

El régimen del silencio administrativo

1. Introducción.
 2. Nociones tradicionales.
 3. El régimen superado.
 4. Regulación vigente.
 5. Algunas consideraciones sobre el silencio negativo.
 6. Ciertas cuestiones acerca del silencio positivo.
 - 6.1. El ámbito del silencio positivo como acto administrativo.
 - 6.2. El silencio administrativo positivo *contra legem*.
 - 6.3. La postura del Tribunal Supremo: STS de 27 de abril de 2007.
 - 6.4. El silencio positivo en la contratación.
 7. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los supuestos de silencio administrativo negativo.
 - 7.1. Planteamiento doctrinal.
 - 7.2. La doctrina del Tribunal Constitucional.
 - 7.3. La doctrina del Tribunal Supremo.
- Bibliografía.

M^a. Pilar Galindo Morell
Magistrada

1. Introducción

Traducían *Las Partidas* la vieja máxima de Paulo (“*qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare*”; Digesto, lib. L., tít. XVII, ley 142) de la siguiente manera: “*aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, maguer non responde; mas esto es verdad, que non niegue lo que oye*” (Part. VII, tít. XXXIV, ley 23), esto es, el que calla es cierto que no confiesa, pero también es verdad que no niega. Esta regla, relativa a la cuestión del significado del silencio para el Derecho privado, es cierto que no aclara mucho y tiene más de escepticismo que de solución legal. Pero contempla las dos alternativas posibles a la hora de atribuir un significado jurídico al silencio que mantiene quien está obligado a manifestarse, por existir el deber jurídico de hacerlo o una norma que impone la obligación de dar una respuesta expresa y motivada.

Así sucede en el ámbito al que pertenece este breve análisis pues, en efecto, en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos es necesario asignar un valor o significado jurídico al silencio de la Administración cuando, estando como lo está obligada a ello, no resuelve expresamente y con motivación las peticiones que le son formuladas o los procedimientos que inicia de oficio. Esa significación jurídica tiene mucho, como veremos, de ficción legal y se concreta en esas dos alternativas en función de la naturaleza y contenido de los derechos en juego: o bien se adjudica al silencio un sentido positivo (el que calla otorga; “*qui tacet videtur consentire*”) o bien negativo (el que calla se entiende que no consiente).

Es necesario, en efecto, atribuir un significado jurídico a la ausencia de acto administrativo en el plazo legal, y en garantía del derecho del administrado, que no puede quedar a merced de que la Administración resuelva cuando lo considere oportuno o de que no resuelva nunca. Decía en este sentido González Navarro que el silencio administrativo es “un artificio jurídico mediante el que se trata de evitar al interesado los perjuicios que, en determinados casos, pueden seguirse de ese callar. Un artilugio ingenioso y muy simple consistente en fijar de antemano en una norma jurídica (legal o reglamentaria) lo que la Administración está dando a entender cuando calla”.

Es importante destacar que el silencio administrativo, y así lo viene confirmando la doctrina constitucional desde la pionera STC 6/1986, debe configurarse como un mecanismo de garantía para el ciudadano, y en modo alguno la Administración puede beneficiarse de la situación de ilegalidad que ella misma ha provocado. No se trata de una técnica al servicio de la Administración y “del buen orden del procedimiento”, sino de una garantía que se ofrece al ciudadano frente

a un comportamiento ilegal y patológico en el que la Administración no debe incurrir. Concepción ésta que ya ponía de manifiesto la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la STS de 8 de abril de 1933 (ref. Aranzadi 3109), que indicaba que “hay que tomar como base la naturaleza de que el silencio administrativo tiene que ser una presunción establecida precisamente a favor de los derechos e intereses de los administrados y no un medio de eludir obligaciones y compromisos de los organismos administrativos, lo que impide darle una interpretación que perjudique a los mismos, a quienes quiso favorecer”.

Hay, además, otra idea clara y evidente en esta materia, y es que la ausencia de una regulación general del silencio de la Administración comportaría que la inactividad o pasividad de la Administración quede fuera del control jurisdiccional, provocando con ello situaciones de indefensión y zonas de inmunidad frente a las garantías del Estado de derecho; dicho en sentido contrario, el establecimiento de una regulación legal general del silencio administrativo evita que la inactividad o pasividad de la Administración quede fuera del control de los tribunales, y ese control es más que conveniente como ha declarado el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la STC 136/1995, de 25 de septiembre, en la que advierte que no pueden existir actuaciones administrativas, positivas o negativas, inmunes al control jurisdiccional.

Pero el control de la inactividad administrativa no queda reducido al silencio administrativo; así, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 (LJCA) introduce el denominado “recurso contra la inactividad de la Administración”. Dice al respecto la exposición de motivos de esta Ley que, largamente reclamado por la doctrina, se crea un recurso contra la inactividad de la Administración que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. “El recurso –continúa– se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas”.

A la vigente regulación del silencio administrativo, introducida por la Ley 4/1999, se ha llegado tras un camino complejo y de difícil trazado, en cuyo recorrido se han ensayado diversas fórmulas y remedios para evitar o paliar el perjuicio que a los particulares necesariamente ha de producir la inactividad de la Administración o, lo que es lo mismo, el incumplimiento del deber de resolver expresamente, con motivación suficiente, las solicitudes de los ciudadanos o los procedimientos iniciados de oficio. Hare-

mos referencia a los aspectos más destacados de la nueva regulación, así como a aquellos otros aspectos conflictivos del régimen que vino a sustituir y que han sido felizmente superados, pero antes conviene dejar constancia de ciertas nociones en la evolución histórica del silencio administrativo.

2. Nociones tradicionales

Tradicionalmente se ha concebido el silencio administrativo como “una ficción legal que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley” (es la definición que proponen González Pérez y González Navarro). Consiste el silencio administrativo, en fin, en una *ficción* establecida por la ley en beneficio del particular que, teniendo derecho a exigir de la Administración una resolución expresa en el plazo legalmente establecido, no la obtiene en dicho plazo por causas que no le son imputables. Ahora, tras la reforma por la Ley 4/1999, hay que precisar que no basta con el dictado de la resolución expresa, pues es necesario algo más: que la misma se notifique dentro del plazo máximo que establece la ley.

En consideración a sus distintos efectos, como criterio de diferenciación, se distingue entre silencio negativo, en el que el efecto ficticio atribuido por la ley a la falta de resolución en plazo es la desestimación de la pretensión con la consiguiente apertura inmediata del plazo para recurrir ante la instancia correspondiente, y el silencio positivo, en el que el efecto ficticio legalmente establecido es, por el contrario, la estimación de la pretensión previamente deducida.

La institución del silencio administrativo negativo nace como una garantía del o para el administrado a fin de que el mismo pueda considerar que su petición ha sido desestimada a los efectos de interponer, en su caso, el recurso admisible, administrativo o jurisdiccional. De ahí que el silencio negativo haya sido conceptualizado tradicionalmente como un simple presupuesto procesal de acceso a la jurisdicción, a través de la figura de la ficción, al que no puede aplicarse la doctrina y régimen del acto consentido. No se trata, en la concepción tradicional, de un acto presunto, sino, como se ha dicho, de una ficción legal en beneficio del administrado, que ve abierta la vía jurisdiccional sin tener que esperar una resolución expresa, cuya demora administrativa podría bloquear el acceso a los tribunales.

Por el contrario, el silencio positivo se asemeja o equipara, como veremos, a un acto favorable o declarativo de derechos, lo que tiene su importancia a los efectos de aplicarle el principio de irrevocabilidad de

los actos, únicamente excepcionable a través de la vía de la revisión de oficio. Al silencio positivo, por ello, sí que ha venido otorgándosele el carácter de verdadero acto, si bien presunto, de modo que, producido el silencio positivo, la Administración ya no podía resolver de manera expresa, al menos en sentido contrario a lo solicitado, pues ello comportaría una indebida revocación del acto presunto producido por el silencio.

No obstante, la originaria redacción de la Ley 30/1992 confirió al silencio negativo, también, al igual que al positivo, el carácter de acto presunto, lo que originó una crítica doctrinal justificada que determinó la reforma, lograda por la Ley 4/1999, al objeto, por lo menos, de restablecer el régimen jurídico anterior.

