

12

Fecha de presentación: Octubre 2020

Fecha de aceptación: Diciembre 2020

Fecha de publicación: Enero, 2021

EJECUCIÓN DEL ACTO PRESUNTO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO SEGÚN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

EXECUTION OF THE PRESUMED ACT BY ADMINISTRATIVE SILENCE ACCORDING TO THE ECUADORIAN LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

Juan Francisco Alvarado Verdezoto¹

E-mail: juanalvarado@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0870-3846>

Melanie Nicole Pérez Andrade¹

E-mail: nicolepea120698@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1391-0559>

¹ Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Alvarado Verdezoto, J. F., & Pérez Andrade, M. N. (2021). Ejecución del acto presunto por silencio administrativo según la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana. *Revista Científica, Cultura, Comunicación y Desarrollo*, 6(1), 82-90.

RESUMEN

La legislación ecuatoriana establece la figura del silencio administrativo positivo como regla general ante la ausencia de un pronunciamiento expreso por parte de las administraciones públicas en un término de treinta días. Sin embargo, no se determina con claridad cómo debe ser ejercitado el derecho de petición para generar actos presuntos estimatorios plenamente ejecutables ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Este trabajo se ha realizado con el afán de definir los elementos indispensables en una petición y su capacidad de generar un acto presunto estimatorio, ejecutable ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo cual ha podido lograrse empleando métodos científicos como el método cualitativo, histórico lógico, e inductivo-deductivo, basándose en diversas fuentes bibliográficas de autores clásicos como modernos, así como normativa histórica y desarrollo jurisprudencial en materia Contencioso Administrativa.

Palabras clave:

Derecho administrativo, derecho de petición, silencio administrativo, acto presunto, administración pública.

ABSTRACT

The ecuadorian legislation establishes the figure of positive administrative silence as a general rule in the absence of an express pronouncement by public administrations within a period of thirty days. However, it's not clearly determined how the right of petition should be exercised to generate presumed acts that are fully enforceable before the contentious-administrative jurisdiction. The present work through the qualitative, logical historical, and inductive-deductive methods, based on various bibliographic sources of classical and modern authors, as well as jurisprudential development in Administrative Litigation, seeks to define the essential elements in a petition and its ability to generate an alleged estimatory act, enforceable before the contentious administrative jurisdiction.

Keywords:

Administrative law, right of petition, administrative silence, presumed act, public administration.

INTRODUCCIÓN

El silencio administrativo es un tema de interés y amplia discusión en el derecho administrativo. Esta figura surge en Europa con la intención de suplir la ausencia de un pronunciamiento expreso por parte de las administraciones públicas ante una petición ciudadana, estableciéndose por un lado un derecho, que es el de pedir o dirigir comunicaciones a las administraciones y la consecuente obligación de estas de emitir una respuesta motivada y oportuna.

El presente trabajo, parte desarrollando el origen y la evolución legislativa que ha tenido en el Ecuador la figura del silencio administrativo, desde su apareamiento con la Ley de Modernización del Estado, hasta la actualidad, en que consta consagrada en el Código Orgánico Administrativo, con la misma previsión de ser una regla general la estimación por la inactividad de la administración, que si bien, podría considerarse una regla efectiva, en la práctica presenta ciertos obstáculos en relación a su eficacia jurídica.

Luego se analiza la obligación del estado a través de sus administraciones públicas, de dar una respuesta oportuna y motivada a los pedidos o comunicaciones dirigidas por la ciudadanía de manera individual o colectiva, obligación que puede también analizarse desde la perspectiva del derecho a una respuesta, y además la obligación de que esta respuesta sea emitida en un tiempo prudencial, y que en su contenido consten los argumentos necesarios para justificar y entender la decisión adoptada por la administración pública.

Continuando, se analiza el derecho de petición y su desarrollo como derecho constitucional desde los inicios de la república, queda en evidencia así la existencia de este derecho desde hace casi dos siglos, hasta la actualidad con un mejor desarrollo normativo, aunque sin una clara definición de sus alcances.

Finalmente, revisados los principales aspectos, se desarrolla la discusión sobre la posibilidad de ejecutar el acto presunto por silencio administrativo, para lo cual será necesario desentrañar los elementos formales y materiales inherentes a una petición, para que esta sea capaz de producir efectos jurídicos. Si bien es cierto, el derecho de petición no presenta requisitos para su ejercicio, pero, si lo que se pretende es que una petición sea capaz de generar efectos jurídicos por silencio administrativo, esta deberá ser inicial, lo que implica que la petición va a motivar el inicio de un procedimiento administrativo, que será el camino para la formación del acto administrativo. No puede tratarse de una petición dentro de un procedimiento ya iniciado, porque su objeto no será el mismo que el procedimiento ha planteado como finalidad, por lo tanto, no será capaz de producir efectos jurídicos.

