

# OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Por Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Derecho Constitucional para el Siglo XXI”, un aporte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional.

**Producción editorial:** Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Año 2020

**Diseño y revisión de texto:** Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

**Director:** Dr. Miguel Hernández Terán



[Acceder a obra colectiva completa](#)

## SUMARIO

Resumen .....	01
Palabras claves .....	02
I. Introducción .....	02
II. Caracterización del silencio administrativo .....	03
III. Regulación del silencio administrativo en el Código Orgánico Administrativo y en el Código Orgánico General de Procesos. Observaciones críticas .....	08
III.I. El silencio administrativo y la terminación del procedimiento .....	08
III.II. El silencio administrativo y los recursos administrativos .....	11
III.III. Validez de lo ganado por el silencio administrativo .....	14
III.IV. Ejecución del silencio administrativo .....	17
IV. Reflexiones Finales .....	20

**Resumen** Este trabajo, en esencia, plantea un análisis al marco regulatorio actual del silencio administrativo, destacando sus falencias y realizando observaciones relevantes. En opinión del autor el silencio administrativo es *un hecho ilícito de la administración pública*; “una patología” que vulnera el derecho constitucional de petición, el cual comprende la necesidad de recibir respuesta motivada y oportuna al respectivo requerimiento del administrado. Este estudio arranca

revisando el origen legislativo del silencio administrativo positivo en el Ecuador, y se detiene a caracterizarlo con toda determinación, ratificándose el autor en el contenido de otros trabajos sobre la misma materia central.

**Palabras claves** Silencio administrativo, Código Orgánico Administrativo, administración pública, jurisprudencia, Corte Nacional de Justicia, pretensión, efecto estimatorio.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, incorporó en el derecho ecuatoriano una interesante –aunque totalmente ingenua– solución a la falta de pronunciamiento de la Administración pública frente a las promociones de los administrados: ante el silencio de la autoridad, el administrado entendería aceptadas sus peticiones, reclamaciones o recursos.

La intención de tutelar el derecho de petición –loable, aunque también candorosa– se topó con innumerables dificultades prácticas que pusieron en evidencia lo inútil de la técnica. ¿Cómo puedo hacer valer lo ganado por el silencio administrativo frente a la Administración pública?

Los órganos jurisdiccionales ecuatorianos, conscientes de la necesidad de acatar la ley, pero también prudentes sobre los excesos que podían presentarse, idearon varias proposiciones y soluciones, que a pesar de su ingenio, no dejaron de lado la evidencia de que establecer un efecto legal afirmativo al silencio administrativo, en términos absolutamente prácticos, no tutelaba el derecho de petición ni constituía la mágica panacea en la que muchos creyeron.

Con el advenimiento del Código Orgánico Administrativo, el silencio administrativo no dejó de estar presente en sus regulaciones. Tal vez se trató de recoger las soluciones jurisprudenciales y de reforzar la tutela del administrado. Sin embargo, continuó con la creencia en el llamado “silencio

administrativo positivo” como técnica para defender el derecho de petición y de suplir la “ineficiencia” de la Administración pública. Sólo que ahora, lamentable es decirlo, aquella convicción incauta se suma a una deficiente técnica legislativa, a la incongruencia y hasta la oscuridad normativa.

En el presente trabajo realizaremos un análisis crítico de la regulación actual del silencio administrativo, haremos patentes sus deficiencias y brindaremos algunas opiniones que tratarán de superar vacíos e incoherencias de la nueva normativa.

## II. CARACTERIZACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo constituye un *hecho ilícito* de la Administración pública, pero al cual el derecho otorga una consecuencia jurídica o un significado para evitar menoscabos al administrado o al interés general.<sup>1</sup> Cualquier estudio o comentario sobre este fenómeno jurídico no debe dejar de lado este carácter de infracción.

