

Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de aplicación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)

Carmen Chinchilla Marín
*Catedrática de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá*

1. La sentencia.
2. La cuestión debatida.
3. Estado de la cuestión del silencio administrativo y la acción de inactividad en relación con la reclamación de intereses de demora, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007.
4. Los argumentos de la sentencia.
5. El voto particular.
6. La crítica a la sentencia.
 - 6.1. Restricción del ámbito de aplicación de una categoría jurídica que el legislador ha concebido como una garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de tres obligaciones legales.
 - 6.2. La restricción que la sentencia opera sobre la garantía del silencio administrativo se lleva a cabo a partir de la interpretación de la voluntad del legislador.
 - 6.3. El razonamiento consistente en comparar la vigente LRJPAC con la LPA, de 1958, lleva a la paradójica conclusión de que la regulación de los años 90 sería más restrictiva con el silencio y, por tanto, más indulgente con los incumplimientos de la Administración que la legislación de los años 50.
 - 6.4. El establecimiento de una doctrina a partir de una categoría que, sin embargo, no queda definida.
 - 6.5. El concepto de procedimiento que, a efectos de la aplicación del silencio, utiliza la sentencia no está en sintonía con la concepción constitucional y legal de dicha categoría, tal como veníamos entendiéndola hasta ahora.
7. Conclusión.

1. La sentencia

La sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de comentario¹ fue dictada en un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2003, la cual estimó un recurso contencioso-administrativo en el que se impugnaba la inejecución, por parte del Ministerio de Fomento, de un acto administrativo firme de reconocimiento de abono de intereses de demora, producido por silencio administrativo.²

La sentencia –dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, debido a la trascendencia de las cuestiones jurídicas que se planteaban en el proceso–³ estima el recurso de casación con el voto particular de un magistrado –J. Díaz Delgado– al que se adhieren otros tres magistrados: J. Peces Morate, M. Campos-Bordona y E. Calvo Rojas.

La sentencia que ahora analizamos ha sido objeto de un primer comentario crítico por el profesor J. Tornos Mas,⁴ cuyas tesis y conclusiones comparto, como se verá a lo largo de este estudio.

2. La cuestión debatida

Los hechos que determinaron este proceso contencioso son los siguientes:

–Como consecuencia de unas obras, no previstas inicialmente en el contrato, pero que resultó necesario realizar, tras la construcción de la variante de la Carretera N II Madrid-Francia por La Jonquera, la UTE Ucife, después de cobrar el principal,⁵ presentó un escrito, el 27 de febrero de 2001, reclamando los intereses de demora correspondientes al crédito principal (entonces unos treinta millones de pesetas).

–Transcurridos tres meses desde la presentación de su solicitud de pago de intereses, y considerando que la misma había sido estimada por silencio administrativo, la UTE solicitó la ejecución del acto firme a los efectos de cumplir con el requisito pre-

visto en el artículo 29.2 de la LJCA (solicitud de ejecución previa a la interposición de un recurso por inactividad, en la modalidad de inejecución de actos firmes). Transcurrido un mes, sin que la Administración de carreteras realizase el pago, la UTE interpuso un recurso contencioso-administrativo ejerciendo la acción de inactividad por inejecución de actos administrativos firmes (artículo 29.2 de la LJCA) y solicitando de la Audiencia Nacional que condenase a la Administración al pago de los intereses reclamados.

–La Audiencia Nacional, por sentencia de 25 de octubre de 2003, estimó el recurso interpuesto por la UTE y condenó a la Administración al pago de la cantidad reclamada. Muy sucintamente expuestos, los argumentos con los que la Audiencia Nacional rechazó las alegaciones del Abogado del Estado fueron los siguientes: la existencia de un oficio no notificado a la UTE no interrumpe el plazo del silencio; el recurso no es prematuro, pues tratándose de silencio positivo, y no existiendo ningún tercero afectado e hipotético recurrente, no hay que esperar los seis meses del artículo 46 de la LJCA para acudir a la vía del artículo 29.2 de la LJCA; la solicitud del pago de intereses inicia un procedimiento y, al no encontrarse en ninguno de los supuestos de las excepciones a la regla del silencio positivo –tanto las del artículo 43.2 de la LRJPAC, como las establecidas en el anexo II de la Ley 14/2000, completado por el anexo II de la Ley 24/2001–, se produce el silencio positivo.⁶

–El Abogado del Estado, como ya he dicho, planteó un recurso de casación argumentando –dicho sea también en términos muy sucintos– que no se había producido un acto presunto porque la Administración resolvió de forma expresa mediante la inadmisión de la solicitud por falta de legitimación de la UTE; que, en todo caso, no existía acto firme cuando se pidió su ejecución en vía administrativa; que el silencio, de haberse producido, era negativo; y que no podía obtenerse por silencio un derecho que ya estaba prescrito.

1. STS de 28 de febrero de 2007, RJ 2007/4846. Ponente, Antonio Martí García.

2. Como parte recurrida actuó la entidad Dragados, SA, antes ACS Proyectos de Obras y Construcciones, SA, Ferrovial, SA, Unión Temporal de Empresas, "UTE Ucife".

3. Antecedente quinto:

"por providencia de de 26 de abril de 2006, se señaló para votación y fallo el día veintisiete de junio del año dos mil seis, y por providencia de 27 de junio de 2006, se deja sin efecto el señalamiento acordado, y dada la trascendencia de las cuestiones jurídicas que en el mismo se plantean, se remiten los autos al Excmo. Sr. Presidente de esta sala, a fin de que valore la conveniencia de someter su conocimiento al Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo."