Se establece que la petición debe existir físicamente (por escrito) solo de este modo contamos con una constancia objetiva de lo pedido y el tiempo transcurrido en ausencia de una respuesta, esencial para pretender la ejecución de un acto ficto por silencio administrativo. En cuanto al idioma en que debe ser redactada, toma importancia el reconocimiento del Ecuador como país multicultural, plurinacional y multiétnico.

Quien ejercite el derecho de petición deberá hacerlo con interés legítimo o titularidad de los derechos en discusión, justificando esta condición en base a los parámetros establecidos en el Código Orgánico Administrativo, no basando el interés simple para que el acto pueda producir efectos jurídicos por silencio administrativo.

En cuanto al objeto de la petición, este debe ser lícito, la ilicitud en el objeto haría que el acto estimatorio por silencio administrativo sea nulo, por tanto, sin capacidad de generar efectos jurídicos. El objeto además debe ser cierto, lo que implica que los hechos planteados como antecedentes o bases de la pretensión sean reales. Finalmente, el objeto debe ser posible tanto en la dimensión jurídica como en la física, y determinado, lo que permitirá definir el alcance del acto estimatorio por silencio administrativo en relación con sus efectos.

Es así, que el objeto principal del presente trabajo es desentrañar los elementos o requisitos mínimos que una petición debe reunir, esto, con miras a que esa petición, una vez que produzca un acto estimatorio por silencio administrativo, este tenga plena validez y capacidad de producir efectos jurídicos, para lo cual se han analizado varios elementos con miras a una plena ejecución del acto ficto.

DESARROLLO

Para poder desarrollar la ejecución del acto presunto por silencio administrativo según la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana, es importante partir desde el origen de esta figura, es decir, del silencio administrativo.

El silencio administrativo, es conceptualizado como *“el derecho que tienen los ciudadanos de recibir una respuesta por parte de las administraciones públicas cuando se realicen determinadas peticiones”*. (Grijalva, 2017)

En el mismo sentido, Zumarraga (2016), reconoce que *“el silencio administrativo es una presunción legal. Aquel efecto que la Ley otorga a la ausencia de la voluntad administrativa: positiva o negativa. Dicha presunción se vuelve en un imperativo necesario, dado que, de no existir pronunciamiento, la Administración Pública podría escapar al control judicial de sus actuaciones con su inactividad”*.

Según Goldfarb (2020), *“el silencio de la administración es un instituto del Derecho Administrativo en el que a la falta de respuesta del ente público se le asigna un significado, por lo general desestimatorio”*. (p.49)

Con estos breves aportes respecto del silencio administrativo, compete entonces, señalar el origen del mismo, primero desde una perspectiva global, regional y finalmente nacional. Según Cevallos, et al. (2018), la figura del silencio administrativo, nace en Europa, específicamente en Francia, bajo la ley de 1900, la cual presumía la voluntad administrativa, señalando que, cuando existe ausencia de la misma, se perfecciona un verdadero acto administrativo presunto, aceptando la petición efectuada por el particular y en otras ocasiones negando dicha pretensión por disposición de ley.

Premisa que, algunos otros autores consideran errada, pues desde su punto de vista el silencio negativo no es en sí un acto presunto, sino la ausencia de él, que le faculta al

interesado a acudir a la vía contencioso administrativa; en cambio el silencio positivo, sí es un acto administrativo presunto y con generación de efectos jurídicos que van más allá del ejercicio de derecho de tutela.

Sobre la validez del acto presunto generado por el silencio positivo Arzoz (2019), expresa que *“el silencio positivo suplía a un -pretendidamente- simple acto de control sobre el administrado o sobre la actuación de otro órgano o entidad. El ciudadano no necesitaba acudir a los tribunales para ejecutar o validar el acto administrativo ficticio. Si se daba el caso de que una administración reclamara al ciudadano la autorización en cuestión, este únicamente tenía que demostrar la válida producción de la autorización por silencio administrativo”*. (p.501)

Entendiéndose que el acto ficticio generado por silencio positivo, se encontraría dotado, además, de ejecutividad y ejecutoriedad, con todas las posibilidades de producir efectos jurídicos, incluso sin la necesidad de ejecución judicial.

Mientras que, acercándose más a la realidad de Latinoamérica, Uruguay y Argentina, comparten el principio del silencio como desestimatorio (salvo norma expresa en contrario). Es decir: *“El particular sabe que, ante la falta de respuesta oportuna, el sentido de la omisión estatal es denegatorio, sin que por ello la omisión pierda su carácter antijurídico”*. (Goldfarb, 2020, p.49)

Finalmente, en Ecuador, ha sido concebido como un derecho que ha estado presente en el país desde la primera Constitución. Pero, es a raíz de la entrada en vigencia de la Ley de Modernización que el Ecuador sustituye la denegación tácita por el silencio positivo.