El silencio administrativo, en efecto, no constituye una alternativa a la decisión expresa, ni que se trata de un modo regular de concluir los procedimientos administrativos. Nos encontramos ante una patología, ante una situación incompatible con el derecho y con la eficacia administrativa. Como ya hemos dicho desde hace tiempo, la circunstancia de que el ordenamiento jurídico le otorgue un significado o consecuencia al silencio administrativo, no elimina la ilicitud que comporta, ni significa una depuración de la falta que implica.<sup>2</sup>

El silencio administrativo constituye una violación patente al derecho de petición, que la Constitución de la República reconoce en el número 23 del artículo 66 y que tiene como obligación correlativa *dictar una respuesta motivada*.<sup>3</sup> Además, la falta de pronunciamiento sobre una

1. Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, t. II, p. 245.

2. Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana. Una visión crítica de la situación actual”, en *Revista Ruptura*, No. 46, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2003, p. 271.

3. La Constitución vigente dice que frente a las peticiones de los administrados, la autoridad debe dictar una

petición o pretensión del administrado, menoscaba el principio de eficacia que establece el artículo 227 *ibídem*, que consiste en la atención a las necesidades y requerimientos públicos de modo cabal e idóneo.

La previsión de un efecto legal para el silencio administrativo tiene por propósito garantizar los derechos del administrado ante el incumplimiento del deber de pronunciamiento de la administración pública. En un inicio, según las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el significado legal del silencio administrativo era la negativa de lo solicitado por el administrado, con el único propósito de permitirle el acceso a la justicia y evitar que la administración pública eluda el control judicial.<sup>4</sup> Todo ello debe entenderse en el contexto de las cargas procesales que se exigían al demandante, como es contar con un acto previo en contra del cual se dirigen sus pretensiones procesales, y sobre todo, la carga de haber agotado la vía administrativa antes de ocurrir a la jurisdicción.<sup>5</sup>

Posteriormente, el artículo 28 de la derogada Ley de Modernización del Estado, dispuso que la falta de contestación a las peticiones o promociones de los administrados se entendería como aceptación de lo pretendido. El propósito es garantizar el derecho de petición, como se constata de la observación del título que lleva el artículo 28 de dicha ley.<sup>6</sup>

---

resolución motivada, pero no dice nada sobre la oportunidad de dicha decisión. Consideramos que era mucho más conforme con el derecho de petición lo que disponía el número 15 del artículo 23 de la Constitución de 1998, que disponía que el derecho de petición tenía como contenido “recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”. En efecto, además de modular el tiempo de la respuesta, también se disponía que debía ser pertinente, que en el ámbito de lo jurídico es lo conforme a derecho.

4. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Art. 31.- [...] *Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial*”.

5. Véase, García-Trevijano Garnica, Ernesto, *El silencio administrativo en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 87-89. En el mismo sentido, González Pérez, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 341.

6. Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: “Art. 28.- DERECHO DE PETICIÓN.- 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.

La buena intención que tenía el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado se enfrentó, sin embargo, con varias dificultades que mucho hacían dudar sobre su efectividad. La principal fue el modo de hacer valer lo ganado por el ministerio de la ley, sin dejar de lado la cuestión de si aquello era conforme a derecho como para poder hacerlo cumplir a la Administración pública. Respecto de esto último, es capital la observación de García de Enterría y Fernández:

“[...] el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla”.<sup>7</sup>

La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia (o de la Corte Suprema de Justicia) reiteradamente afirmó que lo ganado por el silencio administrativo comporta un *derecho autónomo* nacido de la ley, que da lugar a un *sui generis* proceso de ejecución y que no puede desconocerse por una resolución expresa tardía de sentido contrario. En sentencia de casación publicada en el Registro Oficial No. 287 de 31 de Marzo de 1998 se dijo: “[...]”

**Silencio administrativo:** Configura un derecho autónomo el derecho que se establece por el Ministerio de la Ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un *derecho autónomo*, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de

---

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”.

7. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., t. I, pp. 585-596.

Estado francés y de su similar colombiano, *nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio [...]*” (Lo resaltado es del autor).