Pese a tal conceptualización del silencio negativo como acto presunto la doctrina se preocupó de precisar que la verdadera naturaleza jurídica del silencio administrativo no es la de una presunción, sino la de una ficción. Así, González Navarro y González Pérez indicaban que la ficción recae sobre un hecho cierto, mientras que la presunción recae sobre algo dudoso o incierto, y por tanto el silencio administrativo es ficción y no presunción, toda vez que aquí no se parte de una conjetura o posibilidad sino del hecho cierto de que la Administración no ha resuelto en plazo. La ficción, una vez constatada la existencia de un hecho cierto, finge o introduce una consecuencia jurídica distinta de la verdad real por razones de justicia y equidad, que por tanto se considera preferible a las consecuencias de la verdad real. La realidad aquí es que no hay acto porque la Administración no ha contestado en plazo y la ficción consiste en que el legislador ordena que se actúe como si hubiera habido acto, afirmando como verdad jurídica lo que no es verdad en la realidad.

Se ha indicado por otro lado (Morillo-Velarde) que silencio administrativo y acto presunto son dos técnicas jurídicas separadas. Ambas tienen la misma finalidad, que es combatir la inactividad formal de las administraciones públicas y ambas operan por ministerio de la ley, pero la diferencia radica en que para la producción del silencio administrativo, al menos cuando de él ha de derivar la adquisición de un derecho (silencio positivo) y no una mera facultad de reacción (silencio negativo), el ordenamiento jurídico exige, como parte del presupuesto de hecho para la producción del silencio mismo, la adecuación a Derecho de aquello que, transcurrido el plazo, ha de entenderse otorgado. Por consiguiente, con la técnica del silencio administrativo no hay acto alguno, porque en el aumento de la esfera de actuación del particular que se opera en virtud del silencio no hay intervención alguna de la Administración, por lo que tampoco hace falta la utilización de las técnicas de revisión de oficio. En cambio, la técnica del acto presunto finge, por ministerio de la ley, una resolución o acto adminis-

trativo a todos los efectos, por lo que aquí sí es posible un acto presunto positivo contrario al ordenamiento jurídico pero protegido por la presunción de legalidad de los actos y por ello revisable de oficio en las mismas condiciones que el acto expreso.

Con la Ley 4/1999 la concepción del silencio cambia radicalmente: ya no se habla de acto presunto con referencia al silencio negativo, lo que hay es ausencia de acto en plazo y esta ausencia es lo que provoca determinados efectos jurídicos. Pero en cualquier caso la verdadera naturaleza del silencio negativo como mera ficción legal y no como acto presunto que podía quedar consentido si no se atacaba en plazo fue mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo aun en supuestos a los que era aplicable la redacción originaria de la Ley 30/1992. Así, la STS de 31 de enero de 2003, con cita de la STS de 6 de marzo de 1998, señala:

“Es reiterada la jurisprudencia que afirma que las administraciones públicas tienen el deber de resolver expresamente en todo caso (artículo 94.1 y 2 de la LPA [hoy artículo 42 de la LRJ-PAC] y artículo 38 de la LJCA) y que el silencio administrativo es una ficción que la ley establece en beneficio del que incoa un procedimiento, para que pueda entender desestimada su reclamación y deducir frente a la denegación presunta la impugnación que proceda en cada caso, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, aunque sea tardía. No resulta viable, por ello, que la Administración pretenda obtener un beneficio, como es el de la apreciación de la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo, a consecuencia de su propia violación de la norma (artículo 94.3 de la LPA), ni aún menos que para ello se invoque la doctrina del silencio administrativo, que está concebida en beneficio del administrado, y no en contra suya (sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1993 y sentencias del Tribunal Constitucional 6/1986, de 21 de enero, y 204/1987, de 21 de diciembre).”

3. El régimen superado

Conviene anotar los rasgos más relevantes del régimen del silencio administrativo bajo la Ley 30/1992, con anterioridad a la reforma, para dejar constancia de una forma de regular el silencio administrativo que no fue, en absoluto, satisfactoria en atención a los intereses en juego.

La exposición de motivos de la Ley indicaba 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 su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado.”

Pero lo cierto es que tal garantía no se lograba adecuadamente, en particular porque para la eficacia *erga omnes* de los actos presuntos, categoría bajo la cual se incluía al silencio negativo, se articulaba el mecanismo de la certificación (“certificación de actos presuntos”), que actuaba tanto en los casos de silencio positivo como negativo, en primera instancia como en vía de recurso. El artículo 44 en su apartado 2 señalaba que para acreditar la eficacia de los actos presuntos es necesario obtener una certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento, la cual debía ser extendida inexcusablemente en el plazo de veinte días desde que le sea solicitada. No se fijaba un plazo máximo para pedir esta certificación, y si la misma no llegaba a ser expedida por la Administración, el acto presunto sería igualmente eficaz y se podía acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación. Pero si la certificación era expedida o transcurría el plazo para emitirla, el interesado debía interponer el correspondiente recurso para agotar la vía administrativa o el recurso jurisdiccional (visto lo que disponía el artículo 44.5 respecto del cómputo de los plazos para recurrir); si no lo hacía, en principio, podía aplicarse la consecuencia del acto consentido con el efecto de entender inadmisibles el recurso jurisdiccional.

Sobre la naturaleza jurídica de tal certificación, la mayoría de la doctrina consideraba que se trataba de un requisito constitutivo de los actos presuntos, puesto que la Administración podía resolver expresamente hasta que procediera a expedir la certificación. Así, la exposición de motivos de la Ley 4/1999 aclara que:

“se suprime la certificación de actos presuntos que, como es sabido, permitía a la Administración, una vez finalizados los plazos para resolver y antes de expedir la certificación o que transcurriera el plazo para expedirla, dictar un acto administrativo expreso aun cuando resultara contrario a los efectos del silencio ya producido.”

De ahí que también se afirme que la solicitud de la certificación actuaba como una denuncia de la mora, cuyo fundamento estribaría en posibilitar a la Administración un último plazo de veinte días desde que le fue solicitada para resolver sobre el fondo del asunto. Se establecía así un sistema de silencio no automático, que requería un requisito adicional al mero incumplimiento de los plazos.

Para otros autores la certificación no era más que un requisito formal que sólo operaba como condición de eficacia de la resolución presunta con efectos estimatorios o desestimatorios, pero, en todo caso, desde la concepción de que la resolución ya se había producido desde el momento en que la Administración incumplió su obligación de resolver dentro del plazo preestablecido. Para este sector doctrinal se

trata sólo de un requisito formal porque el acto presunto existe y es válido desde que transcurre el plazo sin necesidad de solicitar y obtener expresa o tácitamente la certificación del artículo 44; así se deduciría del artículo 43.1, que literalmente señalaba que si venciese el plazo de resolución se producirán los efectos jurídicos que se establecen en este artículo, que son ya los propios del acto presunto estimatorio o en su caso desestimatorio; y del artículo 44.2, que vinculaba expresamente la certificación sólo a la eficacia pero no a la validez de los actos presuntos.

En cualquier caso, la polémica deviene estéril tras la reforma operada por la Ley 4/1999, en cuya exposición de motivos se anuncian los rasgos esenciales del nuevo régimen:

a) "No podemos olvidar 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 que diseña la propia Ley. 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 legalmente impuestas."

Es decir, la falta de respuesta por la Administración es una situación ilegal que debe evitarse y, lo que es más importante, nunca puede causar perjuicios al ciudadano.

b) Se prevé como regla general el silencio positivo, exceptuándose sólo cuando una norma con rango de ley o norma comunitaria establezca lo contrario, si bien "se exceptúan de la regla general de silencio positivo lógicamente los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, los de revisión de actos administrativos y disposiciones generales, los iniciados de oficio y los procedimientos de los que pudieran derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público".

c) "el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley."

d) "Se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito."

e) "Se trata de regular esta capital institución del procedimiento administrativo de forma equilibrada y razonable, por lo que se suprime la certificación de actos presuntos."