A criterio de Grijalva (2017), el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, señaló la necesidad de una certificación emitida por el funcionario público involucrado que deje constancia sobre el vencimiento del término para contestar. Pero, algo muy importante aquí, es que el legislador debió haber advertido la casi imposibilidad de obtener tal documento de parte del funcionario, pues al emitirlo, estaba confesando una falta de actuación de su parte, lo que iba a tener implicaciones administrativas y aún de índole penal.

Dicha exigencia provocó controversias en la aplicación de la norma, mismas que se tradujeron, al menos en un inicio, en sentencias contradictorias de parte de los jueces administrativos. Y, en respuesta a ello es que la jurisprudencia adoptó un criterio uniforme respecto a la generación del llamado acto administrativo presunto, que otorga la respuesta a favor del administrado siempre y cuando ese acto no adolezca de vicios de nulidad.

Dando paso así, a lo que hoy se conoce como el silencio administrativo positivo, figura jurídica por la cual la falta de pronunciamiento de parte de la autoridad, dentro del tiempo que tiene para hacerlo, provoca la aceptación tácita de la petición del administrado.

La implementación de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, va de la mano con la necesaria justificación de que la inacción de la administración no puede perjudicar el derecho legítimo de las personas a conocer

la respuesta que están buscando. Es decir, el derecho suple esa inacción generando un acto administrativo presunto que estima la petición, como lo estipula el art. 207 del Código Orgánico Administrativo (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017), *“los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva”*.

De momento, entonces, la legislación ecuatoriana establece con ambigüedad y de modo genérico, la institución jurídica del silencio administrativo con efecto positivo para reclamos, solicitudes o pedidos, sin una resolución expresa en 30 días término, sin que se haya desarrollado en la legislación, las definiciones de lo que se debe entender por “reclamo”, “solicitud” o “pedido”, usándose las últimas dos generalmente como sinónimos.

El silencio administrativo positivo contiene en forma implícita cuatro elementos que son: el derecho de petición, el derecho de respuesta, la obligación por parte de las administraciones públicas de emitir respuestas oportunas y motivadas, y finalmente, una consecuencia jurídica a la omisión de la obligación de resolver en el término perentorio concedido.

La obligación de resolver constituye una garantía al ciudadano frente a las administraciones públicas, de que sus petitorios van a ser atendidos en un tiempo prudencial y expresando los motivos de su aceptación o rechazo.

Se trata de una obligación íntimamente relacionada con el derecho de petición, el derecho a una buena administración pública, el derecho a un debido procedimiento administrativo y los principios constitucionales (2008) que orientan su actividad: *“eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”*.

El Código Orgánico Administrativo ha definido esta obligación como *“el órgano competente resolverá el procedimiento mediante acto administrativo. El vencimiento de los plazos previstos para resolver no exime al órgano competente de su obligación de emitir el acto administrativo. Las administraciones públicas no pueden abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley”*. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017)

Pero, ¿qué sucede con la obligación que tiene la administración pública para resolver?, es inevitable plantearse esta pregunta, y es que resulta evidentemente un fracaso de la finalidad del procedimiento administrativo y de los valores constitucionales de la administración.

El hecho de que la administración pública no emita ningún pronunciamiento respecto a las peticiones ciudadanas, es contrario su naturaleza y sus fines, entre los que resalta el de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Las resoluciones administrativas permitirán al auditorio social y a la jurisdicción contencioso administrativa, ejercer control sobre esos actos y la actividad administrativa en general, de allí que la norma jurídica haya previsto mecanismos para asegurar la emisión de un acto expreso

definiendo por un lado plazos perentorios y razonables para su emisión y también la previsión de que ningún acto sea emitido, escenario en el que surge la figura del silencio administrativo positivo generalmente y negativo excepcionalmente (Arzoz, 2019).

La obligación de resolver se configura en doble vía, primero como una obligación de la administración pública que emitir una decisión oportuna motivada en los asuntos que son de su conocimiento, y segundo como un derecho del ciudadano vinculado al derecho de petición.

Esta obligación asegura un ideal que es la emisión de un acto expreso frente a toda petición ciudadana, ideal que de no cumplirse permitirá se genere un acto presunto estimatorio (generalidad de peticiones) o desestimatorio (recurso extraordinario de revisión), permitiendo éste último que se pueda recurrir en vía jurisdiccional.

Un Estado democrático no es ajeno a la necesaria relación de poder y subordinación éste ostenta para con sus ciudadanos, e independientemente de que los actos de poder deban someterse a la juridicidad, la naturaleza de la relación implica una dinámica en la que el común ciudadano deberá obligatoriamente requerir del poder público autorizaciones, avales, permisos y otros, para el desarrollo de ciertas actividades, acceso a ciertos servicios, derechos y demás.

