

# SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SU APLICACIÓN A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Ab. Joffre Campaña Mora

En el Suplemento del Registro Oficial del día 22 de mayo del presente año se publican dos fallos de casación dictados por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en los que se sostiene que el silencio administrativo positivo no es aplicable a las reclamaciones sobre glosas que se sustancien en la Contraloría General del Estado. Los fundamentos de tales fallos y el razonamiento seguido son los siguientes:

## No. 8-2001

- ? El artº 143 de la Constitución Política de la República en su inciso segundo señala: "Una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella, ni siquiera a título de especial". La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, conforme su nombre lo indica, tiene la mencionada condición, en tanto que la Ley de Modernización del Estado no es orgánica, por lo que evidentemente las normas de la primera prevalecen sobre las de la segunda en caso de contradicción. Y el artº 386 de la primera de ellas, señala que de no expedirse la resolución sobre glosas en el plazo señalado en el Art. 385 esto es, 180 días contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, los interesados podrán considerar este hecho como denegación tácita de sus pretensiones y consiguientemente como confirmación de las glosas.
- ? En aplicación de la norma constitucional, es evidente que jurídicamente lo único que ocurrió es que al no haberse dado resolución a la glosa en 180 días (según lo establece la LOAFYC), se produjo la

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil

negativa tácita a las reclamaciones del actor en tomo a la glosa quien, en consecuencia estaba habilitado por la presunción legal que aporta el silencio administrativo negativo, a iniciar la correspondiente acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

No. 16-2001

- ? El art. 353 de la LOAFYC dispone en el inciso tercero que "Si notificadas las glosas, no se notificare la resolución respectiva dentro de los cinco años posteriores a la notificación de las glosas, se entenderá también caducada la facultad del Contralor para dictar resoluciones sobre tales glosas, que se tendrán en consecuencia como inexistentes". Por consiguiente, es evidente que el Contralor tiene la facultad o la competencia en el tiempo para dictar resoluciones sobre glosas en los cinco años posteriores a la notificación de las mismas. Tan sólo una vez transcurridos estos, caduca dicha facultad.
- ? La disposición señalada en el Art. 353 de la LOAFYC, sobre el plazo de ciento ochenta días para resolver sobre las glosas, no constituye un plazo fatal que agota la potestad contra lora, sino tan sólo constituye una disposición cuyo único propósito es el de permitir que transcurrido dicho plazo, si no hubiere dictado la resolución respectiva, el afectado por una glosa pueda impugnar la misma en sede jurisdiccional, esto último en aplicación de lo dispuesto taxativamente por el arto 336 de la LOAFYC.
- ? A pesar de que la disposición transitoria vigésima segunda de la Constitución señala que "El Congreso Nacional, en el plazo de seis meses, determinará las leyes vigentes que tendrán calidad de orgánicas", hasta la fecha y habiendo transcurrido en demasía el término para el efecto, el Congreso no ha ejercido la facultad antes señalada; más no es menos evidente que la LOAFYC, por su propio nombre, tiene esta calidad de "orgánica", tanto más que por su contenido regula la organización del ente de control del Estado, así como la actividad fiscalizadora y presupuestaria, lo que evidentemente le DR. por su naturaleza la categoría de Ley orgánica.
- ? La normatividad de la LOAFYC señala un plazo mayor para el ejercicio de su potestad de control en relación al plazo para considerar

denegadas tácitamente las alegaciones sobre glosas, circunstancia que imposibilita el que se considere la transformación del efecto del silencio de negativo a positivo; y esto porque, conforme a la doctrina del silencio positivo, éste origina un verdadero derecho autónomo sin relación a sus antecedentes y sobre el cual no tiene efecto alguna una declaración extemporánea de la administración. De aplicarse el silencio positivo al caso se estaría dejando sin efecto la facultad establecida por el Art. 332 de la LOAFYC, lo que significaría que se estaría dando una interpretación extensiva a la disposición del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, interpretación extensiva absolutamente inaceptable en tratándose de normas de derecho público.

(Ambas resoluciones fueron suscritas por los Dres. José Julio Benítez, Luis Heredia Moreno, Héctor Romero Parducci)

Tal tesis es totalmente contraria a la que el autor de esta nota ha mantenido durante sus clases en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil, por lo que parece conveniente el siguiente análisis.