4. Regulación vigente

Como vemos, la Ley 4/1999, de 13 de enero, recupera la distinción entre silencio negativo como presupuesto procesal y silencio positivo como equiparado a un acto administrativo favorable o declarativo de derechos. Desaparece por tanto la equívoca expresión "acto presunto" que utilizaba la originaria redacción de la Ley 30/1992 para referirse tanto al silencio positivo como al negativo. Las *reglas básicas* de la reforma, que configuran ahora la institución del silencio administrativo, son las siguientes:

a) Se establece la obligación de la Administración no sólo de dictar resolución expresa en todos los procedimientos sino también de notificarla dentro de los plazos máximos que indica el apartado 2 del artículo 42 de la LRJPAC.

Hay que advertir, por tanto, que tras la Ley 4/1999 estamos ante una obligación no sólo de resolver sino también de notificar dentro del plazo máximo. De tal forma que si expirado el plazo máximo no se ha procedido a notificar, deberá entenderse producido, como veremos, el silencio administrativo. Pero no olvidemos que se prevén supuestos de suspensión de los plazos máximos en el artículo 42.5.

Tales plazos máximos para notificar la resolución expresa serán los fijados por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, y no podrán exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

b) Además, la Administración debe comunicar a los interesados de forma individualizada los plazos de resolución y notificación y los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Así lo establece el artículo 42.4, en cuyo primer párrafo se dice que las administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo. Y el segundo párrafo añade que:

"En todo caso, las administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente."

Se refuerza así, por tanto, el derecho de información de los ciudadanos mediante una comunicación a la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina constitucional han prestado especial atención, como veremos.

c) Se acoge un sistema de “silencio automático”, cuya efectividad no exige ningún requisito adicional al mero incumplimiento del plazo para resolver y notificar.

Así, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, indica el artículo 43.1 que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 del mismo precepto. Y el apartado 5 precisa que los actos producidos por silencio administrativo, que se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, *producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido*, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver (certificado que ya no tiene el valor que en la redacción originaria se le reconocía).

d) Se establece como regla general que rige en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados el efecto estimatorio del silencio administrativo, esto es, el silencio positivo como cláusula general (artículo 43), con las excepciones que recoge dicho precepto, a saber: los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, casos todos ellos en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, se permite excepcionar la regla general de silencio positivo mediante ley o norma de Derecho Comunitario europeo (se evita así que por vía reglamentaria se excepcione la regla general del silencio positivo).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Ley general tributaria (Ley 58/2003), a diferencia del citado artículo 43.2, no exige que los casos de silencio negativo hayan de estar previstos en una norma con rango de ley, sino que se remite con carácter general a lo que dispongan las normas que regulan cada procedimiento, con independencia del rango que tengan éstas, por lo que el efecto negativo del silencio en los supuestos contemplados en el apartado 1 de la

disposición adicional primera del Real decreto 1065/2007, de 27 de julio, encuentra amparo legal.

e) El silencio administrativo positivo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, es decir, agota *per se* la vía administrativa determinando la finalización del procedimiento administrativo. En tanto que el silencio negativo tiene los “solos” efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (artículo 43.3).

f) Subsiste, como se ha dicho, la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, pero queda vinculada por el efecto del silencio si éste es positivo: dice el artículo 43.4 que la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el artículo 42.1 se sujetará al siguiente régimen: 1º) en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo; 2º) en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

g) Por último, el artículo 44 regula la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio, supuestos en los que, dice la norma, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: si el resultado es favorable para los interesados, derivándose el reconocimiento o la constitución de derechos, el silencio tendrá efecto negativo, pero si se trata de procedimientos en los que se ejercite la potestad sancionadora o en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad y el consiguiente archivo de las actuaciones.

5. Algunas consideraciones sobre el silencio negativo

La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene un origen y una funcionalidad estrechamente ligadas a la configuración del recurso contencioso-administrativo en cuanto proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión a posteriori. Para evitar la quiebra o disfunción que este planteamiento suscita por principio, cual es la eventualidad de que la Administración pueda eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva, privando así al particular de toda garantía judicial, surgió la técnica del silencio administrativo como garantía del ciudadano: pasado un cierto plazo sin que la Admi-

nistración se pronuncie expresamente, la ley presume que la pretensión del particular ha sido denegada, lo cual permite a éste promover contra esta denegación presunta los correspondientes recursos jurisdiccionales. La técnica se instauró en Francia por una ley de 1900 y se introdujo en España, como sabemos, por los estatutos locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, luego por la Ley municipal republicana de 1935 y, más tarde, por la Ley de 18 de marzo de 1944, para ser generalizada su regulación por la LJCA de 1956.

Su correcta configuración no es, como hemos visto, la de un acto presunto producido el cual el particular debe acudir en el plazo legal a la vía jurisdiccional so pena de ver precluida la oportunidad de recurrir por aplicación de la doctrina del acto consentido. El silencio negativo es, ya se ha dicho, una ficción legal de efectos exclusivamente procesales: no es un verdadero acto administrativo en sentido desestimatorio, sino precisamente lo contrario, la ausencia de acto, la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, que no admite un proceso de interpretación destinado a averiguar el sentido de una voluntad que no existe.

Es válido mantener, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, que el silencio negativo es una ficción legal que sirve únicamente para abrir la posibilidad de que el interesado espere la resolución expresa, o bien interponga el recurso procedente, o bien recuerde a la Administración el incumplimiento de su obligación de resolver y la necesidad de hacerlo.

Conforme al artículo 43.2, el silencio será desestimatorio o negativo tratándose de procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones; no obstante, cuando el recurso de alzada se hubiera interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si llegado el plazo de resolución el órgano competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

Con respecto a este último inciso vemos, por tanto, que existe una excepción a la regla general de entender desestimada la resolución de los recursos administrativos cuando éstos no se resuelven en plazo, excepción que puede parecer una sanción a la Administración que incumple su deber de resolver hasta en los casos en los que el acto producido por silencio tiene carácter desestimatorio. La doctrina se ha planteado la eventualidad de que esta excepción pueda verse, a su vez, excepcionada por el artículo 43.2.b) si la estimación de la solicitud tuviera como

consecuencia que se transfiera al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, solución esta última que parecería coherente con el espíritu de la norma, que previene una denegación, *ratione materiae*, de todas las solicitudes que produzcan tales efectos, si bien de la propia redacción del artículo 43, en su interpretación literal, se desprende que si se trata de un órgano cuyos actos no ponen fin a la vía administrativa habrá que interponer un recurso de alzada ante el superior jerárquico en los términos de los artículos 114 y 115. Interpuesto el recurso pueden pasar dos cosas: que la Administración conteste al recurso o que no conteste. En el primer caso, si la respuesta sigue siendo negativa, se podrá ir ya a la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo normal de dos meses (artículo 46 de la Ley 29/1998); y, en el segundo caso, si la Administración no contesta en el plazo de tres meses, estamos en presencia del supuesto del silencio administrativo en vía de recurso de alzada, que por excepción tiene efectos positivos (último párrafo del artículo 43.2), esto es, se transforma la inicial negativa en una estimación del recurso que es tanto como decir de la primitiva solicitud.

Por lo que respecta al límite del dominio público a la aplicación del silencio positivo, se plantea el problema de si debe excluirse necesariamente del régimen de silencio positivo todo tipo de solicitudes que versen sobre el dominio público. La norma, como se ha visto, excluye la *transferencia* por silencio positivo de facultades relativas al dominio público. Serán intransferibles, por tanto, a través de la técnica del silencio positivo, las facultades que impliquen una libre utilización pública y gratuita de los bienes, las que afectan al uso o afectación del bien, usos privativos o anormales... Igualmente, por lo que respecta al servicio público cabe plantearse si todo tipo de actividad relacionada con el servicio público está excluida del ámbito de aplicación del silencio positivo. Lo que caracteriza esencialmente tal exclusión es impedir la transferencia de facultades o poderes públicos a los particulares; es decir, evitar el traspaso a manos privadas de una esfera de poder propia de la Administración pública. No debe excluirse por tanto cualquier situación referida al servicio público sino aquellos supuestos en los que sobre el particular puedan recaer tales poderes.

Por otro lado, no debe olvidarse que la propia Ley 30/1992 establece en otros preceptos diversos supuestos de silencio negativo por falta de resolución en plazo; así, en el artículo 119.3, en relación con los recursos extraordinarios de revisión; artículos 124.2 y 125.2, relativos a las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales, y artículo 142.7, en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Y recordemos la previsión del artículo 43.4.b): en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio, de modo que, como anuncia la exposición de motivos de la Ley 4/1999, si la resolución tardía da la razón al ciudadano, *se evitará el pleito*.

