

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

A. EZQUERRA HUERVA

El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente

J. M.º GIMENO FELIU

El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública

J. JORDANO FRAGA

La Administración en el Estado ambiental de Derecho

J. TUDELA ARANDA

La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía

173

Madrid
mayo/agosto
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 173,
Madrid, mayo/agosto (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2007 RELATIVA A LA RECLAMACIÓN DE INTERESES DE DEMORA. ¿UNA DRÁSTICA REDUCCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO?

JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2007. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRODUCCIÓN DE UN ACTO PRESUNTO CUANDO SE RECLAMA EL DERECHO AL COBRO DE INTERESES DE DEMORA: A) *Inexistencia de silencio positivo al haberse iniciado el procedimiento de oficio*. B) *Inexistencia de silencio administrativo en los casos en los que no exista un procedimiento formalizado*.—IV. UNA CONSIDERACIÓN PROCESAL. LA REMISIÓN DE LAS ACTUACIONES A LA VÍA DEL ARTÍCULO 29.1 DE LA LEY JURISDICCIONAL.—V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto el comentario de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 28 de febrero de 2007 en la que niega que se pueda obtener por silencio administrativo el reconocimiento del derecho al cobro de los intereses de demora devengados por el retraso en el pago de un contrato ya ejecutado. El Tribunal Supremo funda su sentencia en dos argumentos. Por un lado, sostiene que se trata de un procedimiento iniciado de oficio ya que la reclamación de intereses forma parte del procedimiento contractual. Por otro, entiende que el silencio sólo puede producirse cuando existe un procedimiento singularizado en el que se determine el plazo de producción y los efectos del silencio. Al no existir un procedimiento específico en materia de reconocimiento de intereses de demora, se concluye que no existe silencio administrativo. El comentario critica los dos argumentos utilizados por el Tribunal Supremo y defiende que la reclamación de intereses supone el inicio de un procedimiento a instancia de parte, así como la posible aplicación general de la técnica del silencio en virtud de la aplicación del procedimiento común de la Ley 30/1992.

Palabras clave: intereses de demora; silencio administrativo; procedimiento administrativo.

ABSTRACT

This study is intended to analyse the Sentence passed by the plenary of the Supreme Court on 28th February 2007, in which it is established that the right of recovering late-payment interests, as a result of a delay in the payment of a contract that has already been executed, cannot be obtained by administrative silence. The Supreme Court bases its Sentence in two arguments. On the one hand, it states that it is a proceeding initiated ex officio, as the late-payment interests demand is part of the contractual proceeding. On the other hand, it considers that the administrative silence can only operate when it exists a formalized proceeding in which the deadline for resolving and the effects of the silence are previously established. As it doesn't exist a specific proceeding on the subject of late-payment interests,

it concludes that the administrative silence doesn't operate either. This commentary criticizes the two arguments used by the Supreme Court and defends not only that the demand for late-payment interests means the beginning of a proceeding at the request of the interested party, but also that the general application of the silence technique is possible through the application of the common procedure regulated by Law 30/1992.

Key words: late-payment interests; administrative silence; administrative proceeding.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007, por la que casa la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2003, establece una doctrina sobre la producción del silencio administrativo que, a nuestro entender, supone recrear desde la jurisprudencia el contenido que el legislador dio a esta institución y recortar al mismo tiempo el alcance de la acción de inactividad del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional.

El supuesto de hecho fue el siguiente. Una determinada entidad contratista reclamó a la Administración el pago de una cantidad devengada por la demora en la satisfacción del pago del principal de un contrato. Ante el silencio de la Administración, la entidad reclamante entendió que se le había reconocido su derecho al cobro de intereses en virtud del silencio positivo. A continuación inició la acción de inactividad prevista en el artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional para obtener una sentencia de condena que obligara a la Administración al pago de lo debido.

La Audiencia Nacional, en la sentencia de 25 de octubre de 2003, estimó el recurso contra la inejecución por parte del Ministerio de Fomento del acto firme de reconocimiento del derecho de la reclamante a percibir la cantidad devengada por la demora en el pago del principal de un contrato y, en consecuencia, condenó a la Administración al pago de dicha cantidad.

Recurrida la sentencia de la Audiencia Nacional por el Abogado del Estado, la Sección correspondiente del Tribunal Supremo, dada la trascendencia de las cuestiones jurídicas que se planteaban en el recurso, acordó remitir los autos al Excmo. Sr. Presidente de la Sala a fin de que valorara la conveniencia de someter su conocimiento al Pleno de la Sala Tercera del Supremo.