4. TORNOS MAS, J. "La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una reducción del silencio administrativo?", RAP, 173, p. 185-215.

5. No queda dicho en la sentencia a qué fecha se remonta la ejecución de la obra, pero se deduce que fue a mediados de los años 90, ya que lo que sí se dice es que el pago del principal había sido objeto de control por la Intervención en los años 1995 y 1996 (fundamento de derecho sexto).

6. Vid. los fundamentos de derecho quinto a octavo de la sentencia de la Audiencia Nacional, transcritos en el fundamento de derecho primero de la sentencia del Tribunal Supremo.

3. Estado de la cuestión del silencio administrativo y la acción de inactividad en relación con la reclamación de intereses de demora, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007

Tal como ha expuesto J. Tornos Mas,⁷ la cuestión que ha dado lugar a esta sentencia se venía planteando desde hace tiempo en los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo y, a la vista de los pronunciamientos judiciales habidos hasta el momento, puede deducirse que si bien no era una cuestión pacífica, sí que podía considerarse como mayoritario el criterio de los órganos judiciales que consideraban que (i) la solicitud de intereses inicia un procedimiento administrativo, que si bien tiene su origen en un contrato, goza de entidad suficiente para ser considerado un procedimiento iniciado a instancia de interesado al que, por consiguiente, le resulta aplicable el mecanismo del silencio; (ii) salvo que exista una previsión legal que específicamente prevea el sentido desestimatorio para este tipo de solicitudes –como es el caso de algunas leyes autonómicas– en estos supuestos el silencio es positivo, y (iii) la vía del artículo 29.1 de la LJCA es procedente para reclamar el cumplimiento o ejecución de lo reconocido en las resoluciones producidas por silencio administrativo como consecuencia de la falta de resolución expresa, en plazo, de estas solicitudes.

4. Los argumentos de la sentencia

Como ya he adelantado, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de febrero de 2007, anula la sentencia de la Audiencia Nacional y, con ello, rectifica, además de la doctrina de la propia Audiencia, la de los tribunales superiores de justicia y la de numerosos juzgados que mantenían el mismo criterio que la Audiencia Nacional. Los argumentos del Pleno, que van de lo particular a lo general, pueden quedar resumidos en los siguientes términos: (i) no estamos ante un procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte, sino ante un procedimiento iniciado de oficio y (ii) el silencio administrativo no resulta aplicable a cualquier procedimiento administrativo, sino sólo a determinados procedimientos. Expongamos con mayor detalle estos dos argumentos.

(i) La reclamación de intereses de demora de un contratista no puede considerarse como un procedi-

miento administrativo iniciado a instancia del interesado sino de oficio, y por ello, de acuerdo con la LRJPAC, habría que considerar desestimadas esas peticiones.

En efecto, según el Tribunal Supremo, “una petición de abono de intereses, respecto al importe de la obra realizada por el contratista, [...] no genera el silencio positivo, a que se refiere el artículo 43 de la Ley 30/1992, pues esa petición no inicia procedimiento a solicitud del interesado cual el precepto exige, ya que es una petición inserta en un procedimiento iniciado antes de oficio por la Administración, y que está sujeto por tanto a sus propias normas”; añadiendo a continuación la sentencia que esa petición “no se puede aislar del procedimiento en que se inserta”, el cual es un procedimiento iniciado de oficio.

De acuerdo con ello, considera el Tribunal Supremo que “la ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Y como se trata de expedientes iniciados de oficio las consecuencias del silencio para el interesado, según el artículo 42 de la LRJPAC se podrían considerar desestimadas sus solicitudes”.⁸

(ii) En todo caso, el silencio administrativo no es aplicable a cualquier procedimiento, sino sólo a determinados procedimientos.

El Tribunal Supremo califica la tesis de la sentencia de la Audiencia Nacional de “equivocada” por considerar que cualquier petición del administrado da lugar, o debe dar lugar, a un “procedimiento iniciado a solicitud del interesado”, de modo que si la Administración no contesta en plazo, y no son solicitudes excluidas de la regla del silencio positivo, las mismas deben entenderse estimadas. No es así –dirá el Tribunal Supremo–, y ello por la siguiente razón, que formula siguiendo los pasos que a continuación resumo:

–En primer lugar, la sentencia compara la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (LPA) con la LRJPAC, de 1992 (reformada en 1999), para concluir que la de 1958 aplicaba el silencio a las “peticiones”, mientras que la de 1992 lo aplica a “procedimientos”. La LRJPAC, en su artículo 43 –dirá el Tribunal Supremo–, no se refiere a “solicitudes” sino a “procedimientos”. Y –añade a continuación– “es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de

7. *Op. cit.*, p. 187-201. J. Tornos expone con detalle el estado de la cuestión y da cuenta de las resoluciones de numerosos juzgados provinciales, central, Audiencia Nacional y tribunales superiores de justicia de algunas comunidades autónomas, tras lo cual concluye que la doctrina mayoritaria es, sustancialmente, la que resumo en el

texto. Asimismo, da cuenta de la existencia de otra corriente jurisprudencial que venía negando la aplicación del silencio en estos procedimientos.