1. La Constitución de la República consagra en el artículo 16 que el más alto deber del Estado consiste en respetar los derechos fundamentales:

*Art. 16.- "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución".*

2. El artículo 23 de la Constitución en su #.15, señala el denominado denominado derecho de petición:

*Art. 23.- "Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:  
..."*

*15.- "El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado;"*

El derecho de petición conlleva el deber del Estado y sus instituciones de atender las peticiones o *reclamaciones de manera pertinente* y dentro de un *plazo adecuado*.

Así se podría sostener que existen dos conceptos principales en el citado artículo:

la obligación de contestar de *manera pertinente*, lo que DR. origen al deber de motivación de los actos administrativos.

la obligación de resolver en un *plazo adecuado* surgiendo así la teoría del silencio administrativo que constituye una presunción de derecho.

La mayoría de Constituciones del mundo reconocen el denominado derecho de petición, que no es otra cosa que el derecho que tienen los particulares o administrados de acceder a las instancias públicas para efectuar peticiones o presentar reclamos. En el derecho ecuatoriano se consagra desde la Constitución de 1830, aunque no fue sino hasta 1878 que expresamente se dispuso la obligación del Estado de responder en un plazo determinado. Incluso en algunos casos la propia Constitución señaló que el plazo máximo para atender las peticiones era de 30 días?

El tratamiento constitucional del derecho de petición en el Ecuador ha sido el siguiente:

#### CONSTITUCION DE 1830: DE LOS DERECHOS CIVILES Y GARANTÍAS:

- 2 "Art. 66.- Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, y representar al Congreso y al Gobierno cuanto considere conveniente al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podrá abrogarse el nombre del 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".

Art. 125.- El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo.

#### CONSTITUCION DE 1835

##### DELAS GARANTÍAS

"Art. 104.- El derecho de petición será ejercido personalmente, por uno o más individuos a su nombre; pero jamás a nombre del pueblo".

#### CONSTITUCION 1843

##### DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS ECUATORIANOS

"Art. 95.- El derecho de petición será ejercido por uno o más individuos a su nombre; pero jamás tomando la voz del pueblo".

#### CONSTITUCION 1845

##### DELAS GARANTÍAS

"Art. 125.- El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo".

#### CONSTITUCION 1851

##### DELAS GARANTÍAS

"Art. 105.- Todo ecuatoriano tiene la facultad de reclamar sus derechos antes los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos".

"Art. 106.- En virtud del derecho de petición, todo ciudadano podrá representar por escrito a la Asamblea Nacional, al Poder Ejecutivo y demás autoridades constituidas, cuanto considere conveniente al bien general del Estado; pero ningún individuo o

## SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO y SU APLICACIÓN A LA CONTRALORÍA

asociación particular podrá hacer peticiones a nombre del pueblo, ni menos arrogarse la calificación de tal" .

CONSTITUCIÓN DE 1852

DE LAS GARANTÍAS

"Art. 123.- Todo ciudadano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos y todos tienen el derecho de presentar por escrito al Congreso o al Poder Ejecutivo, cuando consideren conveniente al bien público".

"Art. 124.- El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo".

CONSTITUCIÓN DE 1861

DE LAS GARANTÍAS

"Art. 118.- El derecho de petición será ejercido personalmente por uno o más individuos a su nombre, pero jamás en el del pueblo".

"Art. 119.- Todo ecuatoriano puede reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo contra las infracciones de la Constitución y las leyes, e introducir en la Cámara de Representante una acusación contra cualquier alto funcionario".

CONSTITUCIÓN DE 1869

DE LAS GARANTÍAS

"Art. 103.- El derecho de petición será ejercido personalmente por uno o más individuos a su nombre; pero jamás en el del pueblo".

"Art. 104.- Todo ecuatoriano puede reclamar ante el Congreso, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial, contra las infracciones de la Constitución y las leyes, e introducir en la Cámara de Representantes una acusación contra cualquier alto funcionario".

CONSTITUCIÓN DE 1878

DE LAS GARANTÍAS

"Art.17.- La Nación garantiza a los ecuatorianos:

"La libertad personal; y, en consecuencia: 1. No hay ni habrá esclavos en la República y se declaran libres los que pisen su territorio; 2. Queda abolido el reclutamiento forzoso para el servicio de las armas; 3. Y a nadie se puede exigir servicios forzosos que no estén impuestos por la ley; 4. Hay libertad de reunión y de asociación sin armas, para objetos no prohibidos por las leyes; y, 5. Todos tienen el derecho de petición ante cualquiera corporación o autoridad, y el de obtener la resolución respectiva".