Estos requerimientos o peticiones serán dirigidos al poder público que, a través de sus administraciones (órganos públicos), las receptorán y deberán dar respuesta en un plazo razonable.

Una petición, según Cabanellas (2003), es un escrito dirigido al poder ejecutivo mediante el cual se pueden exponer opiniones, quejas, planes o demandas, concepto que no se encuentra del todo alejado de la realidad contemporánea y al que ha sido necesario acudir ante la indeterminación por parte de la normativa nacional sobre qué se debe entender por petición.

Como se mencionó en el apartado anterior, la contrapartida de este derecho, es la obligación por parte de la administración pública de dar una respuesta motivada y oportuna, lo cual no obsta a que por parte del ciudadano se deba dirigir una petición con un mínimo de elementos que permitan a la administración dar una respuesta, que en caso de ser inexistente derive en una sanción a su inactividad a través de la institución del silencio administrativo con efectos positivos.

Previo a develar esos elementos, que deberán ser necesariamente parte de una petición; se revisará cómo el derecho de petición ha sido configurado y desarrollado tanto a nivel normativo supranacional y nacional, como a nivel jurisprudencial en Ecuador.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948) en relación al derecho de petición, en su Artículo XXIV establece: *“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”*; disposición que desarrolla no solo el

derecho de petición, sino que además establece la prerrogativa de obtener una respuesta.

A nivel constitucional se realiza un recorrido histórico, empezando con la Constitución Política de la Gran Colombia (1830), que en su art. 154 reconoce la libertad de los ciudadanos para reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con la moderación y respeto debidos, disposición que si bien no se encuentra establecida de manera expresa como derecho de petición, habilita a los ciudadanos a dirigirse ante autoridades públicas, sin que se imponga a la administración la obligación de dar una respuesta.

La primera Constitución del Ecuador como república independiente, establece de manera expresa el derecho de petición en su art. 104, que prescribe que será ejercido personalmente de forma individual o colectiva, pero jamás a nombre del pueblo; la referida disposición constitucional no desarrolla una definición o concepto de este derecho, tampoco menciona la forma de ejercitarlo, su alcance, ni mucho menos, la obligación por parte de la administración pública de emitir una respuesta (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 1835).

La Constitución de 1845 en sus arts. 124 y 125, establece como facultad de los ciudadanos el reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública y el derecho de presentar por escrito al Congreso, o al Ejecutivo, cuanto consideren conveniente al bien público; sobre el derecho de petición se mantiene la disposición en el sentido de que puede ser ejercido de manera individual o colectiva pero jamás a nombre del pueblo (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 1845).

La Constitución de 1929 en su art. 151 numeral 26 establece el derecho de petición ante autoridad competente, señalando además con una redacción confusa, que no podrá desecharla en la resolución del caso, se mantiene la disposición en el sentido de que puede ser ejercido de manera individual o colectiva pero jamás a nombre del pueblo (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 1929).

En la Constitución de 1945 se presenta una notable diferencia en relación al derecho de petición, prescrito en el art. 141 numeral 17, que establece por primera vez la obligación de funcionarios o autoridades de emitir una resolución ante un petitorio en el plazo máximo de 30 días, salvo que se determine algún plazo especial, y se mantiene la disposición en el sentido de que puede ser ejercido de manera individual o colectiva pero jamás a nombre del pueblo (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 1945).

Con ligeros cambios, se mantendría el mismo espíritu de la disposición constitucional que consagra el derecho de petición en las constituciones de 1946, 1967, 1979 y 1998, ésta última señalando que las quejas o peticiones debían recibir atención o respuestas pertinentes, en un plazo adecuado.

Finalmente, la Constitución de 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), en su art. 66 dentro de los derechos de libertad, en su numeral 23 establece: *“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". Como innovación podemos apreciar que ya no solo se establece la exigencia de que las peticiones tengan una resolución, sino que esta resolución (o respuesta) debe ser motivada, es decir, debe presentar las razones por las cuales adopta la decisión, misma que deberá fundarse en norma jurídica y en los antecedentes fácticos en relación al peticionario o queja.

Sobre el contenido esencial del derecho de petición, la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No. 018-09-SEP-CC ha expresado: *"Al respecto, es necesario determinar que la norma señalada contiene el denominado derecho de petición consistente en la posibilidad de dirigirse a los poderes públicos y ser escuchado y respondido por ellos, 3 derecho que garantiza que las personas que acudan ante las autoridades a presentar solicitudes, en demanda de atención en cualquier ámbito de la actividad estatal, deben recibir atención oportuna y que las respuestas que reciban contengan una razonable fundamentación de manera que los peticionarios conozcan los motivos de la respuesta recibida"*. (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