8. Transcripción literal del fundamento de derecho cuarto.

solicitudes insertadas en determinados procedimientos”.⁹

Aquí se encuentra, en mi opinión, la clave de esta sentencia: la LRJPAC –dirá el Tribunal– habla, sí, de estimación de solicitudes, *pero* –a continuación veremos el significado y alcance de ese “pero”– no se refiere a todas las solicitudes, sino solamente a aquellas que inicien determinados procedimientos.

Dicho ello, la pregunta es obligada: ¿de dónde deduce el Tribunal Supremo esta delimitación y definición de un presupuesto previo y necesario para la aplicación del mecanismo del silencio administrativo? La respuesta a esta cuestión la encontramos en el segundo paso que el Pleno de la Sala Tercera da en su argumentación: de la mente del legislador.

–Se afirma, a este respecto, en la sentencia que “claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen del silencio no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. Y así resulta de la disposición adicional 3 de la LRJ-PAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LRJ-PAC, y tras esa previsión se publican varios reales decretos de adecuación, hasta llegar a la resolución de las Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20 de marzo de 1996, que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado”.

–A partir de ese argumento, el Tribunal Supremo utiliza numerosas expresiones para referirse a esos procedimientos que, sin embargo, no define. En concreto, la sentencia habla de “determinados procedimientos”; “procedimientos que resultan de aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados”; “procedimientos específicos”; “procedimientos detectados e individualizados”; “procedimientos predeterminados”; “procedimientos regulados como tales por una norma jurídica”; “procedimiento derivado específicamente de una norma fija” y “procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico”.

9. “La LRJ-PAC llevó a cabo una diferencia sustancial en la regulación del sentido del silencio que contenía la Ley de procedimiento administrativo de 17 de agosto de 1958 (LPA), de cuyo examen procede, sin embargo, comenzar para alcanzar una recta interpretación del artículo 43 de la LRJ-PAC. Porque el supuesto del artículo 94 de la LPA, que es el que regulaba el silencio administrativo negativo, era el de que ‘se formulara alguna petición ante la Administración y ésta no notificara su decisión en el plazo de tres meses’. La LPA se refería a la falta de respuesta de cualquier petición, cualquiera que ésta fuera, para dar a ese comportamiento de la Administración, tras la denuncia ante ésta de la mora, el valor de un acto desestimatorio, si así lo decidiera el administrado. Sin embargo, cuando el artículo 95 de la LPA se refiere al silencio posi-

Así pues, la sentencia se refiere a esos procedimientos a los que sí les resultaría aplicable el silencio utilizando diferentes expresiones y adjetivos, pero no los define. Y, además, parece que ni siquiera a todos ellos se les aplicaría el silencio. En efecto, en la sentencia se dice que “el silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de *alguno* de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento”.¹⁰

–Ahora bien, parece que, finalmente, la sentencia identifica los mencionados procedimientos con aquellos, respecto de los cuales, una norma establezca el plazo de resolución y el sentido del silencio. Así cabría deducirlo, en mi opinión, del siguiente párrafo en el que, a modo conclusión, el Tribunal Supremo afirma:

“Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas modificación cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación.”

En efecto, si acudimos a la disposición adicional 3 del Reglamento general de contratación (Real decreto 1098/2001) citado en la sentencia, lo que en él se establece es: el plazo de duración máxima de los procedimientos que allí se mencionan; el sentido del silencio y, finalmente –y eso es lo que parecería, en último término, definitivo para afirmar que existe un procedimiento “específico o “predeterminado”–, el empleo del término “procedimientos” referido a la clasificación, la revisión de clasificaciones, la declaración de prohibiciones de contratar y la suspensión de clasificaciones. Esto es, el Reglamento, en efecto, los llama “procedimientos”. De hecho, la rúbrica de la citada disposición adicional 3 es “Duración de los procedimientos y efectos del silencio”.

tivo se limitan los supuestos en que ello puede suceder; cuando se establezca por disposición expresa o cuando se trate de aprobaciones y fiscalizaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores.

“El artículo 43 de la LRJ-PAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados” (fundamento de derecho cuarto).

10. La cursiva no está en la sentencia.

5. El voto particular

Como ya adelanté, la sentencia que es objeto de comentario no ha sido dictada por unanimidad, sino que cuenta con un voto particular del magistrado J. Díaz Delgado, al que se adhirieron tres magistrados más: los señores Peces Morate, Campos Sánchez-Bordona y Calvo Rojas.

Muy resumidamente expuestos, los argumentos del voto particular, que comparto, como se verá en el apartado siguiente de este comentario, son los siguientes.

–*El significado último del silencio*: con carácter general, y como punto de partida, se afirma en el voto particular que “el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado”.

–*La corrección de los posibles efectos no deseables del silencio positivo ya ha sido llevada a cabo por el propio legislador [artículos 44.1 y 62.1.f) de la LRJPAC]*: la finalidad de la Ley –se dirá en el voto particular– “no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella, esto es, ante cualquier petición, sino la de impedir que los derechos de los particulares se vacíen de contenido. Esta matización permite deducir que estos derechos han de ser, [...], preexistentes, de tal suerte que no cabría entender producido el silencio positivo en aquellos casos en que la declaración del derecho por la Administración tiene carácter constitutivo del mismo, y no meramente declarativo. Y así habría venido a recogerse en el artículo 44 de la LRJPAC, tras la reforma de 1999. Asimismo, y en virtud del artículo 62.1.f) de la LRJPAC, tampoco pueden adquirirse por silencio facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.¹¹

–*El silencio como remedio frente al incumplimiento de la obligación de resolver y como corolario del principio de eficacia del artículo 103.1 de la CE*: la LRJPAC ha impuesto a la Administración la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y ha previsto la responsabilidad de los funcionarios y titulares de los correspondientes órganos administrativos por su incumplimiento. Asimismo, la Ley, en su artículo 89.4, consagra el principio de *non liquet* estableciendo que la Administración no podrá abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso.