Asumida la resolución del caso por el Pleno, se dictó sentencia estimatoria del recurso de casación «por no existir el acto firme de reconocimiento a que el recurrente se refiere y en cuya base acciona». La sentencia, de 28 de febrero de 2007, se acompaña de un voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. José Díaz Delgado, al que se adhieren los magistrados Excmos. Sres. Jesús Ernesto Peces Morate, Manuel Campos Sánchez-Bordona y Eduardo Calvo Rojas.

Como hemos de ver, la sentencia niega la existencia de acto firme al negar que la solicitud de pago de los intereses de demora pueda dar lugar a un acto presunto en virtud de la figura del silencio positivo. Por tanto, no existía el acto firme que da lugar a la acción del artículo 29.2 de la Ley 29/1998.

Para llegar a esta conclusión se utilizan dos argumentos acumulativos. Por

un lado, se afirma que la reclamación del pago de intereses no supone el inicio de un procedimiento a instancia de parte que pueda dar lugar a un acto presunto estimatorio de lo solicitado, ya que el pago de intereses forma parte de la ejecución de un procedimiento iniciado de oficio, esto es, el contrato de obras.

Por otro lado, se añade que la solicitud del pago de los intereses no puede dar lugar a una resolución por silencio, ya que sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la Ley 30/1992 para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica, esto es, los procedimientos formalizados de forma específica a partir del marco legal de la Ley 30/1992.

No compartimos los argumentos de la Sala, que entendemos suponen, sobre todo por razón del segundo argumento, un cambio radical en la forma de entender el silencio administrativo tal y como venía aplicándose hasta este momento, figura cuya virtualidad se reduce de forma drástica en contra de la voluntad del legislador de 1992 y 1999. Antes de entrar en el comentario de la sentencia estimamos oportuno examinar cuál era, a nuestro entender, el procedimiento correcto para la reclamación del pago de las deudas contraídas por la Administración y la postura mayoritaria de los Juzgados de lo contencioso-administrativo y de la Audiencia Nacional al examinar esta actuación¹.

II. EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El artículo 99 del TRLCAP regula el derecho del contratista al cobro de la prestación debida, estableciendo, además, el derecho al cobro de intereses de demora en el caso que se produzca el pago tardío de la deuda por parte de la Administración correspondiente.

Sin perjuicio de que después volvamos sobre esta cuestión, importa ya desde ahora diferenciar entre aquellas reclamaciones cuya pretensión consiste en el pago del precio contractual como una prestación concreta derivada de la ejecución de un contrato administrativo, de aquellas otras que tienen por objeto el cobro de intereses de demora devengados como consecuencia del pago tardío del precio del mismo. Dado que la sentencia objeto de examen en este trabajo se refiere a la reclamación de intereses, centraremos nuestro interés en este segundo supuesto².

¹ Seguiremos en este punto de forma principal lo que ya expusimos en el libro que coordinamos, elaborado junto con Alfonso ARROYO, David CALVET y Victoria CORDÓN, *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

² Si bien estimamos que pueden diferenciarse los supuestos de reclamación de principal de aquellos en los que se reclama el pago del principal, encontramos sentencias que estiman indiferente la deuda reclamada y que permiten acudir a la vía del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional para reclamar el pago del principal.

En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 29 de diciembre de 2003:

«PRIMERO.—El presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por la entidad mercantil Soapsa, S.A., tiene por objeto la falta de ejecución del acto administrativo firme de la Dirección General de Vivienda,

Centrados, pues, en la reclamación de intereses, cabe señalar que el citado artículo 99 del TRLCAP regula los aspectos sustantivos del derecho al cobro de intereses de demora, tales como el *dies a quo*, el *dies a quem* o el tipo de interés de demora, si bien es cierto que nada dice acerca del procedimiento que debe seguirse para la reclamación de las cantidades adeudadas por las Administraciones Públicas.

Tratándose de un derecho reconocido al administrado, estimamos que su titular puede solicitar de la Administración el pago de lo debido, lo que dará lugar a un procedimiento iniciado a instancia de parte (cuestión que, como hemos de ver, discute la sentencia) que deberá tramitarse según lo dispuesto con carácter general en la LRJPAC, dado que el propio TRLCAP dispone, en su Disposición Adicional Séptima, que dicha Ley procedimental será de aplicación supletoria a los procedimientos en materia de contratación administrativa.

De este modo, el primer paso para la obtención del cobro de lo debido será presentar ante la Administración correspondiente una solicitud por la que se reclamen las cantidades debidas. Dicha reclamación administrativa deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 70 de la LRJPAC para que pueda ser considerada por la Administración correspondiente como una solicitud determinante de la iniciación del procedimiento. Asimismo, a los efectos de identificar la deuda se deberá acompañar a la solicitud una relación de las certificaciones de obra o facturas que hayan generado la demora, indicando, asimismo, el número e importe de las mismas, su fecha de emisión y su fecha de cobro, los días de retraso correspondientes a cada anualidad, tipo de interés aplicado y cualquier otro dato relevante para la identificación y cuantificación de la deuda.