En el mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia, señala: *"La Corte Constitucional en sus pronunciamientos, se ha preocupado en desarrollar este postulado, reiterando el carácter fundamental de las peticiones, y determinando en primer lugar, un conjunto de exigencias que deben observarse para satisfacer su núcleo esencial y, en segundo lugar, las limitaciones que pueden vincularse a su ejercicio. Estos presupuestos se pueden resumir de la siguiente manera. (i) El derecho de petición, es un derecho de carácter fundamental que abarca otras prerrogativas constitucionales, tales como el derecho a la información, el derecho a la participación política y el derecho a la libertad de expresión. (ii) El núcleo esencial del derecho de petición radica en la obligación de la autoridad de dar respuesta pronta y oportuna a la petición elevada. (iii) Esta respuesta debe, además: (i) resolver de fondo el asunto cuestionado y (ii) ser clara, precisa y guardar estrecha relación con lo solicitado. (iv) La garantía de este derecho no implica que se deba dar una respuesta favorable de lo solicitado. (v) El derecho fundamental de petición no se satisface a través del silencio administrativo negativo, en su lugar, debe entenderse que esta figura constituye prueba de su desconocimiento. (vi) La carencia de competencia por parte de la entidad ante la que se eleva la solicitud, no la exime del deber de dar respuesta y de notificarla al interesado"*. (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

Siguiendo la misma línea, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-1160A de 2001 (Mercado, 2020) señala que el derecho de petición no se limita a presentar peticiones, sino a recibir una respuesta que sea oportuna, eficaz, sobre el fondo y en congruencia con lo solicitado.

Una vez que ya se ha revisado los antecedentes constitucionales y jurisprudenciales del derecho de petición, para lo cual se acudió incluso a jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana por la remisión expresa realizada por la Corte Constitucional del Ecuador, pasamos a revisar el desarrollo normativo infraconstitucional relativo al derecho de petición.

La ya derogada Ley de Modernización del Estado desarrollaba el derecho de petición en su art. 28 que prescribe: *"Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan"*. (Ecuador. Congreso Nacional, 1993)

Norma con la que se evidencia el surgimiento del silencio administrativo positivo como regla general ante la inactividad de la administración en relación a reclamos, solicitudes o pedidos presentados por la ciudadanía, sin que se especifique qué tipo de reclamos, solicitudes o pedidos pueden ser objeto de aceptación estimatoria por silencio de la administración, ni la posibilidad de que se generen actos fictos estimatorios que caigan en las causales de nulidad de los actos administrativos.

En lo posterior, con la publicación y entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017) se establece en su art. 32 el derecho de las personas a "formular peticiones, individual o colectivamente, ante las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas, de forma oportuna", norma que mantiene la obligación del art. 66 Constitucional respecto a que la respuesta que se reciba debe ser motivada, agregando a que debe emitirse en forma oportuna, es decir en un periodo de tiempo razonable. El cuerpo normativo omite desarrollar requisitos mínimos que deberán contener estas peticiones para ser atendidas por la administración o para generar efectos estimativos por silencio administrativo.

Sobre el silencio administrativo el Código Orgánico Administrativo (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017) en su art. 207 establece que, las administraciones públicas deben resolver reclamos, solicitudes o pedidos en el término de treinta días, que una vez vencido, sin un acto expreso, se entenderá ha generado un acto tácito estimatorio (aceptación).

Para que el acto presunto por silencio administrativo pueda producir efectos jurídicos, este no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por el Código Orgánico Administrativo (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017), por esta razón se estima que el reclamo, solicitud o petición dirigido por el ciudadano posee de manera implícita ciertos elementos que lograrían la producción de un acto presunto plenamente ejecutable en vía jurisdiccional.

Aunque el Código Orgánico Administrativo (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017) no es claro en definir o diferenciar al reclamo, la solicitud y la petición, más aún con la consideración de que el art. 138 sobre la razón de recepción habla de la “solicitud”, y se utiliza como sinónimos solicitud y petición, al ser que el derecho en relación se ha positivado como derecho de petición, nos referiremos en forma genérica como petición a cualquier solicitud, reclamo o pedido dirigido a la administración pública.

Con lo dicho se concluye que el derecho de petición en el plano jurídico tiene relación directa con la obligación del Estado de permitir al ciudadano elevar peticiones ante cualquier órgano o servidor público y dar una oportuna y motivada resolución a los temas puestos en su conocimiento, con la consecuencia jurídica de la estimación tácita de la petición por su inactividad.

En palabras de Moya (2020), *“la regla del silencio positivo permitirá cubrir un amplio espectro de conductas, en las cuales la inactividad de la Administración tendrá como resultado la dictación de un acto favorable, por el solo retardo en su emisión”* (p. 138). Como ya se ha mencionado, la legislación ecuatoriana prevé el silencio administrativo positivo como regla general, sin que de forma alguna se desarrolle requisitos o elementos mínimos que deberán contener estos reclamos, solicitudes o pedidos realizados en ejercicio del derecho de petición.