11. En mi opinión, esta afirmación merecería una matización ya que, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 62.1.f) de la LRJPAC, no es que no se adquieran esas facultades por silencio,

–*El verdadero significado de la disposición adicional 3 de la LRJPAC*: el hecho de que la citada disposición mande adecuar los procedimientos a la nueva Ley no es sino consecuencia de la aplicación del principio de jerarquía normativa, y “no implica que el silencio sólo se produzca en los procedimientos formalizados, que se reducen en un número importantísimo”.

–*La reducción del ámbito de aplicación del silencio, ya sea positivo o negativo, y la función del procedimiento administrativo común*: la interpretación que sienta la sentencia –se argumenta en el voto particular– “deja fuera de la técnica del silencio positivo o negativo a la mayor parte de las solicitudes dirigidas a la Administración, que por no tener un procedimiento formalizado se rigen precisamente por el común de dicha Ley 30/1992”.

–*Autonomía “procedimental” de la reclamación de intereses*: el voto particular, finalmente, rebate la tesis de la sentencia, según la cual una solicitud de reclamación de intereses, respecto de una deuda derivada de un contrato, carece de autonomía y se rige por la regla del silencio negativo aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato. El voto particular, considera, por el contrario, que la reclamación de intereses, generados *ex lege*, “tiene completa autonomía respecto del contrato original de obras”; que “la apertura de una relación, contractual, funcionarial, etc., que puede durar muchos años, no impide la existencia de derechos, que exigen para su tramitación un procedimiento, sea el formalizado, sea el común, y que tengan carácter autónomo”; y que, como la propia disposición adicional 3 del Reglamento de contratación demuestra, “dentro de una misma relación jurídica pueden existir numerosos derechos que al ser ejercitados generen procedimientos autónomos del que dio lugar al nacimiento de aquélla”.

6. La crítica a la sentencia

Como ya he adelantado, no comparto la doctrina de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo que es objeto de comentario. Los argumentos en que se basa mi discrepancia son, sustancialmente, los mismos que sirven de fundamento al voto particular, e igualmente son coincidentes con los expuestos por J. Tornos, en el primer, y hasta el momento, único comentario que conozco sobre esta importante sentencia. No comparto, como digo, la doctrina contenida en esta sentencia por las siguientes razones: (i) porque restringe el ámbito de aplicación de una categoría jurídica que el legislador ha concebido como

sino que el acto presunto que las otorga está viciado de nulidad de pleno derecho.

una garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de tres obligaciones legales; (ii) porque lleva a cabo esa restricción a partir de la interpretación de la voluntad del legislador, algo que, en principio, no parece el camino más seguro cuando se trata de restringir garantías del ciudadano; (iii) porque utiliza un razonamiento consistente en comparar la vigente LRJPAC con la LPA de 1958 para llegar a la paradójica conclusión de que la regulación de los años 90 sería más restrictiva con el silencio y, por tanto, más indulgente con los incumplimientos de la Administración que la legislación de los años 50; (iv) porque crea una doctrina a partir de una categoría que no define, y, finalmente, (v) porque, además, el concepto de procedimiento que, a efectos de la aplicación del silencio, utiliza la sentencia no está en sintonía con la concepción constitucional y legal de dicha categoría, tal y como se venía entendiendo hasta ahora.

6.1. Restricción del ámbito de aplicación de una categoría jurídica que el legislador ha concebido como una garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de tres obligaciones legales

En mi opinión, es claro que tanto en la Ley 30/1992 como en la Ley 4/1999 el legislador apuesta rotundamente por reforzar la regulación del silencio como garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de su triple obligación legal de dictar, en todo caso, resolución expresa en *todos* los procedimientos; de motivarla y de notificarla con todos los requisitos legales.

En la exposición de motivos de la Ley de 1992 se dice que el silencio debe ser “la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado”. Y en la de la Ley de 1999 se afirma que “cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración... Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración, siempre indeseable, nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legales impuestas”. Más adelante, aludirá a “la línea apuntada de profundización del silencio positivo”.

De lo expuesto se deduce que el legislador de los años 90 quiso potenciar la categoría del silencio en su concepción de garantía de los ciudadanos frente a la patología del incumplimiento de la Administra-

ción. De la exposición de motivos y, aún más, del articulado de la Ley se extrae, sin dificultad, que el legislador quiso reaccionar frente a una conducta administrativa –el silencio– que no solamente priva al interesado de una respuesta en plazo, sino de una respuesta motivada a su petición y comunicada personalmente y con todos los elementos necesarios para tener completo conocimiento tanto del contenido de esa respuesta a la que se tiene derecho, como del régimen jurídico de su posible impugnación. El silencio es, lisa y llanamente, la negación de todo eso y, por ello, la presunción legal de que la inexistente respuesta se ha producido es la garantía jurídica que el legislador otorga al administrado en estos casos.