Arquitectura y Urbanismo del Ministerio de Fomento, ganado por silencio administrativo positivo, relacionado con el impago de determinada cantidad adeudada por razón de la ejecución por empresa recurrente de las obras de rehabilitación del Teatro Nuevo de Ciudad Rodrigo, contratadas en fecha 20 de diciembre de 1988, que fueron cofinanciadas por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente y el Ayuntamiento de Ciudad Rodrigo.

SEGUNDO.—Para una mejor comprensión de la cuestión controvertida cabe señalar que de lo actuado se infiere, sin lugar a dudas, que las referidas obras fueron ejecutadas a satisfacción de la Administración contratante, que las recibió provisionalmente el 18 de febrero de 1993, practicándose en marzo de 1993 liquidación provisional complementaria que ascendió a 21.816.883 pesetas (...)

(...)

Por tanto, la conclusión a este respecto no puede ser otra que la de entender que la empresa Soapsa, SA ganó por silencio positivo el reconocimiento de su solicitud de abono de la cantidad adeudada (aunque ello no fuera estrictamente necesario para el cobro de su deuda) y que, firme ese acto, requerida la Administración para que lo ejecutara y transcurrido el plazo legal para ello —establecido en el artículo 29.2 LJCA— sin alcanzar dicho resultado, no cabe considerar inadecuada la interposición del presente recurso contencioso administrativo dentro del plazo fijado legalmente al efecto».

En el mismo sentido se expresan los siguientes pronunciamientos judiciales: sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fechas 30 de enero, 3 de febrero y 17 de julio de 2003, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 18 de julio de 2001.

Por lo que respecta al *petitum* contenido en la reclamación administrativa, el mismo vendrá constituido por la pretensión de pago de los correspondientes intereses de demora devengados desde la fecha de finalización del plazo de carencia hasta el efectivo pago.

Asimismo, también podrá pretenderse el pago de los intereses devengados por anatocismo, esto es, los intereses sobre los intereses que se vayan generando. En este sentido, existe numerosa jurisprudencia que ha reconocido ya la procedencia del pago de estos intereses por mor del artículo 1109 del Código Civil, jurisprudencia a la que después nos referiremos y a la cual nos remitimos.

Una vez presentada la solicitud ante la Administración correspondiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.2 LRJPAC, ésta debería dirigir al interesado una notificación en la que se pusiera de manifiesto la fecha de recepción de la reclamación por parte del órgano competente, junto a la mención del plazo máximo normativamente establecido para notificar la resolución, indicando, asimismo, cuál será el sentido del silencio administrativo en caso de producirse. Si bien en algunos casos dicha notificación sí se viene produciendo por algunas Administraciones, la práctica demuestra que ello no es habitual.

El plazo máximo con que cuentan las Administraciones Públicas para resolver este tipo de reclamaciones, salvo previsión autonómica expresa en contrario, será el plazo general de tres meses contenido en el artículo 42.3 LRJPAC.

¿Qué pasa si la Administración Pública no resuelve en plazo? Ésta es la cuestión central del tema que nos ocupa. A nuestro entender, consideramos que en la medida en que la reclamación administrativa da lugar a la iniciación de un nuevo procedimiento administrativo, independiente del procedimiento de ejecución del contrato del que la misma trae causa, la ausencia de resolución del mismo dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la reclamación determina que la misma se vea estimada o desestimada por silencio administrativo, según lo que al respecto establece la Ley 30/1992.

Luego de no resolverse en plazo la reclamación de intereses de demora, y en aplicación de lo dispuesto con carácter general en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, la misma podrá entenderse estimada por silencio administrativo, salvo que la legislación estatal o autonómica correspondiente exceptúe expresamente estos procedimientos de la regla general del silencio positivo.

Y ello porque, con carácter general, el procedimiento de reclamación de intereses de demora no queda englobado en ninguna de las excepciones establecidas en el propio artículo 43.2 de la LRJPAC —ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución; aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones—, en las que el silencio tendrá efecto desestimatorio³.

³ No obstante, debe tenerse en cuenta que también existen pronunciamientos judiciales que han negado la aplicación de dicha regla por entender que tal estimación produciría la

En consecuencia, los únicos supuestos en que el silencio administrativo en esta materia tendrá sentido negativo serán los de aquellas reclamaciones que vayan dirigidas a Administraciones integradas en Comunidades Autónomas que hayan legislado expresamente en esta materia, a los efectos de exceptuar la regla general del silencio positivo. Éste es el caso de la Comunidad Autónoma andaluza, Cantabria, Cataluña y Extremadura⁴.