6. Ciertas cuestiones acerca del silencio positivo

Como hemos visto, se ha producido una generalización de la solución estimatoria por silencio administrativo, que se inicia con motivo de una Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas, 90/246/CEE, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los estados miembros (DOCE 141, de 2 de junio de 1990), en la cual se recomienda la “d) sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración, transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud”.

6.1. El ámbito del silencio positivo como acto administrativo

El silencio positivo, apunta García de Enterría, tiene un sentido y una funcionalidad radicalmente diferentes al negativo. En su versión positiva o estimatoria se trata de una técnica material de intervención policial o de tutela que viene a aligerar la exigencia de obtener autorización o aprobación administrativa para una determinada actividad. En rigor, el silencio positivo sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado. Puede decirse por tanto que el silencio positivo es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye, y así lo ha entendido la jurisprudencia al declarar que no cabe aceptar, en principio, que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido a favor del particular por el transcurso del plazo de silencio, solución que viene a coincidir con la vigente regulación del silencio administrativo positivo, como se ha visto. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se ha considerado como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho (en este sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 8 de junio de

1961, 23 de noviembre de 1962, 3 de octubre de 1963, 23 de octubre y 3 de noviembre de 1964).

6.2. El silencio administrativo positivo *contra legem*

El problema que plantea el silencio positivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida por aplicación de esta técnica en aquellos supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular no es conforme a Derecho. Se han propuesto tres posibles soluciones: a) la primera, más radical, consiste en entender autorizado o aprobado en sus propios términos el proyecto presentado; b) la segunda consiste en limitar los efectos autorizatorios o aprobatorios del silencio positivo a lo que, según la ley, es posible autorizar o aprobar, y c) la tercera remite a una modulación de los efectos del silencio positivo en función de la clase de defectos del proyecto de base.

La primera solución tiene a su favor la lógica estricta de la institución: el silencio positivo sustituye al acto expreso a todos los efectos, es un verdadero acto en sí mismo y un acto de aprobación o autorización plenas del proyecto concreto presentado por la persona promotora del expediente. Pero puede oponerse a esta tesis que 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 establecido 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. El silencio positivo suple, en efecto, al acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. En esta línea se pronunciaron las STS de 3 de octubre de 1963, 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1964, según las cuales “el silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad, ni esponja que limpie de los vicios y defectos contenidos en la esencia misma del acto”. En el mismo sentido, las STS de 31 de octubre de 1963 y 18 de marzo de 1970, en las que se llama la atención sobre el “gran detenimiento y escrúpulo que hay que observar en orden a la interpretación del silencio administrativo en su aspecto positivo, ya que confiere unos derechos a los administrados que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocérseles y así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración, sino una garantía para los particulares. No puede admitirse que tal silencio positivo prospere cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a la Ley”.

La segunda solución tiene el inconveniente de la inseguridad jurídica (pues ¿cómo determinar los límites de la legalidad aplicable?) y la tercera, quizá la más razonable, admitiría el principio de la irrevocabilidad de la autorización o aprobación ganada por silencio positivo, pero con la salvedad de que el silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho. En otras palabras, con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitada en los términos del proyecto presentado, a menos que esa autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, en cuyo caso el mecanismo del silencio no puede servir para justificarlas. A esta solución apuntaba la STS de 24 de diciembre de 1964:

“el automatismo de aplicación del silencio administrativo positivo, [...], debe ceder ante la comprobación de la existencia de vicios esenciales de tramitación anteriores [...]; el reconocimiento de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía a la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales.”

Esta solución fue acogida explícitamente por la STS de 2 de abril de 1975, que declaró que únicamente queda impedido el efecto aprobatorio del silencio en “los supuestos en que el acto expreso no hubiera podido pronunciarse por razones de competencia y procedimiento, presupuestos básicos de todo acto, es decir, supuestos en que acaso no hubiera podido ni siquiera hablarse de existencia del acto”. En consecuencia, cualquier otro vicio facultaría en su caso a la Administración para promover el procedimiento de revisión de oficio de la aprobación por silencio, pero no para desconocer este efecto.

Como se ve, el problema que el silencio positivo plantea es en qué medida otorga seguridad jurídica al ciudadano; o sea, si la Administración en casos de ilegalidad puede considerar que el silencio no se ha producido o bien, por el contrario, debe considerar que existe un supuesto de nulidad de pleno derecho que debe eliminarse a través de la vía de revisión de oficio. En esta última línea, de asegurar la aplicación del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos a los supuestos de silencio positivo, encontramos la tipificación del supuesto de nulidad de pleno derecho en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, que declara la nulidad de pleno derecho de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. El precepto, que viene a ser respuesta a una problemática histórica en relación con las licencias urbanísticas en las que se producía el silencio administrativo

positivo *contra legem*, puede entenderse que altera sustancialmente el planteamiento jurisprudencial que estaba presente en la tesis de la “esponja”, antes transcrita. Así es, o así parece ser, porque la tipificación de este supuesto de nulidad conduce a estimar que el silencio positivo se ha producido y como tal producirá sus efectos jurídicos hasta que se reaccione contra el mismo, declarándose la nulidad. La consecuencia es que se habrá de proceder a eliminar la situación ilegal no con una mera revocación sino instando un procedimiento formalizado dirigido especialmente a erradicar este vicio del ordenamiento jurídico.

Refuerza lo dicho el hecho de que este nuevo supuesto de nulidad está pensado, en efecto, para el silencio positivo: la referencia que hace el artículo 62.1.f) a los “actos presuntos” lo es a los actos administrativos producidos por silencio administrativo, pues así lo evidencia la exposición de motivos de la Ley 30/1992 (apartado 9) al explicar que la introducción de este nuevo supuesto de nulidad de pleno derecho complementa el régimen del silencio administrativo:

“Lógicamente, la citada regulación [del silencio administrativo] se complementa con la inclusión posterior, como supuesto de nulidad de pleno derecho, de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

6.3. La postura del Tribunal Supremo: STS de 27 de abril de 2007

La STS de 27 de abril de 2007 viene a propósito porque analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/1999, rechazando la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido, y resaltando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a derecho.

Comienza señalando esta sentencia que, en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio, como resalta la exposición de motivos de dicha Ley reformadora. Cierto es que aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su artículo 62.1.f) establece que los actos de las administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de “actos expresos o presuntos

contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Ahora bien –puntualiza la sentencia–, este precepto no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el artículo 43.4.a) de la misma Ley reformada por la Ley 4/1999, que establece que “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”. Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del artículo 62.1.f), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad que está vedada por el artículo 43.4.a), sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 102.1 de la citada Ley 30/1992.

La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del artículo 62.1.f), es no sólo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo.

6.4. El silencio positivo en la contratación

Recientemente se ha dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Pleno del Tribunal Supremo la *sentencia de 28 de febrero de 2007*, EDJ 2007/13441, en la que se aborda una cuestión de carácter general que, sin embargo, se está suscitando con frecuencia en el ámbito de las relaciones contractuales: el de los efectos que hay que atribuir a una petición de pago de intereses de demora deducida por un contratista a la Administración, y no resuelta en el plazo de tres meses.

El supuesto de hecho es el siguiente: una unión temporal de empresas que había realizado determinadas obras no incluidas en el proyecto que le fue adjudicado pero que podía considerarse consecuencia necesaria del mismo obtuvo de la Administración el pago de su importe. Una vez recibido el mismo, y como quiera que las obras se habían terminado varios años antes, solicitó de la Administración el abono de los intereses de demora, sin que la Administración resolviera de forma expresa dicha petición, y entendiendo que dicha

petición podía considerarse estimada por silencio, conforme al artículo 43.2 de la Ley 30/1992, la UTE pidió a la Administración la ejecución de ese acto firme de reconocimiento de la petición de intereses, conforme a lo previsto en el artículo 29.2 de la LJ. La Audiencia Nacional estimó el recurso, argumentando que la petición de intereses no resuelta de forma expresa por la Administración conduce a la aplicación del artículo 43 de la Ley 30/1992, que determina que el interesado pueda considerar estimada su petición por silencio administrativo.