6.2. La restricción que la sentencia opera sobre la garantía del silencio administrativo se lleva a cabo a partir de la interpretación de la voluntad del legislador

Como ha quedado dicho, y siempre según mi opinión, la voluntad del legislador de la LRJPA era clara: reforzar el silencio, en general, y el silencio administrativo positivo, en particular. Y ello para corregir la patología, tan extendida, y a veces tan inevitable, de que la Administración no dicte resolución expresa sobre las solicitudes de los particulares, dentro del plazo legalmente establecido para ello. Siendo ello así, para atribuirle al legislador una voluntad restrictiva, un deseo de aplicar el silencio sólo a determinados tipos de procedimiento administrativo, y no a todos, como literalmente dice el artículo 42.1 de la LRJPAC, creo que hay que tener elementos de deducción muy seguros y muy sólidos. Y, en este caso, la argumentación que emplea el Tribunal Supremo para atribuirle una determinada voluntad al legislador, en mi opinión, no lo es.

Recuérdese que el Tribunal Supremo dice que “claramente” estaba en la mente del legislador aplicar el silencio sólo a las peticiones con suficiente entidad para poder considerarlas integrantes de un determinado procedimiento y que “así resulta” de la disposición adicional 3 de la LRJPAC. Sin embargo, en mi opinión, el sentido de la disposición adicional 3 no era otro que remitir al Reglamento la adecuación de los procedimientos a la Ley, con independencia del rango de la norma en que estuvieran establecidas las reglas de los mismos, fijando, además, un plazo, que como se recordará fue sucesivamente ampliado, para que el Gobierno llevara a cabo dicha adecuación “con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca”. Poner en conexión esta disposición adicional –que, por lo demás, sólo afectaba a los procedimientos de la Administración estatal– y extraer de la misma un elemento tan importante de la configu-

ración legal de la técnica de silencio, como es el del presupuesto mismo de su aplicación, no sólo me parece que está fuera de contexto, sino que, además, en mi opinión, carece de lógica.

En efecto, no alcanzo a ver cómo esa supuesta voluntad del legislador de que el silencio sólo se aplicase a peticiones integradas en determinados procedimientos, puede deducirse de una disposición normativa que, en primer lugar, tiene un efecto temporal limitado; en segundo lugar, se refiere solamente a la Administración estatal y, en tercer y último lugar, se limita a dirigir un mandato al Gobierno y permitir que por reglamento se modifiquen disposiciones que podían estar contenidas, en ese momento, en normas con rango de ley.

6.3. El razonamiento consistente en comparar la vigente LRJPAC con la LPA, de 1958, lleva a la paradójica conclusión de que la regulación de los años 90 sería más restrictiva con el silencio y, por tanto, más indulgente con los incumplimientos de la Administración que la legislación de los años 50

Como ya he dicho, para apoyar su razonamiento, el Tribunal Supremo compara el tenor literal de los preceptos de la Ley de 1958 que regulaban el silencio con el de los preceptos que lo regulan en la LRJPAC para concluir, según entiendo, que mientras que la regulación del silencio en la LPA se refería a “las peticiones”, la de la LRJPAC, sin embargo, se refiere a procedimientos “predeterminados” y “especificados” o “nominados” en el ordenamiento jurídico. Sería tanto como decir que la LRJPAC, al haber empleado una formulación distinta a la que recogía la LPA –que se refería a cualquier petición– perseguía una finalidad: restringir los supuestos a los que les resulta de aplicación el silencio exclusivamente a un tipo de peticiones. Todo lo cual llevaría al resultado de que, precisamente, ese legislador que venía a reforzar el silencio, como garantía del ciudadano frente a los incumplimientos de la Administración, al mismo tiempo estaría debilitando la categoría en cuestión, reservándola exclusivamente a determinados procedimientos.

Pienso, por el contrario, y como ya he adelantado, que de la Ley 30/1992 –de su articulado y de su exposición de motivos– lo que se deduce es que el legislador quería reforzar la garantía del silencio administrativo, en general, y ampliar, en particular, la técnica del silencio positivo. Al mismo tiempo, y para evitar o, en su caso, contrarrestar los efectos negativos que podían derivarse de la ampliación del silencio positivo, adoptó una serie de medidas tales como excluir de la regla general del silencio positivo una serie de supuestos que, luego, se han visto amplia-

dos sucesivamente por leyes del Estado y de las comunidades autónomas y que han terminado por convertir la regla en la excepción (artículo 43.2 de la LRJPAC); establecer el silencio negativo para los procedimientos administrativos iniciados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas para los interesados que hubieran comparecido en los mismos (artículo 44.1 de la LRJPAC); y, por último, añadir un nuevo motivo de nulidad de pleno derecho que, incluso, en un principio, se concibió exclusivamente para los actos presuntos [artículo 62.1.f) de la LRJPAC]. Así, pues, las necesarias cautelas con que debe aplicarse el silencio positivo ya habían sido adoptadas por el legislador a través de la definición de una serie de supuestos en los que, no obstante el incumplimiento de la Administración de su triple deber de responder en plazo, de motivar sus resoluciones y de notificarlas, la garantía de los ciudadanos que supone el silencio positivo debe ceder por razones de interés general.

6.4. El establecimiento de una doctrina a partir de una categoría que, sin embargo, no queda definida

La sentencia es criticable, en mi opinión, porque toda esta construcción restrictiva de la garantía del silencio positivo, y basada en una supuesta voluntad “clara” del legislador, da lugar a una nueva doctrina, de alcance general, que, sin embargo, produce una gran inseguridad jurídica porque el Tribunal Supremo no ha definido qué debe entenderse por procedimientos “predeterminados” o “específicos”, etcétera.

