Temis.
- gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo*. buenos aires: fundacion de derecho administrativo.
- Joselyn isabel laines bravo, J. V. (26 de Marzo de 2019). *Revista Sarance*. Obtenido de <https://revistasarance.ioaotavalo.com.ec/index.php/revistasarance/article/view/783/878>
- Marienhoff. (1983). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- moreta, A. (2020). *El silencio administrativo en el COA*. Quito: Legalité.
- Nuñez. (noviembre de 12 de 2017). *scielo*. Obtenido de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2528-79072019000100149#B22
- Parlamento europeo. (18 de diciembre de 2000). *right-to-education*. Obtenido de <https://www.right-to-education.org/es/resource/carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-uni-n-europea#:~:text=La%20Carta%20de%20la%20Uni%C3%B3n,la%20Organizaci%C3%B3n%20Internacional%20del%20Trabajo>.
- Penagos, G. (2013). *El silencio administrativo*. ediciones doctrina ley.
- Perdomo, J. V. (2016). *derecho administrativo*. Bogota: Legis editores.
- perez, A. a. (agosto de 2004). *Pontificia universidad javeriana*. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/45127>
- perez, e. (2020). *Manual de derecho administrativo*. quito: corporación de estudios y publicaciones.
- puado, I. v. (13 de febrero de 2017). *Universidad de alcala de henares*. Obtenido de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32539/EI%20Silencio%20Administrativo%20-%20Laura%20Villalba%20Puado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Santiesteban, X. a. (2019). *El silencio administrativo: analisis constitucional y administrativo*. madrid: la ley.

Yelo, J. J. (27 de enero de 1998). *Daiagnet*. Obtenido de
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1817>