Los argumentos de la sentencia están contenidos en su fundamento jurídico cuarto:

“Para analizar y resolver tal cuestión, es obligado acudir a las normas que regulan en nuestro ordenamiento el silencio, esto es, los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, EDL 1992/17271, que, en su redacción tras la Ley 4/1999, y teniendo en cuenta que es el artículo 43 citado el que regula el silencio positivo y que el artículo 44 es el que regula el silencio negativo.

“Y a este respecto, como mientras el artículo 43 inicia su exposición con la frase silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y el artículo 44 la inicia con la frase falta de resolución en procedimientos iniciados de oficio, es claro que la primera cuestión a valorar es la relativa a si el procedimiento de autos se inició o no a solicitud del interesado.

“A lo anterior conviene agregar, por una parte, que el procedimiento de contratación, o mejor contrato de obras, en las distintas normas, que se han sucedido y lo han regulado, Ley 13/1995, de 18 de mayo, EDL 1995/14148, Reglamento general de contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, EDL 1975/2081, y Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, establecen entre los dos contratantes, Administración y particular, desde que se ha aprobado la oferta, y se ha adjudicado el contrato, un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, relativas, entre otros:

“a) A la realización de obra en las condiciones pactadas.

“b) A los incumplimientos y sus efectos tanto si son de la Administración, como del contratista.

“c) A la obligación y abono del precio de la obra.

“d) Al derecho al percibo de intereses por parte del contratista y a la obligación de la Administración de abonarlos, desde las fechas expresamente previstas, dos meses desde la realización de las obras, artículo 99 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, EDL 2000/83354, seis meses desde la recepción, artículo 149 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, EDL 1995/14148 [...] y desde los nueve meses siguientes a la fecha de la recepción provisional, artículo 172 del Reglamento de contratación.

“e) A la revisión de precios en las condiciones expresamente previstas.

“f) Regulando la disposición transitoria sexta del Real decreto legislativo 2/2000, EDL 2000/83354, los efectos de la falta de pago por la Administración, y por otra, que esta Sala del Tribunal Supremo, completando la regulación establecida y resolviendo los casos puntuales que, en la relación contratista-Administración, han ido surgiendo, ha declarado entre otras:

“a) Que el contratista tiene derecho a intereses tras la recepción de las obras por la Administración a pesar de que no se hubiese documentado el acta de recepción provisional, que exige el artículo 172 citado, aplicando la doctrina de que hubo en el caso enjuiciado recepción tácita, sentencia de 13 de febrero de 2007, recaída en el recurso de casación 4224/2004.

“b) Que el contratista tiene derecho al abono del importe de las obras y del beneficio industrial, a pesar de que se trataba de obras fuera del contrato y no previstas por tanto en el mismo, cuando la Administración las conoció y aceptó, sentencia de 22 de octubre de 1997 y de 11 de mayo de 2004.

“c) Que cuando se trata de obras realizadas fuera del contrato, aunque a consecuencia del mismo los intereses a que el contratista tiene derecho y la Administración está obligada a abonar, no se producen desde la fecha de la realización de las obras ni de su recepción, y sí desde el momento en que la Administración podía hacer el pago, esto es, después de tramitar el expediente de autorización de las obras, de autorización del gasto y de convalidación de las mismas, sentencias de 11 de mayo de 2004 y de 2 de julio de 2004, recaída en el recurso de casación núm. 2341/2000, EDJ 2004/86890.

“Pues bien, a partir de lo anterior y tratándose como se trata aquí de una petición de abono de intereses, respecto al importe de la obra realizada por el contratista, en relación con obras no inicialmente previstas en el contrato y que resultaron necesarias, obligadas, tras la construcción de la variante de la carretera CN-II Madrid a Francia por la Junquera, se ha de estimar que esa petición, cual además alega el Abogado del Estado, no genera el silencio positivo, a que se refiere el artículo 43 de la Ley 30/1992, EDL 1992/17271, 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, y no obsta ello el que fuese el interesado el que solicitara los intereses, pues la Ley, artículo 43, no se refiere a peticiones o reclamaciones a instancia del interesado y sí a procedimientos iniciados a instancia del interesado, y en el caso de autos, el procedimiento estaba ya iniciado de oficio, y es en ese procedimiento en el que se formula la petición o reclamación.

“Sin olvidar, además, que esa petición de abono de intereses no se puede aislar del procedimiento en el que se inserta, pues es en ese procedimiento ya iniciado de oficio en el que se reconocen y aparecen los datos a partir de los que se han de concretar los intereses, de forma tal que, sin valorar y conocer esos antecedentes que obran en el expediente iniciado de oficio por la Administración, no se puede saber si el interesado tenía o no derecho a intereses, ni menos el concretar cuáles eran éstos, ni desde qué fecha se habían de computar, en su caso.

“La tesis de la sentencia de instancia parte de una apreciación que esta Sala considera equivocada, la de considerar que cualquier petición del administrado da lugar o debe dar lugar a ‘un procedimiento iniciado a solicitud del interesado’, de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido por resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, EDL 1992/17271 (LPAC).

“La LPAC llevó a cabo una diferencia sustancial en la regulación del sentido del silencio que contenía la Ley de procedimiento administrativo, EDL 1992/17271, de 17 de julio de 1958 (LPA), de cuyo examen procede sin embargo comenzar para alcanzar una recta interpretación del artículo 43 de la LPAC. Porque el supuesto del artículo 94 de la LPA, EDL 1992/17271, 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 a 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, EDL 1992/17271, se refiere al silencio positivo se limitan los supuestos en que ello puede suceder; cuando se establece 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 LPAC, 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. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o

menos formalizados; los dos primeros sin duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, 'solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa', porque esa normativa de aplicación no podía ser otra sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión.

"Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo 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 3ª de la LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios reales decretos de adecuación, hasta llegar a la resolución de la 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.

"Esta resolución se publica en el BOE de 10 de abril de 1996 y en dos suplementos de 190 páginas que en total contienen los procedimientos existentes en el ámbito de la Administración General del Estado, indicando, entre otras cosas, el plazo para su resolución y los efectos del silencio.

"Y ésta es la situación con que se encontró el legislador en la reforma de la LPAC de 1999.

"La exposición de motivos de la Ley 4/1999 parte de esa relación de procedimientos, porque se refiere a los aproximadamente dos mil procedimientos existentes en la actualidad. El escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados. La exposición de motivos habla de la necesidad de simplificación de ese conjunto de procedimientos, lo que se plasma en la disposición adicional 1.1 de la Ley.

"Asimismo en la disposición adicional 1ª.2 se ordena al Gobierno la adaptación de los procedimientos existente al sentido del silencio establecido en la Ley. Y la disposición adicional 29 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y de orden social, en su anexo II contiene una relación de procedimientos en los que el silencio opera en sentido desestimatorio.

"Para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica. A diferencia de la

LPA, que aplicaba el silencio negativo a las peticiones, cualesquiera que éstas fueren.

"La LPAC establece como regla el silencio positivo, pero parte de que esa ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados, como resulta de lo más atrás expuesto y también del artículo 42.2 que, cuando habla de la obligación de resolver, advierte que ha de resolverse en el plazo 'fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento' ha de haber un procedimiento derivado específicamente de una norma fija, y del 42.5, que manda a las administraciones públicas que publiquen y mantengan actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

"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 estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento.

"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.

"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 la consecuencia del silencio para el administrado, según el artículo 42 de la LPAC, se podrían considerar desestimadas sus solicitudes.

"Además de lo anterior se ha significar que esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 2006, recaída en el recurso de casación núm. 2354/2003, EDJ 2006/43052, ha declarado, respecto a una petición de abono de parte de una subvención y de sus intereses, que esa petición no se podía aislar, ni considerar independiente de todo el expediente de subvención en el que la misma se insertaba, y si bien es cierto que en ese supuesto no se valoró la aplicación de la normativa del silencio positivo, lo fue porque en la fecha de los hechos no era aplicable la Ley 4/1999, y se ha de significar que esa declaración, sobre que la petición de subvención no se podía aislar del procedimiento en el que estaba inserta, constituye en buena medida un precedente, cuando menos por analogía, para el supuesto de autos, en el que se trata, como se ha visto, de una petición de abono de intereses del importe de una obra, que fue objeto del oportuno expediente y

que estaba obviamente inserta en el procedimiento contractual.”

7. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los supuestos de silencio administrativo negativo

7.1 Planteamiento doctrinal

Con la reconsideración, por la Ley 4/1999, del silencio negativo como mera ficción legal se ha cuestionado la vigencia del plazo preclusivo para recurrir en vía jurisdiccional el acto producido por silencio administrativo, plazo que señala el artículo 46.1 de la LJCA, vigente tras la reforma, que establece que:

“El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”

La cuestión cobró especial relevancia a raíz de un auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 1999, en el que el tribunal entendió que la reforma operada por la Ley 4/1999 derogaba implícitamente el artículo 46.1 de la LJCA en cuanto dicho precepto fija un plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, porque la naturaleza de simple ficción del silencio negativo deja abierta la vía de impugnación ulterior, incompatible con la fijación de un plazo para recurrir, que debe quedar abierto hasta la notificación de la resolución expresa. La tesis fue elogiada por algunos autores, entre otros, García de Enterría (en la REDA, núm. 105, enero-marzo de 2000, p. 127 y ss., “La inexistencia del plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la LJCA de 1998”), argumentando que el silencio negativo que intenta proteger la posición del ciudadano no puede convertirse en un beneficio para la Administración y en una espera y grave carga para él; que lo más que podría llegar a considerarse el silencio negativo es su equiparación a una notificación defectuosa; y que la incompatibilidad entre la regulación del silencio por la Ley 4/1999, considerando a esta técnica como una simple facultad del interesado y no como un modo de actuar de la Administración, y la que resultaba de la LJCA, resulta palmaria con la consecuencia de la derogación, por aplicación de las reglas del concurso de normas.

Para otros autores, como González Pérez, sin embargo, esta tesis es objetable, porque colisiona con la vigencia de los artículos 115 y 117 de la Ley 30/1992 según redacción dada, precisamente, por la Ley 4/1999. El artículo 115 establece los plazos para interponer el recurso de alzada indicando que si el acto no fuera expreso, el plazo será de tres meses y se contará para el solicitante y otros posibles interesados a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo, y el artículo 117 marca los plazos para el recurso potestativo de reposición distinguiendo si el acto es expreso o no lo es. De este modo, y aunque la Ley 4/1999 configura el silencio negativo como una simple ficción legal, regulando tales preceptos el plazo para interponer el recurso en vía administrativa en términos idénticos al artículo 46.1 de la LJCA, y añadiendo, además, el inciso tercero del artículo 115.1 de la LPAC que “transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso la resolución será firme a todos los efectos”, mal puede sostenerse la derogación de aquella norma. Lo que parece fuera de duda, se concluye desde esta postura, es que al existir un plazo en relación con el acto presunto no será admisible incoar un proceso transcurrido dicho plazo: no tiene sentido fijar un plazo si luego va a quedar abierta indefinidamente la posibilidad de incoar el proceso, en cualquier momento, a voluntad del legitimado como demandante.

Otros autores, como Morillo Velarde, se suman a esta línea rechazando la clásica proposición de que como la desestimación por silencio no comporta acto administrativo no cabe la posibilidad de que adquiera firmeza. Con esta tesis, se razona, lo único que se hace es negar la evidencia, pues, sea o no acto la desestimación presunta, no cabe desconocer que tanto los recursos administrativos como el contencioso-administrativo contra desestimaciones o estimaciones presuntas están sometidos a plazo. Añade dicho autor que para que quede más claro lo consciente que es el legislador al establecerlos, se trata de plazos especiales, más largos que los ordinarios y, además, en el caso del recurso contencioso-administrativo, se prevé como causa de inadmisibilidad que el recurso se presente fuera de plazo –artículo 69.e) de la LJCA– sin que se contemple excepción alguna respecto de los actos presuntos.

Se ha advertido (así el magistrado Macías Castaño, J.M., *vid.* la obra citada en el epígrafe de bibliografía), que la jurisprudencia constitucional (a la que haremos referencia seguidamente) en ningún momento afirma que sea contrario a la Constitución el establecimiento de un plazo en situaciones de silencio, sino que lo que realiza es una interpretación del *dies a quo* del plazo sobre la base de que por la Administración no se ha informado del régimen de recur-

sos; y que el cumplimiento por la Administración de la obligación que impone el artículo 42.4.2 de la LRJPAC comportará que el silencio no pueda equipararse a una notificación defectuosa. Desde esta interpretación cabrían dos supuestos: en el primero, si la Administración incumple la obligación prevista por el artículo 42.4.2 y además incumple la obligación de resolver y notificar dentro del plazo máximo, en tal situación el silencio debe equipararse plenamente a una notificación defectuosa y, por tanto, no ha comenzado el plazo de interposición de un recurso o *dies a quo*, quedando abierto indefinidamente el plazo. En el segundo supuesto, si la Administración ha cumplido la obligación prevista en el artículo 42.4.2 pero no ha resuelto y notificado dentro del plazo máximo establecido, comenzaría el cómputo de seis meses previsto en el artículo 46.1 de la LJCA.

Pero esta tesis (como señala Aguado) parte de una premisa discutible como es la equiparación entre la comunicación del artículo 42.4.2 y la notificación de un acto expreso del artículo 58.2 de la LRJPAC. La finalidad de la notificación es proporcionar información suficiente, al finalizar el procedimiento, para que la persona interesada pueda conocer el contenido de la decisión y recurrirla en caso de disconformidad. En tanto que la obligación del artículo 42.4.2 tiene como finalidad la de proporcionar, al inicio del procedimiento, información sobre la obligación de resolver de la Administración y de los efectos del silencio ya sea positivo o negativo, pero no sobre el régimen de recursos procedentes en caso de silencio administrativo. Para este autor la notificación al interesado de la comunicación del artículo 42.4.2 no permite que comience el cómputo de seis meses una vez se ha producido el silencio administrativo. El artículo 46.1 *in fine* de la LJCA debe interpretarse de conformidad con el artículo 58.3 de la LRJPAC; por consiguiente, no es que aquel precepto haya quedado derogado por la Ley 4/1999, como afirma un sector doctrinal, sino que el plazo de seis meses para interponer el recurso en los supuestos de silencio negativo únicamente puede comenzar a contarse desde que la persona interesada realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

Pero veamos cuál es la postura del Tribunal Constitucional.

7.2. La doctrina del Tribunal Constitucional

1. El posicionamiento del Tribunal Constitucional acerca del silencio administrativo y su incidencia en el plazo para acudir a la vía jurisdiccional se resume en la reciente STC 14/2006, de 16 de enero, de singular

importancia porque en ella el Tribunal Constitucional actualiza la doctrina en esta materia a la vista de la vigente regulación del silencio administrativo a partir de la Ley 4/1999, doctrina actualizada o adaptada que luego será reiterada por sentencias posteriores.

2. La doctrina constitucional arranca con la STC 6/1986, de 21 de enero, que es la primera que declara la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva producida por resoluciones judiciales que inadmiten recursos contencioso-administrativos formulados frente al silencio negativo de la Administración una vez transcurrido el plazo legal (el que establecía el artículo 58.2 de la LJCA de 1956). Esta STC califica el silencio administrativo de carácter negativo como una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda llegar a la vía jurisdiccional, declarando que no es razonable una interpretación de la legalidad que prime la inactividad de la Administración, porque la coloca en mejor posición que si hubiese cumplido con su deber de resolver expresamente y hubiera realizado la notificación con todos los requisitos legales. El Tribunal Constitucional opta entonces por equiparar estos supuestos de silencio negativo con las notificaciones defectuosas que regulaba el artículo 79 de la LPA de 1958, las cuales no surten efecto hasta que el interesado hiciese alguna manifestación expresa de conocimiento del acto o interpusiera el recurso pertinente contra el mismo, o bien una vez transcurridos seis meses de las notificaciones practicadas que contenían el texto íntegro del acto pero adolecían de la falta de otros requisitos, como la indicación de los recursos procedentes, el plazo de interposición, etc. (artículo 79.4 de la LPA de 1958).