En el mismo sentido, y resaltando además la imposibilidad de resoluciones expresas tardías de signo contrario, la misma Sala, en sentencia de 10 de diciembre de 1997, sostuvo lo siguiente:

“**Silencio administrativo:** No cabe resoluciones expresas tardías de signo contrario”. “**Silencio Administrativo:** Su aplicación implica un proceso de ejecución”. En torno a la materia, conviene señalar que el derecho que se establece por el ministerio de la ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un *derecho autónomo*, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo del Estado francés y de su similar colombiano, *nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio*; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional *no está dirigida a que se declare el derecho*, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que *una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución*. Desde luego que el legislador ha establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización, el efecto positivo del silencio administrativo, en reemplazo del efecto negativo que consagra la anterior legislación, no de manera arbitraria, pues, tal efecto rebasa el propósito negativo, que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, ya que, además, y principalmente, mediante el positivo se da un efecto práctico a la garantía o derecho de petición y oportuna respuesta, consagrado en

el Art. 19 numeral 11 de la Constitución Política del Estado, precisamente por ello, el efecto positivo del silencio administrativo, *no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo*” (Lo resaltado es del autor).

<sup>8</sup> Por lo demás, la Corte Nacional de Justicia (o la Corte Suprema de Justicia) también han manifestado que lo ganado por silencio administrativo debe ser equiparable a un *acto administrativo regular*, es decir, carente de vicios de nulidad absoluta, pues caso contrario no es posible conceder lo pretendido por el administrado. Así lo ha dicho, por ejemplo, la sentencia de 11 de noviembre de 2009, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N.º 143 de 6 de mayo de 2011:

“En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto, que se derive del silencio administrativo, debe ser un acto administrativo regular. Siguiendo la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, entendemos por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inconvalidables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos reguares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley”.

Fácil es apreciar las vicisitudes que el administrado tenía que atravesar para hacer valer lo que, real o presuntamente, ganó por el ministerio de la ley al callar la Administración pública. No sólo que debía incoar un complejo y largo proceso contencioso administrativo, sino que bien podía resultar que lo aparentemente ganado no pueda otorgarse por carecer de validez. En esta temática, no siempre es sencillo determinar cuando una acto es

---

8. Gaceta Judicial, Año XCVII, Serie XVI, No. 10. p. 2716. En el mismo sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2004, gaceta Judicial, Año CV, Serie XVIII, No. 1, p. 283, en la que se resalta que es precedente obligatorio el criterio que sostiene que lo ganado por silencio comporta un derecho autónomo, que no proceden una resolución expresa tardía de signo contrario y que lo ganado por silencio debe hacerse valer mediante un proceso de ejecución.



regular y cuando no. A todo lo dicho se suma el hecho que durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no estaba previsto un proceso contencioso administrativo de ejecución, por lo que esta solución jurisprudencial resulta, a nuestro juicio, un puro invento, sin dejar de lado la consideración de que hablar de un proceso de ejecución es harto relativa e inexacta, pues si el juez debe analizar la validez de lo ganado por el silencio administrativo, se está más cerca de un proceso de conocimiento que de uno de ejecución.

### III. REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO Y EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. OBSERVACIONES CRÍTICAS

#### III.I. El silencio administrativo y la terminación del procedimiento

El Código Orgánico Administrativo regula la terminación del procedimiento administrativo en el artículo 201, en el cual se incluye, sin más, al silencio administrativo. Al respecto, insistimos en que se trata de un *hecho ilícito* de la Administración pública y que no es un modo regular de terminación del procedimiento.

No obstante, en el artículo 202, el Código dispone que la Administración pública tiene la obligación de resolver y que debe concluir los procedimientos mediante un acto administrativo, esto es, a través de una resolución expresa. Aunque el Código no lo diga, podría inferirse que la manera normal y deseable de conclusión de los trámites es una resolución administrativa expresa.

De conformidad con el artículo 203 del Código, el *plazo* para dictar el acto administrativo es de un mes, contado a partir de la conclusión del tiempo destinado a la prueba. Se contempla, además, la posibilidad de suspender o de extender el tiempo para emitir la resolución en diversas circunstancias especiales. En todo caso, según el artículo 202, el vencimiento de los plazos *no exime a la Administración pública de dictar una decisión expresa*, esto es, un acto administrativo.



En lo relacionado con el silencio administrativo, el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo dice que los reclamos, solicitudes o pedidos que formulen los administrados a las autoridades administrativas deben resolverse en el *término* de 30 días, “vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva”.