El criterio que aquí sostenemos con respecto a la aplicación de la regla general del silencio administrativo positivo se ha visto corroborado por numerosas sentencias recaídas en relación a reclamaciones de intereses de demora efectuadas al amparo del artículo 99 del TRLCAP. En este sentido se ha de citar la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Adminis-

transmisión de facultades relativas al servicio público, efecto proscrito por el artículo 43.2 LRJPAC. Éste es el juicio contenido, por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona de 12 de enero de 2004, en la que se afirma que

«... admitiendo como hipótesis de trabajo la operatividad del silencio en sede de expedientes tramitados a instancia de parte, nos encontraríamos ante un supuesto de silencio negativo. Y este sería el caso, porque el art. 43.2 de la LRJPAC, atribuye inexorablemente efectos desestimatorios a la falta de resolución expresa de las solicitudes susceptibles de llevar aparejadas facultades de disposición sobre los servicios públicos, un elemento esencial de los cuales viene constituido, sin duda, por los fondos de que dispone la Administración con la finalidad de nutrirlos, directamente o con la colaboración de terceros (los contratistas), lo cual ha llevado al legislador catalán (vid. Ley 23/2002, de 18 de noviembre) a completar las previsiones de la LPAC extendiendo el supuesto genérico de silencio negativo anteriormente mencionado, a todas las solicitudes de pago (art. 81.3 b) de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, modificada por la Ley traída anteriormente a colación».

⁴ Así, por ejemplo, la Disposición Adicional Séptima de la Ley 7/2003, de 19 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, modifica la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, añadiéndose un segundo párrafo al punto 1 de la Disposición Adicional Primera de esta Ley, con el siguiente texto:

«Asimismo, todos aquellos procedimientos iniciados a solicitud del interesado en los que se reclame el pago de una cantidad, así como aquellos de los que se pudiera derivar el reconocimiento de derechos económicos de terceros frente a la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura y que no se encuentren expresamente regulados, habrán de ser resueltos y notificados en el plazo máximo de seis meses. La falta de resolución expresa en dicho plazo máximo implicará la desestimación por silencio administrativo de la pretensión formulada».

Asimismo, el artículo 81 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña, tras la modificación operada por la Ley 23/2002, de 18 de noviembre, establece en su apartado tercero, letra b), lo siguiente:

«Las solicitudes cuya estimación tenga como consecuencia la transferencia a la persona interesada o a terceras personas de facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como las solicitudes presentadas en los procedimientos que puedan comportar la concesión de ayudas y subvenciones públicas y, en general, cualquier solicitud de pago a cargo de la Administración de la Generalitat».

trativo núm. 7 de Madrid de 24 de mayo de 2004, en la que se hace referencia a que:

«Sentada la afirmación anterior debemos continuar en el estudio de la normativa contenida en la LRJAP para regular el silencio administrativo y lo primero que ha de quedar sentado es que nos hallamos ante un expediente administrativo, el de cálculo y abono de los intereses de demora derivados del cumplimiento tardío de la obligación de abonar los suministros percibidos, iniciado a instancia de parte, concretamente con su solicitud de 14/7/03 (folios 1 y siguientes del expediente administrativo), por lo que, al no darse ninguna de las excepciones previstas en el artículo 43.2 de la Ley, ni existir regulación expresa en la materia, es procedente concluir que la falta de respuesta expresa por parte de la Administración en el plazo de tres meses dio lugar a la estimación por silencio administrativo de la solicitud y, por lo tanto, que el INGESA reconoció la obligación de abonar los intereses de demora que se le reclamaban...».

En los mismos términos, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2004, dictada en el recurso contencioso núm. 1197/2003, concluye que

«... no puede ser compartida la alegación de la Abogacía del Estado en la que se señala que no estamos ante una resolución administrativa presunta ejecutable por la vía del artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional. Y ello, porque el momento inicial del procedimiento es el de la solicitud o petición, a cargo del interesado, a que nos hemos referido; en segundo lugar, porque no cabe integrar la citada petición en el seno de los procedimientos contractuales a los que se refiere la demandada, pues aunque el crédito tenga su origen en una prestación de origen contractual, cobra autonomía respecto de su procedencia, ya que lo interesado es el pago de una cantidad que se supone debida por la Administración; y, finalmente, porque no existe regla alguna que consagre el silencio negativo para las peticiones de esta clase, pues ni el artículo 43.2 de la citada Ley, ni el Anexo II de la Disposición Adicional Vigésimo novena de la Ley 14/2000, dictada en cumplimiento de lo establecido a su vez en la Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley 4/1999, ni el Anexo 2 del artículo 69 de la Ley 24/2001 de 27-12-2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que complementa el Anexo citado precedentemente, a los que hay que acudir para examinar la relación de los procedimientos en los que el silencio debe reputarse negativo, incluye un caso como el que nos ocupa.