CONSTITUCIÓN DE 1884

DE LAS GARANTÍAS

"Art. 20.- Todos tiene el derecho de petición ante cualquiera autoridad y el de obtener la resolución respectiva; pero nunca se ejercerán a nombre del pueblo".

CONSTITUCIÓN DE 1897

DE LAS GARANTÍAS

"Art. 25.- Todos tienen el derecho de petición para ante cualquiera autoridad, la que dará resolución dentro de los términos fijados por las leyes. Este derecho puede ejercerse individual o colectivamente, pero nunca en nombre del pueblo". Esta es la primera ocasión en que la Constitución remite a la ley para el establecimiento del plazo dentro del cual debe atenderse una petición o reclamo.

CONSTITUCIÓN DE 1906

DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y POLÍTICAS

"Art. 26.- El Estado garantiza a los ecuatorianos (. . .) 16. La libertad de petición directa para ante cualquiera autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente. Esta libertad puede ejercerse individual o colectivamente; mas, nunca a nombre del pueblo".

CONSTITUCIÓN DE 1929

DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES

"Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos (. . .) 26. El derecho de petición a la autoridad competente, la que no podrá desecharla en la resolución del caso. Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente, mas nunca en nombre del pueblo".

#### CONSTITUCIÓN DE 1929

##### DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES

"Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los 3 siguientes derechos ( ... )26. El derecho de petición a la autoridad competente, la que no podrá desecharla en la resolución del caso. Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente, mas nunca en nombre del pueblo".

#### CONSTITUCIÓN DE 1945

##### DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

"Art. 141.- El Estado garantiza ( ... )17. El derecho de petición. El funcionario o autoridad que reciba alguna solicitud no puede dejarla sin la resolución correspondiente, que será dictada dentro del plazo máximo de treinta días, salvo los casos en que la ley determina plazos especiales. Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente, más nunca en nombre del pueblo". Aquí por primera vez se sella la que el plazo máximo para resolver es de treinta días, permitiéndose no obstante que las leyes establezcan plazos especiales.

#### CONSTITUCIÓN DE 1946

##### GARANTIAS INDIVIDUALES COMUNES

"Art. 187.- El Estado garantiza a los habitantes del Ecuador ( ... )12. La libertad de petición por escrito, individual o colectiva, ante cualquiera autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente".

#### CONSTITUCIÓN DE 1967

##### DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

" Art. 28.- Derechos garantizados.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza ( ... )12. El derecho de petición: el magistrado, funcionario o autoridad que reciba una solicitud está obligado a responderla dentro de treinta días, si la ley no determina plazo especial. Este derecho puede ejercerse individual o colectivamente pero nunca en nombre del pueblo; quedan prohibidos y se declaran punibles los llamados paros, as( como las huelgas de empleados públicos en contravención a la ley. Igualmente, los que realicen las ciudades o regiones como medios de petición a las autoridades".

#### CONSTITUCIÓN DE 1984

##### DE LOS DERECHOS DEBERES Y GARANTIAS

De los derechos de la persona.

"Art. 19.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza ( ..\* ) 10.- El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y, a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley;

#### CONSTITUCIÓN DE 1993

##### DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS

De los derechos de las personas

"Art. 19.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza ( ... ) 10.- El derecho a dirigir queja y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley".

#### CONSTITUCIÓN DE 1996

##### DE LOS DERECHOS, DEBERES y GARANTIAS

De los derechos de las personas: "Art. 22.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza ( ... ) 11.- El derecho a dirigir quejas y peticiones a la. autoridad e., pero en ningún caso a nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la Ley;

#### CONSTITUCIÓN DE 1997

##### DE LOS DERECHOS, DEBERES y GARANTÍAS

De los derechos de las personas

"Art. 22.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza

3.

La teoría del silencio administrativo implica reconocer un efecto al silencio de la administración pudiendo así presumir una voluntad administrativa ya sea de forma positiva o negativa.