En este punto, puede observarse una lamentable falta de congruencia y de claridad entre las distintas normas del Código. Por una parte, se dice que los procedimientos administrativos, en virtud de la obligación de resolver que tiene la Administración pública –que es totalmente conforme con el derecho de petición– deben terminar con un acto administrativo y que el transcurso del plazo de un mes o de los plazos extendidos – que pueden llegar a dos meses– no eximen de dicho deber. A pesar de ello, más adelante se habla de que el silencio administrativo, que es la ausencia de pronunciamiento, se produce luego de en treinta días sin que se haya notificado un acto administrativo. ¿Cómo conciliar todas estas disposiciones en un todo coherente y ordenado?

Empecemos por notar que el mismo Código Orgánico Administrativo distingue plazo de término. El primero se cuenta de día a día, como dice el artículo 160, mientras que el segundo se computa sin contar los días sábados, domingos y feriados, al tenor del artículo 159. En atención a todo esto, resultaría que el tiempo que la Administración pública tiene normalmente para resolver es *menor que el tiempo en que se produce el silencio administrativo*. Por lo demás, ninguna consecuencia jurídica se prevé por dictar la resolución expresa antes de que hayan transcurrido los treinta días término, pero luego del mes, por lo que mejor sería decir que la Administración pública puede expedir un acto administrativo antes de los treinta días término, o lo que es igual, que debe expedir resolución expresa dentro del tiempo previsto para el silencio administrativo, porque de lo contrario se entendería que la petición, reclamación o pedido del administrado se entiende aceptada. Así lo decía sin tantos galimatías y anacolutos el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva:

**“Art. 115.- Obligación de resolver [...]**

2. *El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo, salvo el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución deberá ser expedida en un plazo que no podrá exceder los 60 días, salvo lo previsto en leyes especiales [...]”* (La cursiva es del autor).

Otra cuestión de interés es qué sucede si existe suspensión del tiempo previsto para resolver, o bien, extensión de éste, según lo que establecen los artículos 203 y 204 del Código Orgánico Administrativo. Lo lógico sería que en estos casos no se produzca el silencio administrativo, sino hasta que se cumpla cabalmente el tiempo que tiene la Administración pública para resolver, contado, bien desde que se reanuda el procedimiento, en el caso de suspensión, bien luego de los dos meses de que habla el artículo 204, en el caso en que se extienda el tiempo para resolver. Simplemente, si no transcurre completo el plazo o término que se prevé para dictar una resolución expresa por parte de la Administración pública, por lógica elemental, no habrá silencio administrativo, toda vez que este hecho consiste en la falta de pronunciamiento dentro del tiempo que la ley concede.

En lo que se refiere a las resoluciones expresas tardías, esto es, las que se expiden luego de transcurrido el plazo o término establecido para dictar un acto administrativo que ponga fin al procedimiento, debe entenderse que siempre deberían ser confirmatorias de lo aceptado por el ministerio de la ley, de tal forma que, ocurrido el silencio administrativo, nunca sería válido un acto administrativo de sentido negativo o contrario a lo ganado por disposición de la ley. En el artículo 202 del Código Orgánico Administrativo se dice que el transcurso del plazo para resolver *no exige a la Administración pública de dictar una resolución expresa* y más adelante, en el artículo 210, se dispone que “En los casos de silencio administrativo positivo, la resolución expresa, posterior a la producción del acto, solo puede dictarse de ser confirmatoria”. Estas normas nos llevan a entender que la Administración pública, pese a ocurrir el silencio administrativo,

deben dictar una resolución expresa que en este caso jamás puede ser de signo contrario a lo ganado por el efecto legal del silencio, solución que ratifica el número 6 del artículo 105 del Código, que sanciona con nulidad al acto expreso que es contrario a lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: [...]

6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código”.

### III.II. El silencio administrativo y los recursos administrativos

El inciso primero del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo dice lo siguiente:

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

Nótese que no se habla expresamente de recursos administrativos, como la apelación o el extraordinario de revisión, que constituyen medios de impugnación de actos administrativos en la vía administrativa, es decir, defensas del administrado.