(...)

Por tanto, la conclusión a este respecto no puede ser otra que la de entender que la empresa Vías y Construcciones, S.A. ganó por silencio positivo el reconocimiento de su solicitud de abono de la cantidad adeudada. Existiendo, en contra de lo alegado por la demandada, una resolución que, firme la misma y requerida la Administración para que la ejecutara, transcurrido el plazo legal para ello —establecido en el artículo 29.2 LJCA— sin alcanzar dicho resultado, el cauce previsto en el citado artículo 29.2 (para solicitar la ejecución de la misma) no es el adecuado y conforme a derecho.

Siendo ello así, no resultan aplicables los plazos establecidos en el artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional, y por ello tampoco concurre la causa de inadmisión esgrimida en segundo lugar por la Abogacía del Estado».

En idéntico sentido también cabe citar, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Barcelona de fecha 19 de mayo de 2000, recaída en los autos 121/2000; sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de noviembre de 2002, dictada en los autos 1180/2000; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valladolid de fecha 23 de junio de 2003, dictada en los autos 30/2003; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia de fecha 31 de octubre de 2003, dictada en los autos 158/2003, o sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza de fecha 9 de junio de 2003, dictada en los autos 18/2003.

En definitiva, si bien es cierto que el sentido positivo del silencio administrativo frente a reclamaciones de intereses de demora contractuales no es una cuestión que pueda calificarse de pacífica, no lo es menos que son muchas las sentencias que así lo reconocen, criterio éste al que aquí nos sumamos en base a las consideraciones que han quedado expuestas y sobre las que hemos de volver más adelante.

Si, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, entendemos que las pretensiones del administrado han sido estimadas al transcurrir el plazo legalmente establecido sin respuesta de la Administración, nos encontraríamos ante un acto administrativo firme que no ha sido ejecutado por parte de la entidad pública. La firmeza del acto es consecuencia de la inimpugnabilidad y el acto producido por silencio y favorable al administrado es firme desde la fecha de su consideración como tal acto⁵. Ante esta situación se de-

⁵ Esta afirmación se contiene en la sentencia que comentamos en su fundamento jurídico primero *in fine*. Allí se dice, frente a la tesis del Abogado del Estado, según la cual la firmeza del acto no se alcanzaría hasta transcurridos los seis meses establecidos en la Ley jurisdiccional para la impugnación de los actos presuntos, que «no cabe asociar la firmeza con las posibilidades de recurso de un acto administrativo cuando el sentido de dicho acto es favorable y no existen terceros perjudicados por dicho acto. Ni el recurrente podía por tanto recurrir el acto presunto positivo, por serle favorable, ni la posibilidad conferida a la administración para revisar de oficio o para declarar la lesividad a los efectos de su impug-

bería acudir al procedimiento establecido en el artículo 29.2 de la LJCA, solicitando al órgano judicial que condene a la Administración a ejecutar el acto administrativo cuyo contenido es el reconocimiento del pago de la deuda solicitada.

La acción diseñada en el artículo 29 de la LJCA tiene como rasgo esencial el tener como objeto la inactividad administrativa. El recurrente ejercita una acción en defensa de un derecho que se ve lesionado por la falta de actuación administrativa⁶, y formula una pretensión de condena, con el fin de que el Tribunal imponga a la Administración una actuación material concreta.

Para poder llegar a obtener la sentencia favorable, el administrado deberá cumplir algunos requisitos formales y demostrar que su reclamación tiene como objeto una prestación concreta. Como requisito formal deberá, en primer lugar, solicitar la ejecución del acto firme. Si la ejecución «no se produce en el plazo de un mes desde tal petición» (art. 29.2 de la LJCA), podrá entonces el solicitante formular el recurso contencioso-administrativo.

Esta reclamación previa se deberá acreditar en el acto de interposición del recurso —arts. 45.2.c) y 45.5 de la LJCA—, y determina el inicio del cómputo de dos meses para la interposición del mismo (art. 46.2 de la LJCA).