Hasta hace algunos años en el Ecuador existía an la tesis del silencio administrativo negativo, es decir que cualquier reclamo o petición presentada, que no tenía una contestación oportuna por parte de la administración, era considerada como una decisión negativa al pedido de los particulares.<sup>3</sup> (salvo casos excepcionales, el silencio administrativo positivo no tenía aplicación en nuestro sistema legal, sólo en la legislación de contratación pública especialmente respecto de los efectos del silencio tanto del Procurador cuanto del Contralor General del Estado). El efecto de esta voluntad presunta negativa era allanar el camino para que el administrado que se sintiera perjudicado por tal silencio, al considerar su petición atendida de forma negativa, pudiera iniciar una acción contencioso administrativa. Un requisito fundamental era agotar la vía administrativa de forma previa a presentar cualquier acción judicial en contra del Estado. De allí que una de las exigencias para intentar una acción contencioso administrativa era el de que el acto que se atacara hubiere causado estado, esto es, que ya no fuera susceptible de recurso alguno en vía administrativa.' Como es obvio, si el Estado guardaba silencio, jamás

(. . .) 11. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la Ley".

CONSTITUCIÓN DE 1998  
DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES

// Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas lo siguiente: (. . .) 15. El derecho de dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado".

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señalaba en el artículo 31 inciso final que "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". Esta norma también fue derogada por la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.

- 4 Así lo señalaba expresamente el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando exigía que a la demanda debía contener "La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de estos". De igual forma, el artículo 1 de la Ley señala que: El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante". En el mismo sentido, el artículo se expresa que "Las resoluciones

podría existir una demostración de que se había agotado la instancia administrativa, por lo que habría sido imposible iniciar la acción ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Actualmente con el reconocimiento pleno del derecho de petición y sin que exista más la necesidad de agotar la vía administrativa para demandar al Estado ya no hay razón para sostener la tesis del silencio administrativo negativo. Es por esto que, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada ha consagrado el efecto positivo a la omisión de la Administración en atender las peticiones o reclamos de los administrados y el efecto es considerar la petición como aceptada, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal del funcionario por cuya omisión el efecto positivo del silencio de la Administración por la inactividad u omisión de los Órganos Administrativos.

*Ley de Modernización sostiene: Art. 28.- 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 tradición 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 a favor del reclamante".*

Si nuestro sistema siguiera reglándose por la institución del silencio administrativo negativo equivaldría a desconocer el derecho de petición y con ello se atentara contra uno de los fundamentos constitucionales del Estado de derecho.

4.- La Ley de Modernización del Estado se publicó en el Registro Oficial N° 349 del 31 de diciembre de 1993. El artículo 66 de esta ley dispuso que:

administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación".

*"La presente Ley tiene el carácter de especial y por tanto prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere. Las disposiciones del Código Tributario y de otras leyes se entenderán modificadas en cuanto se opusieren a la presente".*

## 5.- Los Debates en el Congreso Nacional

Según consta de las Actas de las sesión del Congreso, varios diputados expresaron sus observaciones a ~ entonces debatida propuesta. Unos a favor y otros en contra. Allí se señaló entre otras cosas, lo siguiente:

ACTA N° 54, 21 de julio de 1993:

*H. Delgado Jara "A mí me parece una monstruosidad, perdonen, pero yo creo -que es una equivocación grave, el hecha de que por ejemplo, alguien apela de una glosa de la Contraloría, por decir algo, o alguien hace cualquier tipo de reclamación en el campo exclusivamente tributario. En quince días, no ha habido respuesta, y habrá que aplicar lo que aquí se señala. Es decir, que en los casos vencidos, el respectivo plazo, se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada y que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante. Es decir, si en quince días, claro con la salvedad que establece la propia disposición legal, que señala justamente que, a no ser que haya una norma legal expresamente que señale uno distinto, que es la primera frase del inciso primero. Pero me parece que no es lógico de que se abre una puerta para que se le perjudique tan gravemente al Estado ecuatoriano".*

4. Como se puede observar, cuando se discutió el proyecto, ya se tuvo en cuenta el efecto respecto de las glosas impuestas por la Contraloría. Si eso ya se discutió, y aún así se aprobó, es evidente que el legislador tuvo en cuenta las disposiciones de la LOAFYC para tomar la decisión de implementar el efecto positivo del silencio administrativo con carácter general. del mismo modo, se entendió que si una norma consagraba un plazo especial o distinto, ese plazo especial o distinto prevalecería sobre los quince días previstos en el artículo 28 de la Ley de Modernización, que es precisamente lo que ocurre con el artículo 336 de la LOAFYC.