Para mí, la máxima expresión de la falta de claridad de la categoría empleada por el Tribunal Supremo se alcanza en el pronunciamiento, contenido en el fundamento de derecho 4 de la sentencia, en el que se dice que “el silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación del procedimiento”.

La imprecisión con la que se ha definido el tipo de procedimientos que, según el Tribunal Supremo, son los únicos para los que el legislador ha previsto la categoría del silencio, no puede ser mayor: se habla, por un lado, de “alguno”, por tanto no todos, de los procedimientos “reconocidos” en el ordenamiento, y se añade, a continuación, que tal reconocimiento –que tampoco se dice en qué consiste– lo es con independencia de que estén o no “recogidos” en las normas de delimitación del procedimiento.

6.5. El concepto de procedimiento que, a efectos de la aplicación del silencio, utiliza la sentencia no está en sintonía con la concepción constitucional y legal de dicha categoría, tal como veníamos entendiéndola hasta ahora

Se han dado muchas definiciones sobre “procedimiento administrativo”. Así, E. García de Enterría y T. R. Fernández lo han definido como “el camino, el *iter* jurídicamente regulado a priori, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica de un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo)”¹² o, referido específicamente al Derecho Administrativo, como “el modo de producción de los actos administrativos”.¹³ Según M. Sánchez Morón es la concatenación de una serie de trámites con vistas a la adopción de una decisión administrativa.¹⁴ Y desde una perspectiva más general, que incluye también la aprobación de los reglamentos, Tardío Pato define el procedimiento administrativo como “la sucesión de actuaciones ordenadas por el Derecho Administrativo para la producción de actos resolutorios o de disposiciones generales”.¹⁵

En mi opinión, la existencia de un procedimiento es consustancial a la actuación administrativa, ya que es un deber que les viene impuesto a las administraciones públicas por la Constitución y las leyes. El artículo 105.c) de la CE dice que “la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos”. Luego, el procedimiento es un cauce, predeterminado por la ley, que la Administración ha de seguir, necesariamente, para dictar sus actos.

Ese cauce está *siempre* predeterminado por la ley, por la sencilla razón de que lo que hace, precisamente, la LRJPAC –que no en vano lleva en su título la expresión “procedimiento administrativo común”– es establecer dicho procedimiento, con carácter general y común para todas las administraciones, hasta el punto de que define un plazo general para dictar y notificar resolución expresa, que se aplica, a falta de previsión específica en la normas regulado-

ras de los distintos procedimientos, allá donde las haya, porque no tiene por qué haberlas siempre, dado que existe un procedimiento administrativo común y de aplicación supletoria. Así mismo, la LRJPAC establece, también con carácter general, el sentido del silencio que será el que se aplicará, salvo que una norma con rango de ley o de carácter comunitario establezca lo contrario. Asimismo, la citada Ley regula los distintos trámites del procedimiento (actos y formas de iniciación, de instrucción, y de terminación) y los actos de comunicación de las resoluciones administrativas (notificación y publicación).

De acuerdo con la LRJPAC, los procedimientos –ya sea el común, ya sean los que cuentan con una regulación específica, que no son, ni mucho menos, todos los que existen en el infinito mundo de las administraciones públicas y entes asimilados a ellas– se inician bien a instancia de interesado, bien de oficio. Pues bien, si existe una solicitud de una persona que es titular de un derecho –como es el caso del contratista en relación con los intereses de demora–; si, de acuerdo con la LRJPAC, la Administración tiene el deber de resolver todos los procedimientos –cualquiera que haya sido su forma de iniciación– en un tiempo determinado; y si, además, la propia Ley establece cuál es el procedimiento que tiene que seguir para ello, definiendo, en concreto y por lo que a nuestra exposición interesa, el plazo del procedimiento y el sentido del silencio, ¿cómo puede decirse que no resulta de aplicación la técnica del silencio porque no hay un procedimiento específico o “reconocido como tal por el ordenamiento jurídico” para este tipo de solicitudes?, ¿por qué tiene que haber un procedimiento específico o calificado como tal si la Ley ya se ha cuidado de establecer un procedimiento común para todas aquellas solicitudes que inicien un procedimiento al margen de si una norma lo reconoce o no como tal o establece reglas singulares para el mismo?

Por último, y volviendo al caso concreto de la solicitud del pago de intereses que ha dado lugar a esta sentencia, el Tribunal Supremo entiende que no estamos ante una de esas peticiones que dan lugar a un

12. E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 10ª edición, Civitas, 2006, p. 454.

13. E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 454.

14. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, 3ª edición, Tecnos, 2007, p. 473.