Con base en la normativa, jurisprudencia y doctrina revisada se procurará establecer un esquema mínimo de requisitos o elementos que deberán contener estos reclamos, solicitudes o pedidos para que en primer lugar permitan un ejercicio legítimo de derecho de petición, que, de no ser correspondido con la obligación de la administración de responder, lo que en el derecho comparado se ha denominado como derecho de respuesta, permitan la consecuencia jurídica del silencio administrativo con un acto presunto estimativo plenamente ejecutable bien sea ante la misma administración o a través de la jurisdicción contencioso administrativa.

Para lograr un acto presunto estimativo plenamente ejecutable es necesario diferenciar entre una petición dentro de un procedimiento que ya se halla en curso, y una petición, reclamo o solicitud orientada a dar inicio a un procedimiento. Si la petición se da en el marco de un procedimiento en curso es seguro que existirá una petición previa que inició en procedimiento, tratándose de procedimientos iniciados por iniciativa del interesado, esa petición previa, primera y/o inicial es la única que será capaz de generar como consecuencia un acto presunto por silencio administrativo, mismo que tendrá los efectos de ejecutividad, presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.

Con este razonamiento, quedaría vedada la posibilidad de generar un acto presunto estimativo con un recurso, pues se entendería que la administración pública *ya “adoptó una resolución negativa a la pretensión del administrado y, éste interpone recurso administrativo. El nuevo nivel al que se recurrió solo está haciendo tutela administrativa de la legalidad del acto materia del recurso”*. (Secaira, 2004, p. 218)

Aunque parecería es una situación que la norma ha dejado en claro, no es así. La normativa prevé la existencia

de dos recursos en sede administrativa que son: apelación y extraordinario de revisión. Únicamente sobre el recurso extraordinario de revisión existe una disposición expresa sobre el efecto del silencio que en este caso será negativo: *“Transcurrido el término de veinte días desde la interposición del recurso sin haberse dictado y notificado la admisión del recurso, se entenderá desestimado”*. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017)

En relación al recurso de apelación, aunque se ha establecido que *“el plazo máximo para resolver y notificar la resolución es de un mes contado desde la fecha de interposición”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017), existe un vacío normativo respecto a cuál es el efecto del silencio en este sentido, situación que genera un dilema jurídico pues al no haberse asignado expresamente un efecto negativo no habría la posibilidad de acudir al contencioso administrativo con esta negativa, así como tampoco se han reportado casos en los cuales los Tribunales Contencioso Administrativos del Ecuador permitan el ejercicio de impugnación sobre la omisión de la administración a su obligación de resolver (Moya, 2020), pues el exámen de legalidad sobre el acto ha sido la regla general.

Siguiendo la línea de pensamiento del profesor Secaira a quien incluso se cita en la sentencia referida, por lo que, sobre la imposibilidad del efecto positivo del silencio en materia de recursos, no quedan dudas.

Tanto el Código Orgánico Administrativo (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017) como el Código Orgánico General de Procesos prescriben que para solicitar la ejecución del acto presunto por silencio administrativo se requiere *“el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción”*, en consecuencia, se colige que la petición deberá presentarse por escrito a efectos de que exista una constancia real del contenido de la misma, la fecha de presentación y ante quién fue presentada.

Sobre el idioma en el que debe estar redactada la petición, es pertinente referirnos al art. 2 de la Constitución que prescribe: *“El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso”*. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Además, se debe tener presente el reconocimiento del país como un Estado pluricultural y plurinacional, conceptos a los que la Constitución también les ha dado la categoría de principios en razón de los cuales se debe *“proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad”*. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

El Código Orgánico Administrativo y el Código Orgánico General de Procesos también reconocen la existencia de pueblos y nacionalidades indígenas, estableciéndose así, con suficiente claridad normativa, que se adecúe ciertas actuaciones a sus idiomas originarios.

En suma, la petición deberá preferentemente ser redactada en castellano, sin embargo, se reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas como parte del ejercicio Estatal

de interculturalidad, la posibilidad a que ejerzan su derecho de petición y demás actuaciones del procedimiento en su propia lengua, ante lo cual, la administración está en la obligación de conseguir un intérprete, por tratarse además de una garantía del debido proceso y del derecho a la defensa.

Partiendo del hecho de que un acto administrativo no puede generar efectos respecto a sujetos que no fueron parte del procedimiento, quien dé inicio a éste, deberá acreditar su condición de titular de los derechos subjetivos vinculados al procedimiento o tener interés legítimo, no bastando el interés simple para promover un procedimiento en calidad de interesado con pretendidos efectos personales.

La doctrina se ha referido además a la posibilidad de que el acto presunto genere efectos que de alguna manera involucren derechos de terceras personas que no fueron parte del procedimiento (Secaira, 2004), situación en la que pretender simplemente la ejecución del acto presunto por silencio administrativo, dejaría por fuera la posibilidad de que el tercero afectado por el efectos del acto presunto pueda ejercer oposición a éste en cualquier vía.