Más adelante el diputado Delgado expresó: *"Y qué va a pasar en los casos en los que puedan haber omisiones, o una negligencia que no sea pues en términos de una actuación deliberada. Yo creo que abre sin duda un riesgo muy grande para el estado ecuatoriano. Creo que abre las puertas para que haya un perjuicio muy serio para el Estado ecuatoriano. ¿Qué pasarla, por ejemplo, en el hecho de una multa al Ministerio de Obras Públicas? Y no puede por ejemplo en quince días, hacerse un análisis técnico sobre las características de la reclamación correspondiente? Si en quince días no se ha dado una respuesta negativa, se supone que se la está aceptando forzosamente cualquier tipo de reclamación pues. Entonces yo no creo que pueda de esa manera legislarse. Se está con el criterio de favorecer a los ciudadanos, que nadie está en contra de que se les atienda en las cosas justas, pero yo creo que establecer que se entenderá en un sentido positivo, favorable a la petición, porque en 15 días no se absuelvan cosas que en muchas circunstancias no es posible evacuarlas en quince días; eso va a significar sin duda un perjuicio del estado ecuatoriano. Es decir, vamos a pasar de un Estado que supuestamente no atendía, a un estado del cual todo el mundo se burle pues, un estado del cual todo ciudadano que haga cualquier reclamación, cualquier compañía particular, cualquier entidad que reclame al Estado ecuatoriano, pues le atienden en términos de acogerse a lo que aquí se llama este "silencio administrativo". Demos un ejemplo adicional: una compañía extranjera por ejemplo, tiene que de acuerdo a una disposición del Ministerio de Energía y Minas, pagar una cantidad determinada por un perjuicio que se le ha causado al Estado ecuatoriano, pongamos un ejemplo, porque le ha dañado la flora y la fauna, le ha dañado la ecología, si en quince días no puede absolver el estado ecuatoriano, haciendo una cuantificación adecuada, porque a lo mejor en quince días técnicamente eso no es posible, se entenderá que la aplicación de exoneración de cualquier cargo en términos económicos debe ser atendido en términos favorables a la compañía extranjera que ha destruido la ecología en el medio ambiente en el país por ejemplo".*

En su momento el diputado Frixone manifestó:

*"Yo creo, señor Presidente, que la ciudadanía lo va a ver con mucho beneplácito, se va a acabar esto de "vuelva mañana", "regrese la semana siguiente", "se fue a almorzar", o "está en tal parte", porque tendrá que trabajar, si salió a almorzar tendrá que trabajar inmediatamente, a dar trámite a las cosas que tienen un plazo determinado y de esta manera estamos dando una atención y una solución a los problemas que diariamente está atravesando el ciudadano ecuatoriano que asiste a una oficina pública, que asiste a una determinada gestión y que nadie le atiende, y que no tiene padrinos, aquí se ha acostumbrado a hacer los trámites siempre que se tenga la palanca, siempre que se tenga el amigo, siempre que se tenga el agnado o cognado, se le permite y le ayuda para que se trámite salga y no decir por allá, como también se menciona, que también para agilizar, para darle fuerza al trámite pues, viene la coima respectiva, señor Presidente. Esto va a evitar aquella, porque aquí va a haber un establecimiento de responsabilidad, cual es el funcionario que tiene el trámite a su cargo, cuál es el plazo que tiene que cumplir y qué respuesta está dando al trámite; y el ciudadano tendrá plena conciencia y derecho de seguir las acciones que crea conveniente seguir, en caso de que se sienta perjudicado".*

Por su parte, el diputado Ricardo Noboa señaló que:

*"Yo creo que ya el diputado Frixone ha hecho la precisión, pero si es importante destacar que el Código de Procedimiento Civil, el Código Tributario, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la Ley de Administración Financiera y Control, respecto de los reclamos individuales que el habilitado tiene por un procedimiento establecen otros plazos, y el tercer párrafo dice que este plazo o término de quince días, se aplica salvo que una norma legal no establezca otro. Por lo tanto, cuando una norma legal establece otro, se está a lo que dice esa norma legal".*

5. De esta forma se ha demostrado que en los debates de la Ley de Modernización del Estado siempre se tuvo en cuenta el efecto de

instituir el silencio, incluyendo, como se evidencia, la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. De allí que resulte equivocado sostener que el silencio administrativo positivo no rige para la Contraloría General del Estado.

6. La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control fue publicada en el Registro Oficial N° 337 del 16 de mayo de 1977. Su artículo final señaló que:

*"La presente Ley entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y sus normas prevalecerán sobre las de otras leyes y decretos, sean éstas de carácter general o especial"* .