Dice esta sentencia que:

“El silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; de ahí que, si bien en estos casos puede entenderse que el particular para poder optar por utilizar la vía de recurso ha de conocer el valor del silencio y el momento en que se produce la desestimación presunta, no puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. En estos casos puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación presunta por razón de la ficción legal–, pero no los demás extremos que deben constar en la notificación, dado que el legislador no lo estima así ni en el caso de notificación expresa en que consta el contenido íntegro del acto, en cuyo supuesto el artículo 79.3 y 4 de la Ley de

procedimiento administrativo determina el régimen aplicable.

“En el presente caso, como hemos indicado, no puede calificarse de razonable –y menos aún de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental– una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales; puede, en cambio, responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa –incluso si se quiere a una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto–, y es claro que en este caso no existe la causa de inadmisibilidad aplicada por la sentencia.”

3. Poco después, la STC 204/1987, de 21 de diciembre, precisaba que la equiparación del silencio administrativo lo es con la notificación defectuosa que no contiene el texto íntegro del acto, rechazando así la aplicación del artículo 79.4 de la LPA de 1958 (que establecía el plazo de seis meses para recurrir). De este modo, el plazo para recurrir el acto producido por silencio administrativo negativo no empieza a correr hasta que el interesado realice alguna manifestación de conocimiento de la desestimación o interpone el recurso contencioso-administrativo.

4. Otro grupo de STC otorgan el amparo en supuestos en los que la inadmisión del recurso por parte de los tribunales se fundaba en que el recurrente no había agotado la vía administrativa previa frente a una desestimación presunta, ya que no había solicitado el certificado de acto presunto que exigía la Ley 30/1992 en su redacción originaria, antes de la reforma operada por la Ley 4/1999. En este sentido resuelven las STC 3/2001, de 15 de enero, 184/2004, de 2 de noviembre, y 73/2005, de 4 de abril, rechazando tal interpretación por rigorista y claramente desproporcionada, puesto que el silencio administrativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, una vez agotados los recursos administrativos pertinentes, acceder a la jurisdicción superando los efectos de la inactividad de la Administración, sin que tal inactividad pueda colocarla en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver.

5. La STC 220/2003, de 15 de diciembre, al igual que la 204/1987, de 21 de diciembre, y la 188/2003, de 27 de octubre, se refiere a un supuesto en que la Administración tributaria giró una liquidación complementaria que fue recurrida en reposición sin que la Administración resolviera expresamente, y pasado un tiempo se notificó al recurrente la providencia de apremio relativa a la falta de pago de tal liquidación complementaria. El Tribunal Constitucional entiende que el acto expreso de ejecución (la providencia de apremio)

constituye “una reiteración del acto resolutorio del que trae causa, que no puede entenderse consentido y, en consecuencia, reabre los plazos legales de impugnación también de dicho acto resolutorio”.

Declara la citada STC 220/2003 que:

“sobre el tema que nos ocupa hemos declarado, en reiteradas ocasiones, que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, pues este deber entronca con la cláusula del Estado de derecho (artículo 1.1 de la CE), así como con los valores que proclaman los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 de la CE (por todas, STC 6/1986, de 21 de enero, F 3; 204/1987, de 21 de diciembre, F 4; 180/1991, de 23 de septiembre, F 1; 86/1998, de 21 de abril, F 5 y 6; 71/2001, de 26 de marzo, F 4, y 188/2003, de 27 de octubre, F 6). Por este motivo hemos dicho también que el silencio administrativo de carácter negativo se configura como ‘una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración’, de manera que, en estos casos, no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales ‘que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver’ [STC 6/1986, de 21 de enero, F 3; 204/1987, de 21 de diciembre, F 4; 180/1991, de 23 de septiembre, F 1; 294/1994, de 7 de noviembre, F 4; 3/2001, de 15 de enero, F 7, y 179/2003, de 13 de octubre, F 4].” (F 5)

6. De particular importancia nos parece, como ya hemos anunciado al inicio, la STC 14/2006, de 16 de enero, en la que el Tribunal Constitucional confirma y adapta su doctrina a la nueva regulación dada por la Ley 4/1999.

El supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia es el siguiente: las comunidades de propietarios de los edificios Holanda y España-Francia solicitaron al Ayuntamiento de Torreveja que declarase ilegal y anulase la licencia de obras concedida a una constructora, pues la obra proyectada en unos terrenos colindantes con los de las comunidades de propietarios invadía, de hecho, su propiedad. El Ayuntamiento no resolvió expresamente su solicitud ni tampoco cumplió con la obligación de informar a los interesados del plazo máximo para la resolución expresa y del sentido del silencio (artículo 42.4.2 de la Ley 30/1992, con la modificación introducida por la Ley 4/1999). Una vez transcurridos más de nueve meses desde la presentación de la solicitud, los recurrentes formularon un recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de la misma. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Elche declaró el recurso contencioso inadmisibles por extemporáneo, al haber transcurrido el plazo de siete meses que te-

nían los recurrentes para formular el recurso contencioso administrativo (ex artículos 117 de la LRJPAC y 46.1 de la LJCA); dicha sentencia de instancia fue confirmada por la sentencia de 11 de marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El Tribunal Constitucional resume la doctrina elaborada respecto del silencio administrativo en las distintas etapas legislativas y declara:

“Por todas estas razones, procede reafirmar la vigencia de la anterior doctrina contenida en la STC 6/1986, de 21 de enero, y sostener ahora, al igual que entonces, la lesión de la primera manifestación del derecho a la efectividad de la tutela judicial, porque, en el presente caso (y es preciso recordar que la Administración ni resolvió de manera expresa, ni informó a las recurrentes de las consecuencias jurídicas del silencio administrativo negativo, entre ellas, del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo), no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando, como se ha dicho antes, caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio *pro actione* que supone admitir que las notificaciones defectuosas –que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente– puedan surtir efectos ‘a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda’ (artículo 58.3 de la LRJPAC), esto es, sin consideración a plazo alguno.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basa en la doctrina constitucional sobre el acceso a la jurisdicción y el principio *pro actione*, y así mismo en la interpretación del artículo 46.1 de la LJCA de 1998 de forma respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, evitando así el planteamiento de la auto-cuestión de inconstitucionalidad de dicho precepto y la elevación del asunto al Pleno del Tribunal Constitucional (artículo 55.2 de la LOTC) (la postura del Tribunal Constitucional a este respecto es coherente con la doctrina constitucional relativa al principio de conservación de la ley, en virtud de la cual sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma; STC 111/1993, de 25 de marzo; 24/2004, de 24 de febrero, y 131/2006, de 27 de abril).

La citada STC se refiere a la consideración del silencio administrativo, tras la reforma de la Ley 4/1999, como una ficción legal y no ya como acto presunto. Así mismo, en el fundamento 4, el Tribunal Constitucional se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, que resuelve un recurso de casación en interés de ley sobre el artículo 46.1 de la LJCA, acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo e incorporándola a la propia STC 14/2006. Declara el Tribunal Constitucional que los plazos para formular el recurso contencioso-administrativo en supuestos de silencio administrativo negativo no empiezan a correr cuando la Administración haya incumplido, además del deber de resolver expresamente, el deber que le impone el artículo 42.4.2 de la LRJPAC de comunicar a los interesados el plazo establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Esta interpretación sería posible, según la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que el artículo 46.1 de la LJCA se remite a la normativa específica del acto administrativo para determinar cuándo empieza a correr el cómputo de los seis meses.

Como se ve, el Tribunal Constitucional no da el paso de declarar inconstitucional el artículo 46.1 de la LJCA, en cuanto fija plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos ficticios o desestimatorios por silencio administrativo, y esta es la denuncia que motiva el voto particular de dos magistrados. Lo que hace la STC es una interpretación del citado precepto *secundum Constitutionem* para el caso de que la Administración no sólo no haya resuelto expresamente sino que, además, no haya cumplido con el deber previsto en el artículo 42.4.2 de la LRJPAC.

Después de esta STC 14/2006 hay que citar las sentencias 39/2006, de 13 de febrero; 175/2006, de 5 de junio; 186/2006, de 19 de junio; 27/2007, de 12 de febrero, y 64/2007, de 27 de marzo, que confirman la doctrina según la cual, en suma, toda interpretación de someter a plazo el ejercicio de la acción jurisdiccional frente al silencio administrativo es rigorista y contraria a la Constitución.