Lamentablemente, el Código no contempla la temática de la interpretación de la ley administrativa, lo cual constituye uno de sus tantos defectos. Siguiendo las reglas admitidas de interpretación de la ley, podría decirse, según el criterio gramatical, que no existiría silencio administrativo en los recursos. Esta conclusión nos parece totalmente excesiva, y mucho más aun, restrictiva del derecho constitucional de petición y de defensa.

Sin embargo, si se atiende al contexto de la ley como mecanismo de interpretación, puede decirse que sí se produce el efecto legal afirmativo del silencio administrativo en los recursos. En primer término, el Código – como no podría ser de otra manera– dice en el artículo 2 que en esta materia se aplicarán los principios constitucionales. Ahora bien, de conformidad con el número 4 del artículo 11 de la Constitución de la República –que trata de los principios que rigen el ejercicio de los derechos– ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos constitucionales, como sucede con el derecho de petición, que también lo reconoce el Código en el artículo 32, aunque ésta última norma hable simplemente de peticiones. Por otra parte, el artículo 4 del Código Orgánico Administrativo exige que la administración pública aplique las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos y prohíbe las dilaciones o retardos injustificados:

“Art. 4.- Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales”.

Las disposiciones invocadas sustentan nuestra opinión de que se produce el efecto legal afirmativo del silencio administrativo en los recursos, porque ello es conforme con el ejercicio del derecho de petición, sin dejar de lado que los recursos son medios de impugnación del administrado y que sería contrario al debido proceso, por frustrar el derecho de defensa, que no exista una oportuna decisión o un efecto legal que supla la omisión de pronunciamiento de la administración pública. Simplemente, una interpretación literal y excesiva del inciso primero del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo, además del derecho de petición, violaría el derecho de defensa, reconocido en la letra a) del número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]”

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”.

Por todo lo dicho, a falta de una resolución expresa, el administrado deberá entender que las pretensiones que constan en sus recursos administrativos han sido aceptadas por el ministerio de la ley, ante el silencio administrativo, porque esto es conforme con el ejercicio del derecho de petición y de defensa.

“**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

El criterio de que opera el efecto legal del silencio administrativo en los recursos, también tendría fundamento en que éstos constituyen un medio de impugnación y que deben contener y formular una *pretensión*. El defectuoso Código no indica categóricamente este requerimiento en el artículo 220, que trata sobre los requisitos formales de los recursos, pero sí lo hace implícitamente, sin dejar de lado que resultaría absurdo un recurso sin pretensión.

Por definición, una pretensión comporta una solicitud de algo, una petición, respecto de la cual se pronunciará el órgano administrativo con competencia resolutive. En este sentido, estaría inmersa la pretensión que se formula en los recursos dentro de las previsiones del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo. Con mayor rigor, también lo estarían porque ésta última norma habla de reclamos, y sucede que en los recursos, al contener una impugnación, forzosamente expresan una especial reclamación respecto de la incorrección del acto administrativo.

### III.III. Validez de lo ganado por el silencio administrativo

El inciso segundo del artículo 207 del Código Orgánico Administrativo se refiere a la validez de lo obtenido por el ministerio de la ley una vez ocurrido el silencio administrativo:

“Art. 207.- Silencio administrativo

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

Las causales de nulidad a las que se refiere la norma citada serían las del artículo 105, que tratan sobre los vicios que pueden afectar a los actos administrativos, dado que se entiende al efecto legal del silencio administrativo como un “acto administrativo presunto”.

El citado artículo 105 se refiere expresamente al silencio administrativo en el inciso final:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo.- Es nulo el acto administrativo que: [...]

El acto administrativo expreso o *presunto* por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo” (la cursiva no es del texto).

Es importante resaltar esta causal de nulidad, que no obsta a las demás que se refieren a la competencia y conformidad con el ordenamiento jurídico que contempla el artículo 105 del Código, porque, ante todo, lo que se obtiene por el silencio administrativo debe conforme al ordenamiento jurídico, y muy precisamente, a los requisitos que éste exige para ganar un derecho.

La invalidez de lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo podría ser solicitado mediante un tercero perjudicado, mediante recurso, o promovido de oficio por la misma administración pública, a través de su facultad de revisión, como señala el artículo 106 del Código:

“Art. 106.- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.