Cuando se dictó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, el Ecuador vivía bajo un régimen no democrático. Las leyes en aquel tiempo era, por su forma y prelación, generales y especiales; así se reconoce expresamente en el artículo señalado en el numeral anterior. El criterio para definir a una ley como Orgánica en aquella época era distinto al que hoy se utiliza en la Constitución que nos rige a partir de 1998 es así que en el caso de la citada Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, lo que se buscaba era incorporar el control de los recursos públicos orgánicamente al sistema integral de administración financiera y control.

7. Cuando se expidió la Ley de Modernización del Estado, las leyes, según lo señalaba la Constitución entonces vigente, eran generales y especiales, la Ley de Modernización es una Ley especial, y en consecuencia al habérsela dictado en 1993 derogó tácitamente el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977, por la simple y clásica aplicación de la teoría de la vigencia de las leyes en el tiempo que recoge el Código Civil que señala en el artículo 12 "Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales" y en el párrafo 6° "Derogación de leyes", artículo 37 que "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial"; y, finalmente, en el artículo 39, que "La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa" .

Resulta evidente que la Ley de Modernización del Estado al establecer la institución del silencio administrativo positivo no puede conciliarse con la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que establece la institución del silencio administrativo negativo. Si la Ley de Modernización del Estado es una ley especial, prevalece sobre la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, aún cuando ésta pudiera ser considerada también una ley especial. Por tanto, en 1993, con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, fue derogado el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que consagraba el silencio administrativo negativo frente a la omisión de resolver sobre reclamaciones por glosas.

Cuando la Ley de Modernización regula el silencio administrativo de la Administración, establece una excepción al término de quince días, que consiste en que el término pueda ser distinto, mayor o menor, si una norma legal así expresamente lo señala. Mas, la Ley de Modernización en modo alguno permite considerar que los efectos del silencio puedan ser otros que la aceptación tácita de la solicitud o reclamo. Es decir y como ya hemos señalado, se consagró de manera general el efecto positivo del silencio administrativo, sin que existan excepciones, salvo que una ley posterior así expresamente lo consagre.

8. La Constitución actual, efectivamente modificó el tradicional sistema normativo de nuestro país, al incluir entre los varios tipos de leyes a las denominadas Leyes Orgánicas. El artículo 142 de la Norma Suprema señala que las leyes pueden ser Orgánicas u Ordinarias. Expresamente establece las materias que son reguladas por las denominadas leyes Orgánicas. Así:

*"Art. 142. - "Las leyes serán orgánicas y ordinarias.*

*Serán leyes orgánicas:*

1. *Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de bs organismos del Estado, establecidos en la Constitución ... "*

Sin embargo, éste mismo artículo incluye como tales las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección.

*... 3. lillas que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección.*

Por tanto, si se quisiera mantener la tesis de que la Ley de Modernización no derogó en 1993 la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en los artículos que se le oponían, tesis que debe ser descartada por las razones que hemos señalado y especialmente porque en 1993 las leyes eran o generales o especiales, habría que concluir que también la Ley de Modernización, en cuanto regula el derecho de petición, es una ley Orgánica, lo que trae como consecuencia que no hay tal prevalencia de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Es evidente que el nombre de una leyes poco importante para determinar su naturaleza.

De otra parte, puesto que es la materia la que determina la naturaleza de las leyes y no su denominación, en la propia Constitución y previendo las dificultades de orden práctico para determinar qué leyes son Orgánicas y qué leyes son Ordinarias, se incluyó la Vigésima Segunda Disposición Transitoria, según la cual el Congreso Nacional debía determinar en el plazo de seis meses contados a partir de su vigencia, qué leyes vigentes tendrían la calidad de orgánicas.

Esta calificación no fue efectuada sino en el mes de marzo del presente año, publicada en el Registro Oficial del día 8. Cualquier calificación previa efectuada por los jueces constituye una extralimitación no aceptable.

No obstante, cabe preguntarse, ¿puede afectar esta calificación a determinadas disposiciones que fueron derogadas de forma previa? La respuesta es evidentemente negativa. En efecto, si el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control fue derogado en 1993, en cuanto a los efectos del silencio administrativo, es equivocado sostener que ha revivido en virtud de que el Congreso ha calificado a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control como Orgánica. No por este hecho puede sostenerse que todas las normas contenidas en leyes orgánicas previamente derogadas (expresa o tácitamente) han vuelto a formar parte del ordenamiento jurídico del Estado. Sostener esta afirmación constituye un atentado contra la seguridad jurídica, atentado por demás incompatible con el ordenamiento jurídico de un Estado que se califica como de Derecho.

Guayaquil, junio del 2001.