El recurrente deberá acreditar, a su vez, que existe una obligación concreta de dar o hacer a su favor, y que la misma no se ha llevado a efecto. Como dice la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional: *«De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad».*

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación a la regulación del recurso contra la inactividad de la Administración, confirma que la reclamación de intereses puede hacerse a través de la acción de inactividad. En efecto, el artículo 29 LJCA no contaba en el Proyecto de Ley de 18 de junio de 1997 con el que hoy es su apartado segundo. Dicho apartado fue introducido en virtud de la Enmienda núm. 286, presentada por el Grupo Socialista. La motivación de tal enmienda, que se puede leer en el índice de enmiendas al articulado publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales—Congreso de los Diputados—* de fecha 24 de noviembre de 1997, es muy significativa, y hace referencia expresa a la reclamación de intereses. Así, dice que: *«El derecho que reconoce este apartado está justificado en la necesidad de establecer un instrumento judicial eficaz y de tramitación rápida, para*

nación jurisdiccional privan al acto de su firmeza, que es la consecuencia directa de su irrecurribilidad».

⁶ Que existe un derecho al cobro de los intereses es algo que reconoce la propia sentencia que comentamos, remitiéndose a la propia doctrina del Tribunal Supremo.

obligar a la Administración a que adopte los actos destinados a ejecutar acuerdos o resoluciones firmes y definitivos, de los que existen numerosos en la amplísima actividad de la Administración Pública: acuerdos del Jurado de Expropiación ordenando el pago del justiprecio; actos de ejecución de medidas para proteger el medio ambiente o para evitar molestias insalubres, nocivas o peligrosas; no otorgamiento material de una licencia, cuya procedencia ha sido reconocida; no ejecución de medidas de seguridad laboral en el trabajo; actos que reconozcan la procedencia del pago de intereses en la contratación, en el justiprecio; y muchos otros supuestos».

Una vez interpuesto el recurso, éste se tramitará de conformidad con lo establecido en el artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional; por tanto, a través del procedimiento abreviado. La oralidad y la sumariedad caracterizan este procedimiento, que se encuentra regulado en el artículo 78 de la LJCA. Recordemos que el procedimiento abreviado se encuentra reservado, en principio, a aquellos recursos cuya cuantía no exceda de 13.000 € y que, además, deban conocer los Juzgados de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, la acción por inactividad es una excepción a este criterio general y, por tanto, es totalmente indiferente el importe del acto administrativo cuya ejecución se solicita e indiferente, también, el órgano judicial al que le corresponda conocer del recurso contencioso-administrativo.

Dada la singularidad de este procedimiento, el órgano jurisdiccional que conozca de un recurso contra la inactividad de la Administración únicamente deberá efectuar una labor verificadora de los requisitos procesales que marca la norma contenida en dicho precepto, es decir, si formalmente se trata de un acto administrativo, si éste es firme y, por último, si se ha solicitado su ejecución con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Desde el momento en que existe un acto administrativo firme dictado por la Administración y favorable al administrado en cuanto reconocedor del derecho de éste, carece de sentido que en la vía jurisdiccional se entre a considerar si tal derecho es o no legal porque se sobreentiende que sí lo es. Y es precisamente la exclusión de la labor enjuiciadora de la legalidad del acto administrativo la que justifica la tramitación del procedimiento por el cauce procesal abreviado.

Ya hemos dicho anteriormente que son numerosas las sentencias que confirman el criterio aquí expuesto de considerar que la ausencia de respuesta de la Administración Pública a una reclamación de intereses de demora tiene efectos estimatorios y que es dable solicitar su ejecución mediante el procedimiento previsto en el artículo 29.2 de la LJCA.

Resulta muy reveladora la ya citada sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia de 31 de octubre de 2003, en la que, aplicándose los cauces del procedimiento abreviado del artículo 78 de la LJCA, se estimó íntegramente la demanda interpuesta contra el Servicio Murciano de Salud por la inejecución del acto administrativo firme consistente en la estimación por silencio de una reclamación de intereses de demora.

En particular, señaló el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia que:

«A la vista de este precepto [art. 29.2 Ley 29/1998], para que pueda solicitarse eficazmente la ejecución, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- 1. Acto administrativo firme*
- 2. que el mismo no se ejecute en el plazo de un mes desde que fue solicitado.*

Analizaremos, a continuación la concurrencia de dichos requisitos en el caso que nos ocupa, y de forma prioritaria la propia existencia del acto cuya ejecución se solicita, por ser el presupuesto mismo de la acción ejercitada.

Del expediente administrativo se desprende que, la mercantil recurrente por medio de escrito presentado el 30 de julio de 2002 —fecha de entrada en el Registro General del Servicio Murciano de Salud de 5 de agosto de 2002— formuló reclamación de cobro de intereses devengados por la demora, que cuantifica en la suma de 7.530,2 €. Ante la falta de respuesta expresa, por medio de escrito con fecha de entrada 20 de noviembre de 2002, se solicita la ejecución del acto administrativo firme consistente en la estimación por silencio de la reclamación de intereses anterior. Solicitud que fue denegada por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 27 de enero de 2003 por considerar que no es competente para efectuar el pago.