El Código Orgánico Administrativo define con claridad en el artículo 149, quiénes pueden comparecer ante un procedimiento en calidad de interesados, por lo que el sujeto pasivo del procedimiento tendrá la obligación de acreditar la titularidad de los derechos en discusión o poseer un interés legítimo respecto a la decisión que pueda adoptar la administración.

Del mismo modo impone la administración la obligación de llamar a terceros con interés que puedan verse afectados producto de la resolución administrativa (Ecuador. Asamblea Nacional, 2017), de esta forma, si el tercero con interés comparece al procedimiento el acto podrá causar efectos sobre sus derechos o intereses legítimos.

Al ser el silencio administrativo una de las formas de terminación del procedimiento, el acto presunto que genere debe tener la misma naturaleza del acto administrativo en cuanto a la posibilidad de que sea productor de efectos jurídicos, **“se ha de presumir legítimo y ejecutivo, salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios invalorable”** (Corte Constitucional del Ecuador, 2018), es por esto que el acto no puede incurrir en ninguna de las causales de nulidad.

Teniendo en cuenta las cuatro primeras causales de nulidad, el acto presunto estimatorio deberá ser lícito, esta cualidad implicará que sus efectos no sean contrarios a la ley ni a la Constitución, y que más bien estén amparados en el derecho, siendo así muy claro que el ejercicio de derecho de petición no se podrá ejercitar pretendiendo situaciones antijurídicas validadas por la administración o por su silencio.

“Mediante silencio administrativo no se puede alcanzar lo que el propio derecho no permite, puesto que el derecho no puede ser objeto de su propia violación; por ello, para que el silencio administrativo tenga efectos positivos, básicamente se necesita que el requerimiento se enmarque en lo que determina la ley, puesto que el requirente no podrá

obtener más de lo que la propia ley le permite, ni el silencio suple los procedimientos que la ley exige para lograr lo que se requiere.” (Tribunal Constitucional del Ecuador, 2003)

Un acto presunto perfectamente ejecutable y productor de efectos jurídicos implicará además que el derecho de petición se ejerció ante la administración pública competente para atenderla, de no ser así el acto presunto incurrirá en vicio de incompetencia y no será ejecutable, al ser la competencia un requisito básico de validez y eficacia del acto administrativo.

Tanto la legalidad como la competencia son elementos subjetivos de validez del acto administrativo e implican un legítimo ejercicio de potestades públicas atribuidas de manera previa por la Constitución o la Ley.

“Las organizaciones jurídico públicas encuentran una fuerte prohibición de darle a sus atribuciones una orientación jurídica distinta al mandamiento especificado por el legislador. Así, conviene al legislador mismo establecer el necesario encausamiento de la competencia administrativa [...] precisando que el ejercicio de la actividad administrativa no puede asumir orientación disímil a aquella que las propias disposiciones jurídicas previamente configuran o procediendo en sentido distinto al interés público” (Huamán, 2019, p. 62)

El ejercicio del derecho de petición debe basarse además en hechos ciertos, es decir situaciones fácticas y jurídicas reales, pues el acto presunto causará efecto respecto a los escenarios que plantea la petición que de no ser ciertos, difícilmente podrán perfeccionarse sus efectos jurídicos.

Los hechos contenidos en la petición o pretendidos con la petición deben ser posibles, y no se hace referencia a la posibilidad jurídica pues el tema de la licitud del acto presunto ya fue tratado, sino a una posibilidad en el campo de lo físico y lo lógico, situación también prevista como causa de nulidad.

Finalmente, el ejercicio del derecho de petición debe determinar con claridad la pretensión del interesado, de otro modo el acto presunto carecerá de objeto y causa, encontrándonos frente a un acto estimatorio sin una finalidad o intención clara, imposibilitando su perfecta ejecución (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 2007), pues, el proceso de ejecución del acto ante el Tribunal Contencioso Administrativo no involucra una discusión sobre el fondo del asunto pues no se trata de un proceso de conocimiento.

CONCLUSIONES

Al ser el silencio administrativo una forma de terminación del procedimiento, el acto presunto debe tener la capacidad de resolver el fondo y con esto poner fin al procedimiento. El acto presunto que surja como consecuencia del silencio administrativo debe tener la misma naturaleza de acto administrativo en cuanto a sus requisitos esenciales.

Los elementos y/o requisitos contenidos en la petición serán determinantes al momento de pretender ejecutar un acto administrativo presunto ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

La voluntad como requisito de validez en el acto administrativo, será un elemento ausente en el acto presunto estimatorio por silencio administrativo, aunque se podría considerar que este elemento se encuentra sustituido por el efecto positivo del silencio.