15. J. A. TARDÍO PATO, “Procedimiento Administrativo”, voz en el *Diccionario de Derecho Administrativo II*, S. Muñoz Machado (dir.), lustel, 2005, p. 1975. El autor nos recuerda cómo González Navarro distingue entre procedimientos administrativos formalizados y no formalizados. Los primeros serían aquellos en los que la norma establece su tramitación y su orden ritual, imponiendo el cauce a seguir. Los no formalizados serían, por el contrario, aquellos en los que la

norma no fija el cauce o la tramitación, sino que deja a los órganos administrativos que lo definan utilizando un arsenal de herramientas procesales. J. A. Tardío Pato discrepa de la opinión de F. González Navarro, que entiende que el del título VI de la LRJPAC sería un procedimiento general o no formalizado, y afirma que, aunque existen procedimientos más formalizados, como por ejemplo el del Reglamento de la potestad sancionadora, el título VI de la LRJPAC sí que contiene una estructura procedimental mínima y suministra un procedimiento que actúa como norma general. Comparto plenamente esta opinión, como puede deducirse de lo que diré más adelante.

procedimiento de esos a los que les resulta aplicable el silencio y ello por dos razones: en primer lugar, porque la reclamación de intereses de demora no puede separarse del procedimiento de contratación en el que se inserta y, por otro, porque en los contratos administrativos sólo existen los procedimientos específicos que la Ley de contratos –en rigor, el Reglamento– denomina como tales y sólo a ellos se les puede aplicar el silencio.

En mi opinión, es cierto que el procedimiento de adjudicación del contrato se inicia de oficio, pero también lo es, según creo, que a lo largo de la vida del contrato pueden existir muchos procedimientos e iniciarse tanto de oficio como a instancia de interesado. La tesis del Tribunal Supremo, según se desprende de la sentencia que comentamos, es que, en contratación pública, sólo son procedimientos reconocidos como tales y a los que, por tanto, les resulta de aplicación el silencio, aquellos a los que la norma ha llamado por ese nombre. Siendo ello así, y dado que la norma puede ser de carácter reglamentario, como ocurre en el caso examinado con la disposición adicional 3 del Reglamento general de la LCAP, la doctrina establecida en esta sentencia llevaría a la conclusión de que se estaría dejando a la voluntad de la Administración decir cuándo hay un procedimiento específico y cuándo no y, por consiguiente, cuándo se aplica y cuándo no se aplica la técnica del silencio que, recordémoslo una vez más, el legislador ha establecido como garantía del ciudadano frente al incumplimiento de la Administración y con la finalidad última de que sus derechos no queden vaciados de contenido. Por otro lado, parece que lo importante, a los efectos de poder concluir que estamos ante un procedimiento “reconocido” como tal por el ordenamiento jurídico, es que sea llamado por ese nombre, pues a juzgar por el contenido de la citada disposición adicional 3 del Reglamento general de la LCAP, lo relevante de la misma no es que establezca el sentido del silencio y el plazo de los procedimientos, pues ambas cosas están previstas con carácter general y supletorio para todos los procedimientos en la LRJPAC, sino, por el contrario, que los llame “procedimientos” y especifique cuáles son (en el caso de la citada disposición adicional, se trata de los de clasificación y revisión de clasificaciones, declaración de prohibiciones de contratar y suspensión de clasificaciones). Si ello es así, parecería que, al final, todo el problema se reduce a una cuestión de nombres: si una actuación administrativa es designada por alguna norma con el sustantivo “procedimiento”, estaremos ante un procedimiento administrativo reconocido como tal a efectos de la aplicación del silencio, pero si no es así, no habrá procedimiento a efectos del silencio administrativo.

Frente a ello, mi opinión es la siguiente: en primer lugar, toda solicitud de un ciudadano, *realizada en ejercicio de un derecho*, como es el caso de la reclamación del pago de intereses de demora, y *dirigida a la Administración pública competente*, inicia un procedimiento; y, en segundo lugar, a la falta de resolución y notificación en plazo de dicha solicitud ha de resultarle de aplicación el silencio, se rija éste, en cuanto a plazos y efectos, por las reglas comunes de la LRJPAC o por las específicas que se hayan dictado para el mismo, y con independencia de que exista o no una norma que haya tenido a bien designarlo con el nombre de *procedimiento administrativo*.

¿Significa eso que haya de entenderse estimada cualquier petición y solicitud que no esté entre las expresamente excluidas por la Ley de la regla del silencio positivo? En mi opinión, no; pero la razón no hay que buscarla en que exista o no un procedimiento “típico”, “nominado” o “reconocido”, sino en la propia naturaleza de la petición que se formule. Por ejemplo, a mi juicio, no cabría entender estimada por silencio administrativo la solicitud a la Universidad de un certificado de notas o de la expedición de un título de licenciado o doctor; tampoco una consulta a la Agencia Tributaria; una aclaración sobre determinadas cláusulas del pliego de un contrato; o la presentación de una oferta a un procedimiento de licitación de un contrato que, lógicamente, lleva implícita la solicitud de que dicho contrato le sea adjudicado a quien la presenta.

En todos estos supuestos, y al margen de si, respecto de alguno de ellos, habría que considerarlo incluido en alguna de las numerosas excepciones a la regla del silencio positivo –incluidas las generales del artículo 43.2 de la LRJPAC– y en otros muchos que cabría citar, el silencio positivo no se produciría, en mi opinión, porque en todas ellas concurre alguna de las dos circunstancias siguientes: o bien no se corresponden con un derecho reconocido previamente por la Ley, o bien su satisfacción no depende de una declaración de voluntad por parte de la Administración que pueda ser sustituida por una ficción legal consistente en entender que la Administración ha dicho que sí. Expresado en otros términos, determinadas solicitudes, aunque no estén excluidas de la regla del silencio positivo, no se pueden obtener nunca por silencio porque, por definición, exigen un pronunciamiento expreso de la Administración. A eso me refería cuando he dicho que la razón de que no toda petición o solicitud que no haya sido excluida de la regla del silencio positivo, puede entenderse estimada por un acto presunto, está en la naturaleza de la solicitud, pero no en las características del cauce legal que la Administración haya de seguir para darle respuesta. Ése es, en mi opi-

nión, el camino que hay que recorrer para tratar de definir los límites consustanciales a la categoría del silencio positivo, esto es, preguntándose por la naturaleza de la petición; la preexistencia o no de un derecho; o el tipo de potestad administrativa –reglada o discrecional– en cuyo ejercicio se enmarca la solicitud de que se trate en cada caso, etc. Pero no, como digo, mediante el establecimiento de una distinción entre tipos de procedimiento administrativo que no parece tener fácil acomodo en la LRJPAC.