Es evidente que, reclamado el pago de los intereses correspondientes a la demora en el cumplimiento de contrato administrativo, el transcurso de tres meses sin que se resolviera dicha petición permiten considerar estimada la misma por silencio, por disponerlo así el artículo 43.2 de la Ley 30/92, reformada por la Ley 4/99. Estamos, pues, ante un caso de estimación de la pretensión por silencio positivo, puesto que dicho precepto establece que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo, que se tratase del ejercicio del derecho de petición al que se refiere el artículo 29 de la Constitución Española, de transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público o de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. En nuestro caso, no nos encontramos ante ninguna de estas situaciones que la norma establece como excepción, ni se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial en el que el silencio operaría en sentido negativo —142.7 L. 30/92— y, en consecuencia

sí debe considerarse que existe acto firme de reconocimiento de los intereses reclamados, y además, instada su ejecución, procede acceder a la misma. La aplicabilidad de esta norma de carácter general es incuestionable, dado que la Ley de Contratos del Estado no contiene norma alguna sobre el sentido del silencio, aquella deberá aplicarse con carácter supletorio.

Determinada la existencia de acto administrativo de reconocimiento de pretensiones no es procedente alegar la indeterminación de la cuantía o dificultades en las liquidaciones de los intereses, pues se cuenta con las facturas y se conocen las bases de cálculo, por lo que la cantidad es fácilmente determinable.

En conclusión, debe estimarse la pretensión actora».

También es muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2004 —por la que se revoca la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de 26 de febrero de 2004—, sentencia ya citada que entendía inadecuado el procedimiento utilizado por el recurrente a través del artículo 29.2 de la LJCA.

Pues bien, señala la Audiencia Nacional con respecto a esta cuestión que:

«Estimando el recurso en cuanto a dejar sin efecto su inadmisión procede entrar a conocer sobre el fondo, separándonos del criterio sustentado en la elaborada sentencia de instancia, como pasamos a razonar:

En primer lugar, hay que partir de la aplicación del artículo 43 de la Ley 30/92 en la reforma dada por la 4/99, ya que consideramos que la petición de intereses que hizo el recurrente el día 26 de septiembre de 2002 inició un nuevo procedimiento respecto al contrato primitivo, procedimiento que es posterior a la entrada en vigor de este último texto legal acorde con su Disposición Final única 2, incluso adicionando el plazo que respecto al silencio administrativo establece su Disposición transitoria primera 3, en relación con la Disposición adicional primera 2.

En segundo lugar, estamos ante un supuesto de silencio positivo, ya que no nos hallamos ante ninguno de los excluidos, no existe Ley o Norma de Derecho Comunitario que establezca lo contrario, no estamos ante el ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Española, no se transfieren al solicitante o a terceros con la ejecución del acto administrativo facultades relativas al dominio público o al servicio público, ni, por último, se trata de procedimiento de impugnación por la actora de acto o disposición.

Como tal acto de la Administración favorable a la recurrente únicamente puede ser combatido por la misma mediante la revisión de oficio regulada en el título VII, Capítulo I de la repetida Ley 30/1992, en texto también parcialmente modificado por la 4/1999».

En la misma línea, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2004 y, también, la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de 24 de mayo de 2004, y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid de fecha 8 de febrero de 2005, y en idéntico sentido las siguientes: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 9 de enero de 2002, recaída en los autos 266/2001; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 17 de julio de 2003 —autos 754/2003—; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 30 de enero de 2003 —autos 151/2003—; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 27 de enero de 2003 —autos 1171/2002—; sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 7 de Barcelona de fecha 14 de junio de 2000, recaída en los autos 123/2000; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Barcelona de fecha 19 de mayo de 2000, recaída en los autos 121/2000; sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de noviembre de 2002, dictada en los autos 1180/2000, y relativa a la estimación por silencio administrativa de una petición de una indemnización derivada de la ejecución de un contrato administrativo; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valladolid de fecha 23 de junio de 2003, dictada en los autos 30/2003; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza de 9 de junio de 2003, dictada en los autos 184/2003; sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 25 de mayo de 2005, recaída en los autos 78/2005; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 1998, dictada en los autos 2660/1995; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo de fecha 9 de marzo de 2005, y sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 20 de Madrid de fecha 18 de enero de 2005⁷.

De todas formas, no podemos olvidar que existen algunos pronunciamientos judiciales contrarios a la tesis aquí mantenida al entender que no rige el silencio administrativo en este tipo de reclamaciones, al tratarse de un incidente de ejecución del contrato y, por tanto, el procedimiento a seguir no es el previsto en el apartado segundo del artículo 29 de la LJCA y sí el previsto en su apartado primero.