Otro elemento de validez, como es la motivación, también se podrá considerar ausente en el acto presunto estimatorio por silencio administrativo, dado que la administración no ha expresado razones que funden la aceptación de la petición, sino que la aceptación es tácita y al ser tácita carece de razones, las únicas razones que se podrá encontrar expresadas constarán en el peticitorio inicial.

En general, no se podrá pretender que el acto presunto tenga todos los requisitos de validez de un acto administrativo expreso, por la naturaleza misma de su formación y su inexistencia física (ausencia de acto escrito), pues se trata de una ficción jurídica generada por efectos de la institución del silencio administrativo positivo.

Si bien el silencio administrativo se aplica para la generalidad de peticiones dirigidas a la administración pública según en Código Orgánico Administrativo, habrá que tener en cuenta que los procedimientos especiales, regulados por disposiciones normativas especiales, establecen un efecto de silencio administrativo negativo como es el caso de recursos ante la Contraloría General del Estado o el derecho de petición de acceso a la información pública consagrado en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, entre otras.

El silencio administrativo negativo tiene efectos eminentemente procesales pues su efecto es otorgar un acto ficto de desestimación con el cual se puede recurrir en sede jurisdiccional para el respectivo análisis de legalidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arzoz, X. (2019). *El silencio administrativo: análisis constitucional y administrativo*. Wolters Kluwer España.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heliasta.
- Cevallos, E., Quiñonez, H., & Castillo, C. (2018). *EUMED Enciclopedia Virtual*. Obtenido de El silencio administrativo positivo en la legislación ecuatoriana: <https://www.eumed.net/rev/oel/2018/10/silencio-administrativo-ecuador.html>
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T920, T-1919557 de septiembre de 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t%2D920%2D08.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009). Sentencia No. 018-09-SEP-CC, 0166-09-EP, 23 de julio de 2009. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f6962a7d-d41f-40d6-9313-d23035baebe2/0166-09-EP-res.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). Sentencia No. 048-18-SEP-CC, 0479-11-EP de 23 de Febrero de 2018. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1aa58566-7517-4d73-8b9e-235b341ee327/0479-11-ep-sen.pdf?guest=true>
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (2007). Brito Albuja vs. Ministerio de Defensa Nacional, Resolución No. 31-2017 de enero de 2007.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1835). Constitución Política del Ecuador. http://www.silec.com.ec/indoamerica.idm.oclc.org/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION POLITICA DEL ANO 1835&query=constitucion#I_DXDataRow0
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1845). *Constitución Política* de la República del Ecuador. <http://www.silec.com.ec/indoamerica.idm.oclc.org/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONSTITU-CONSTITUCION POLITICA DEL ANO 1845&query=constitucion>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1929). *Constitución Política* de la República del Ecuador. Registro Oficial 138, de 26 de marzo de 1929. https://www.canclleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1945). *Constitución Política* de la República del Ecuador. Registro Oficial 228. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/20431/1/6030%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Ecuador-1945.pdf>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 31, de 20 de junio de 2017.
- Ecuador. Congreso Nacional. (1993). *Ley de Modernización del Estado*. Registro Oficial 349. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo28.pdf
- Goldfarb, M. (2020). Silencio de la administración en los derechos uruguayo y argentino. *Revista de la Facultad de Derecho*, 49.
- Gran Colombia. Asamblea Nacional. (1830). *Constitución Política Gran Colombia*. http://www.silec.com.ec/indoamerica.idm.oclc.org/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=-CONSTITU-CONSTITUCION POLITICA GRANCOLOMBIANA DEL ANO 1830&query=constitucion#I_DXDataRow0

- Grijalva, E. (2017). Pérez, Bustamante & Ponce. Obtenido de El silencio administrativo positivo en el nuevo Código Orgánico Administrativo: <https://www.pbplaw.com/es/el-silencio-administrativo-positivo-en-el-nuevo-codigo-orgnico-administrativo/>
- Huamán, L. (2019). *Aplicación Práctica del Procedimiento Administrativo General*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mercado, A. (2020). El recurso de insistencia, una herramienta adicional para la protección del derecho constitucional fundamental de petición. *Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, 3m 12-30.
- Moya, P. H. (2020). Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan el principio de legalidad. *Revista De Derecho Administrativo Económico*, 33(2), 125-148.
- Organización de Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Instrumento Internacional de Derechos Humanos. OEA.
- Secaira, P. (2004). *Curso breve de derecho administrativo*. Editorial Universitaria.
- Tribunal Constitucional del Ecuador. (2003). Resolución No. 102-2003-RA, 102-2003-RA de 23 de Septiembre de 2003. <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2003/09/registro-oficial-23-de-septiembre-del-2003>
- Zumarraga, C. (2016). TOVAR ZVS SPINGARN. <https://www.tzvs.ec/noticiasdestacadas/silencio-administrativo-coa-2/>