7. Conclusión

En su comentario de la STS de 28 de febrero de 2007, J. Tornos termina haciendo una reflexión basada en un juicio de intenciones en la que el autor viene a decir que quizás el Tribunal Supremo ha querido reducir el ámbito del silencio porque, de lo contrario, se hubiera visto obligado a condenar a la Administración al pago de una cantidad sin poder revisar ni su causa ni su cuantía.¹⁶ Además, afirma el autor –y lo comparto plenamente– el silencio positivo puede llevar, en algunos casos, a situaciones contrarias al interés general, pero la corrección de un supuesto concreto no debe llevar a una reformulación general de la figura del silencio.

Es más, si el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, se hubiera quedado en su primer argumento y se hubiera limitado a decir que la reclamación del pago de intereses no puede entenderse estimada por silencio porque no estamos ante un procedimiento administrativo iniciado a instancia del interesado sino de oficio, debido a que dicha petición carece de autonomía respecto del procedimiento de adjudicación del contrato, su doctrina, que por las razones que he expuesto no comparto, al menos sólo hubiera afectado a este caso concreto y, además, en la actualidad, como tal doctrina, tendría una importancia relativa ya, con la nueva Ley de contratos, la cuestión ha quedado resuelta. En efecto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, contiene una disposición final octava del siguiente tenor:

“Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley.

“1. Los procedimientos reglados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, y normas complementarias.

“2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o

se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.”

Así pues, ninguna duda puede haber ya sobre que una solicitud que tenga por objeto una reclamación de cantidad relacionada con un contrato es un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado y con efectos desestimatorios, en caso de silencio por parte de la Administración, sobre la que sigue pesando el deber de resolver de forma expresa. Es importante llamar la atención sobre este último aspecto, ya que, de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo que analizamos, cabría pensar que, a determinados procedimientos, no les resulta de aplicación ningún tipo de silencio –ni el positivo, ni el negativo– ni tampoco, por tanto, la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, a pesar de los términos en que se expresa el artículo 42.1 de la LRJPAC a ese respecto.

A la luz de todo lo expuesto, y para terminar, cabría concluir que, teniendo en cuenta que el silencio es una categoría muy compleja y, además, en sí misma, generadora de inseguridad jurídica, resoluciones judiciales como la que comentamos no ayudan a eliminar dicha inseguridad, sino que, antes al contrario, pueden acentuarla. Y no lo digo porque, en esta ocasión, el Tribunal Supremo haya restringido el ámbito de aplicación del silencio y, con ello, una garantía otorgada por la Ley a los ciudadanos. Mi opinión es la misma respecto de la jurisprudencia –esta sí, favorable al administrado, al menos al perjudicado por el silencio negativo– que establece que para recurrir contra el silencio no hay plazo y ello a pesar de que tanto la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 46.1) como la LRJPAC (artículos 115.1 y 117.1) establecen un plazo para ello.¹⁷ A mi juicio, la seguridad jurídica debería ser incompatible con la existencia de actos administrativos con un plazo de impugnación abierto sin límite temporal alguno, pues ello puede ir en detrimento de terceros afectados por ese acto, de forma más o menos directa. Pero sobre todo, lo más discutible, en mi opinión, es que se pueda llegar a esa conclusión sin cuestionar y, en su caso, declarar inconstitucional la LRJPAC

16. *Op. cit.*, p. 214.

17. STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004/1021) y STC 14/2006, de 16 de enero (RTC 2006/

que, como digo, no sólo ha establecido plazo para recurrir contra los actos presuntos, sino que, además, ha establecido, y lo ha mantenido tras la reforma operada por la Ley 4/1999, que transcurridos los plazos para recurrir en alzada –de un mes si el acto fuera expreso y de tres si fuera presunto– sin haberse interpuesto el recurso, “la resolución será firme a todos los efectos” (artículo 115.1 de la LRJPAC). Esto, como digo, se mantiene por la Ley 4/1999, a pesar de que es la propia Ley la que establece que el silencio negativo, a diferencia del positivo, no produce un acto, sino sólo una ficción a efectos de poder impugnarlo. Si he traído a colación este ejemplo es para concluir que, al margen de cómo deba resolverse la cuestión del plazo para recurrir el silencio y su relación con la impugnación de las notificaciones defectuosas, pienso que no contribuye a la seguridad jurídica ni constituye un ejemplo de buena técnica jurídica, el hacer interpretaciones de la Ley tan alejadas de la letra de la misma, y ello con independencia de que dicha interpretación vaya en perjuicio o en beneficio de los intereses del administrado. De ese mismo mal padece, en mi opinión, la sentencia del Tribunal Supremo que ha sido objeto del presente comentario. ■