La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.

La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente”.

En la actualidad, como dispone el artículo 115 del Código, *no es necesaria la declaración de lesividad cuando se trata de actos nulos*, esto es, de actos que tengan vicios insubsanables, lo cual, según resulta de dicha norma, sólo se exigiría para los actos legítimos o con vicios subsanables:

“Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables”.

Esta norma contiene una superación de la tradición jurisprudencial que determinaba que aun cuando se sospeche la nulidad de un acto administrativo expreso o de lo ganado por el silencio administrativo,



era necesario acudir al procedimiento de lesividad para eliminar al acto viciado del ordenamiento jurídico, pues se consideraba que el denominado “acto administrativo presunto” gozaba de las presunciones de legitimidad y ejecutividad:

“QUINTO: En lo que respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha señalado reiteradamente: 1) Efectos principales del silencio administrativo positivo en el Ecuador: De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios invaliables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que por contener vicios invaliables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos.- *La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presume legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos posteriores no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, si no han operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente.* La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la Ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no ha sido ya solicitada.- Además, otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo, es su ejecutividad; de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a

los Tribunales Distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar” (La cursiva no es del texto).<sup>9</sup>

En nuestra opinión, la solución nueva que implementa el Código Orgánico Administrativo es contraria a la seguridad jurídica y dota de un privilegio injustificado a la Administración pública, el mismo que bien podría hacer inoperante al efecto legal del silencio administrativo, nada menos, que a través de una facultad de la misma autoridad administrativa. De este modo, la autoridad incumplidora de su deber de resolver, tendría una válvula de escape de los efectos legales del silencio administrativo a través de su facultad de revisión y de la posibilidad de declarar nulo a lo ganado por silencio administrativo.

Esto no sucedía cuando a la Administración pública se le exigía cumplir el procedimiento de lesividad, pues un tercero imparcial, el juez, era quien determinaba si existía o no nulidad de lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo.

#### III.IV. Ejecución del silencio administrativo

Por último, el artículo 207 del Código Orgánico Administrativo establece el procedimiento para hacer valer lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo:

“Art. 207.- Silencio administrativo [...]

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

---

9. 238 Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, N.º 5, p. 2033.

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

El propio Código, en la disposición reformativa primera, incorporó para efectos de ejecución de lo ganado por el silencio administrativo, la siguiente norma al Código Orgánico General de Procesos:

“5. A continuación del artículo 370 incorporase el siguiente artículo:

“Artículo 370 A.- Ejecución por silencio administrativo.

Si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes.

Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.”

A su vez, el Código Orgánico Administrativo, sustituyó el número 4 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos y eliminó del los procesos contencioso administrativos especiales al del silencio administrativo.

En suma, se incorporó un cabal juicio de ejecución con la *sui generis* característica de que el juez debe, dentro del proceso, analizar la validez o nulidad de lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo. En caso de que el denominado “acto administrativo presunto” adolezca de vicios insubsanables, se desecharía la solicitud de ejecución.

En rigor, dada la exigencia de calificar si lo ganado por el efecto legal del silencio es válido o inválido, aquel proceso se acerca más a un proceso de conocimiento que a uno de ejecución, o por lo menos, no se trataría de un proceso de ejecución puro. Como dice Jesús González Pérez:

“El efecto característico de las pretensiones de conocimiento o declaración es que en ellas se solicita del órgano jurisdiccional una declaración de voluntad. En razón del tipo de declaración que se solicita, se han distinguido tres tipos de pretensiones, y, por tanto, de proceso: declarativas, constitutivas y de condena”.

El autor citado indica que la pretensión y proceso de declaración se dirige al reconocimiento de algo existente, como precisamente sucede con la declaración de validez o de nulidad. La pretensión y proceso constitutivo, por su parte, no se limitan a la declaración de validez o de nulidad, sino que se agrega la petición del nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica. Por último, el proceso y la pretensión de condena significan que se establece algún elemento a cargo de la Administración pública que hace posible la ejecución en su contra.