7. La reciente STC 3/2008, de 21 de enero, se enfrenta al mismo supuesto y ofrece la misma solución. Aquí el particular dedujo una petición a la Administración en febrero de 2001, y ante su silencio la reiteró en abril de 2002. Contra la desestimación por silencio de esta segunda solicitud interpuso un recurso contencioso-administrativo en enero de 2003, que fue estimado en primera instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sin embargo, estimó la apelación al considerar que el recurrente, conforme previene el artículo 46.1 de la LJCA, debió interponer el recurso jurisdiccional en el plazo de seis meses a contar desde la

desestimación por silencio de su primera solicitud, sin que el hecho de que reiterara su reclamación una vez transcurrido ya dicho plazo permita reabrir el plazo para impugnar en vía judicial la nueva desestimación por silencio administrativo.

El STC corrige el criterio del Tribunal Superior de Justicia a partir de la consolidada doctrina que arranca desde la STC 6/1986. Conforme a esta doctrina constitucional, que comienza por subrayar que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración, el Tribunal Constitucional recuerda que: a) frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, y b) deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable –y menos aún con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del artículo 24 de la CE–, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa.

7.3. La doctrina del Tribunal Supremo

1. Por su parte, la STS de 23 de enero de 2004 (que es citada por la STC 14/2006) marca un hito importante, pues supone un cambio de rumbo en la doctrina jurisprudencial que, con anterioridad a la Ley 4/1999, venía aplicando un plazo preclusivo para interponer el recurso jurisdiccional en los casos de silencio negativo.

Esta STS, dictada en recurso de casación en interés de ley y con aplicación de la reforma operada por la Ley 4/1999, viene a declarar la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo. Frente a las alegaciones de la Diputación Provincial de Sevilla contra la sentencia de instancia que había rechazado la inadmisibilidad del recurso, razona el Tribunal Supremo en los siguientes términos:

a) En relación con el argumento de seguridad jurídica, advierte que:

“La Administración no puede ocultar, ni desconocer, que es ella quien genera la situación de inseguridad al no dictar resolución expresa. Tampoco puede olvidar que esa omisión constituye un frontal incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la LRJPAC. Siendo esto así, como lo es, no es de recibo que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento una situación de inseguridad jurídica puede esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada. Hemos dicho de modo reiterado que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones.”

b) Frente a la alegación de infracción del artículo 46.1 de la LJCA de 1998 señala el Tribunal Supremo en esta sentencia que el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 6/1986, 204/1987 y 63/1995, concluyó que la situación de silencio negativo era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 de la LPA de 1958, hoy artículo 58 de la LRJPAC, de manera que la notificación sólo es eficaz desde que se interponga el recurso procedente.

El Tribunal Supremo había mantenido esta doctrina en sentencias de 14 y 26 de enero de 2000 y, dice la STS que comentamos, sigue siendo válida en la actualidad a partir de lo que establece el artículo 42.2.2 de la LRJPAC (que obliga en todo caso a las administraciones públicas a informar a los interesados del plazo que la Administración tiene para resolver y de los efectos del silencio administrativo), que tiene su origen en el artículo 9 de la CE, desarrollado por el legislador precisamente para garantizar la seguridad jurídica:

“La exégesis de ese texto [el artículo 42.4.2], complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr. En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado, resultando improcedente, como hace la sentencia impugnada, la inadmisibilidad alegada.”

Además, indica la STS que, por lo expuesto, el artículo 46.1 de la LJCA, en cuanto se refiere a los actos presuntos, no es aplicable a los supuestos de silencio negativo, que, según la regulación de la Ley 4/1999, quedan configurados como una ficción legal y no como un acto presunto (FJ 4).

2. La STS de 4 de abril de 2005 reitera esta doctrina: recuerda que la extemporaneidad de los recursos

contra las desestimaciones por silencio administrativo no fue una cuestión pacífica bajo la LJCA de 1956, pero a partir de la STS de 23 de enero de 2004 se ha mantenido una interpretación restrictiva del artículo 46.1 de la LJCA de 1998. En el caso que examinó esta STS tampoco se había producido la notificación prevista por el artículo 42.4.2, y basa su decisión en dos argumentaciones: a) la equiparación del silencio administrativo a una notificación defectuosa comporta que “en tanto las administraciones públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere [artículo 42.4.2 de la LRJPAC] los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr”, y b) la remisión que el artículo 46.1 de la LJCA hace al acto presunto no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la LRJPAC configura el silencio negativo como una ficción y no como un acto presunto.

3. La doctrina es reiterada por la STS de 19 de julio de 2006 en un supuesto al que es aplicable la Ley 4/1999. Señala en este caso la citada sentencia que:

“Ello implica que el interesado tiene derecho a reiterar sus peticiones a la Administración para que ésta resuelva expresamente, de manera que, transcurrido el plazo señalado en la Ley para tener por desestimada una solicitud, el interesado tiene expedida la vía para deducir el oportuno recurso administrativo o jurisdiccional, pero también está en su derecho de recabar una decisión expresa de la Administración, que reabrirá la posibilidad de interponer frente a ella el recurso procedente.

“El que la Ley jurisdiccional haya fijado unos plazos para deducir el recurso contencioso-administrativo (artículos 46.1 y 4) frente a los actos presuntos, no exime a la Administración de dictar resolución expresa ni limita el derecho del interesado a recabar de ésta que así se pronuncie, lo que, en definitiva, abre de nuevo el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que a la desestimación por silencio administrativo no cabe aplicarle la teoría del acto consentido y firme, según se deduce de la doctrina recogida en las sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1987 y de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 1998 y 24 de junio de 2000.”

Esa sentencia viene a decir, por tanto, que a) el silencio administrativo no es acto presunto ni tampoco desestimación; b) en tales casos puede reiterarse la petición a la Administración, y c) el plazo de recurso jurisdiccional se abre cada vez que recaba de la Administración una resolución expresa.

De modo que la falta de resolución expresa y notificación dentro del plazo máximo establecido por la Ley, cuando el particular deba entender desestimada su solicitud, provoca que el plazo de recurso siga

abierto, como resulta de la doctrina constitucional antes transcrita. El particular puede optar por: a) interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo, sin esperar a la resolución expresa de la Administración; b) esperar a que la Administración resuelva expresamente, y c) requerir a la Administración para que dicte resolución expresa, reabriendo así un nuevo plazo de recurso.

Podemos concluir que la pauta fundamental para la interpretación y aplicación del nuevo régimen jurídico del silencio administrativo, en los casos en que la Administración incumple su obligación de dictar y notificar la resolución expresa dentro del plazo máximo establecido por la Ley, teniendo en cuenta la doctrina constitucional, es aceptar como premisa su naturaleza de mecanismo de garantía para el ciudadano y su necesaria concepción y asimilación de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) y con el principio *pro actione*, que debe desembocar en la solución más favorable para el acceso del ciudadano a la jurisdicción.

Bibliografía

AGUADO I CUDOLÀ, V. “El silencio administrativo: Proceso evolutivo y claves del régimen actual”, en *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, p. 131 y ss., coordinado por Quintana López, T., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La inexistencia del plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la LJCA de 1998”, REDA, 105, p. 127 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El silencio administrativo y los plazos para incoar procesos en relación al acto presunto”, en la obra colectiva *Organización y procedimientos administrativos*, dirigida por Alenza García y Razquín Lizarraga, libro homenaje al profesor Francisco González Navarro, Thomson Aranzadi.

MACÍAS CASTAÑO, J.M., “El silencio administrativo. Su actual regulación y conflictos procesales”, en *Cuadernos de Derecho Local*, 0, octubre de 2002, p. 67-70.

MORILLO VELARDE. “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”, RAP, 159/2002, p. 87 y ss.

NIETO GARRIDO, E., “Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RAP, 170/2006, p. 191 y ss.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M., “Silencio administrativo y entes locales: Últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, en la obra colectiva *Organización y procedimientos administrativos*, dirigida por Alenza García y Razquín Lizarraga, libro homenaje al profesor Francisco González Navarro, Thomson Aranzadi. ■