Jesús González Pérez indica que en tanto se admitan procesos contencioso administrativos de condena, existirán procesos de ejecución, en los cuales se pretenderá del órgano jurisdiccional no una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad, un hacer, a fin de ejecutar el mandato contenido en la sentencia, contra la voluntad del obligado.<sup>10</sup>

En nuestra opinión, lejos está de ser un proceso de ejecución el previsto para el silencio administrativo, además de que constituye un craso error la incorporación del artículo 307A al Código Orgánico General de Procesos. Esta simplificación del trámite para ejecutar lo ganado por silencio administrativo, no se compadece para nada con la exigencia del inciso final del artículo 207. Si se quiere ser coherentes con ésta última disposición, no basta una simple solicitud de ejecución, sino que hay que demostrar

---

10. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, pp. 11-12.

que lo pretendido en relación con el efecto legal del silencio es válido, y por tanto, el proceso debe tener las etapas suficientes para dar cabida a este análisis de fondo. Jamás podría considerarse a aquello como una simple ejecución, sino como un proceso de conocimiento en el cual hay que analizar la validez de lo ganado por el silencio administrativo.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

En este punto, sin ninguna intención de menospreciar argumentaciones favorables a la técnica del efecto legal del silencio administrativo, y menos aun, de vana prepotencia frente a opiniones ajenas, creemos tener derecho a ratificarnos completamente en las razones y criterios que expusimos hace varios años en diversas publicaciones y que nos llevaron a afirmar que la única fórmula que hace honor al derecho de petición del administrado es la respuesta expresa y fundamentada de la Administración pública.<sup>11</sup>

El efecto legal del silencio no pasa de ser una solución muy modesta, que debería ser excepcional y que jamás podría generalizarse como reacción a la incuria de la Administración pública. Otorgar un efecto legal favorable al hecho ilícito del silencio administrativo, aun cuando se diga que genera un derecho autónomo, aun cuando se afirme que puede ser ejecutado inmediatamente, o bien, aunque se crea que facilita el ejercicio de los derechos, en la práctica no pasa de ser una quimera que carece totalmente de efectividad, por más ingeniosas que sean las técnicas que se han intentado para hacer valer lo ganado por el efecto legal del silencio administrativo.

Tampoco se logra evitar al administrado el peso –o mejor dicho, la cruz– de acudir a los tribunales ecuatorianos. Bien se ha dicho que daría lo mismo si el efecto legal del silencio administrativo fuera negativo. En efecto, por más aparentemente ejecutivo que sea el proceso que se inicia con ocasión

---

11. Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “El Silencio Administrativo en la Legislación Ecuatoriana: una visión crítica de la situación actual”, Quito, Revista Ruptura, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, No. 46, 2003. También, El acto administrativo en materia tributaria, Quito, Ediciones Legales, 2005; Derecho procesal administrativo ecuatoriano, Quito, Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2007.

del silencio, no puede pedirse al juez que caiga en la irresponsabilidad de dejar de apreciar si aquello que se reclama tiene cobijo del derecho. El silencio, por definición, es ausencia de pronunciamiento, y aun cuando el derecho otorgue un efecto estimatorio, se precisa realizar en el proceso el análisis que dejó de hacer la Administración pública negligente. En este aspecto, la sentencia que dicta un juez bien puede negar lo solicitado por el administrado.

El Código Orgánico Administrativo no ha reparado en esta problemática. A lo largo de este trabajo, hemos puesto de manifiesto que adolece de deficiente técnica legislativa y, sobre todo, de falta de congruencia entre todas sus partes, sin dejar de lado la ausencia de regulación de varias temáticas importantes.

En definitiva, es preciso plantearse la posibilidad de que el efecto legal estimatorio del silencio administrativo se reserve a casos taxativamente previstos en la ley y que la regla sea la del efecto denegatorio.

No obstante, no hay que perder de vista que el derecho de petición es un derecho constitucional que merece la debida efectividad. Pero ello no depende de otorgar un sentido al silencio administrativo, sino de combatir definitivamente la ilicitud que comporta la falta de pronunciamiento de la Administración pública. Esta temática implica, a su vez, el análisis de las trabas, vicisitudes y problemáticas que impiden el pronunciamiento administrativo oportuno, lo cual excede al propósito de este trabajo.