En este sentido se expresa el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en la sentencia de 24 de enero de 2003, cuando señala:

⁷ Se puede encontrar un comentario de alguna de estas sentencias y la reproducción también de alguna de ellas en TORNOS MAS (Coord.), *Las reclamaciones...*, op. cit., págs. 147 y ss., y en el Anexo documental.

«Segundo: Si se parte de la hipótesis de que nos encontramos con un acto administrativo firme no ejecutado, es de plena aplicación el artículo 29.2 de la Ley de esta Jurisdicción de 1998, conforme a la cual, “Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso administrativo que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”, por lo que tratándose de la indicada acción, procedería la tramitación por el procedimiento abreviado aunque del recurso conozca la Sala y no el Juzgado de lo Contencioso.

La nueva regulación del silencio administrativo, en cuanto suprime la preceptividad de la solicitud de certificación de acto presunto, provoca que el sentido favorable (o desfavorable) del silencio se produzca automáticamente por el mero transcurso del plazo. Si el silencio es estimatorio, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo (art. 23.4 a)).

En conclusión, de ser aplicable a la solicitud presentada por la actora el artículo 43, en su vigente redacción, no cabe duda se habría obtenido por silencio, la estimación de la misma y con ello un acto administrativo (presunto) susceptible de ser ejecutado forzosamente ante el incumplimiento voluntario en los plazos indicados en el artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional.

Sin embargo, la anterior doctrina no puede aceptarse, y por consiguiente no puede estimarse la pretensión de la actora, pues aunque, efectivamente, nos encontramos ante una inactividad de la Administración, ésta no puede dar lugar a la existencia de un acto firme a través de la figura del silencio administrativo positivo, sino que contiene un incumplimiento derivado de un contrato de obras, y consistente en no “realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas”. En consecuencia, la reclamación que en su día formuló la actora inició una vía administrativa, pero ésta no pudo suponer una forma de formalización de la inactividad generadora de la situación de silencio para posibilitar la impugnación —como se pretende por la parte actora—, sino lo único que buscó fue el cumplimiento material de la prestación derivado del contrato de obras concertado, y es ésta la razón por la que el artículo 29 de la Ley jurisdiccional, en su punto 1, establece que si, “La Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración”, completado dicho precepto por el artículo 32.1 de la misma Ley, “cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Admi-

nistración Pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos que están establecidos”».

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia mantiene el mismo criterio que el de las Islas Baleares en la sentencia de fecha 20 de febrero de 2004, cuando señala:

«Es preciso determinar ante todo que en el presente recurso contencioso administrativo se ha deducido la pretensión prevista en el apartado dos del artículo 29 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consistente en la ejecución de un acto firme administrativo.

Tal y como tiene declarada esta misma Sala en Auto de fecha 29 de mayo de 2002, dictado en recurso 03/1510/2001, “El hecho de que no se haya resuelto una solicitud de intereses de demora no equivale a la tenencia de un acto firme administrativo a cuyo través se reconoce el derecho a una prestación no cumplimentada por parte del propio Ente Público del que procede el acuerdo. Aquí existe una solicitud de abono de intereses que, para ser firme y definitiva, debe contar con un pronunciamiento judicial que así lo declare y que, en el supuesto de que la reclamación deba seguirse ante una Sala de lo Contencioso-administrativo, deberá producirse a través del cauce formal propio del procedimiento ordinario que diseña la LJ 1998.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto de autos, la conclusión deberá ser la inexistencia de un acto firme positivo, y como lógica consecuencia, la imposibilidad de acordar su ejecución».

En el mismo sentido se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras, en la sentencia de fecha 1 de julio de 2004, recaída en el recurso 1098/2004.

Además de los pronunciamientos judiciales citados, no podemos dejar de señalar que también existe algún autor que ha mostrado su desacuerdo con la teoría que nosotros defendemos al considerar que no es posible entender estimada por silencio cualquier reclamación de cantidad que se dirija a la Administración en ejecución de un contrato administrativo, siendo aplicable no la figura del silencio, sino la de la inactividad prevista en el artículo 29.1 de la LJCA.

En este sentido se expresa el magistrado D. Francisco Pleite Guadamillas⁸, el cual, en consonancia con la doctrina jurisprudencial expuesta, señala:

⁸ Francisco PLEITE GUADAMILLAS, «Procedimiento para la reclamación de abono de los contratos de las Administraciones Públicas», publicado en la revista *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 35, octubre 2004.

«Dicho planteamiento no se puede admitir porque en esta materia no rige el régimen del silencio administrativo positivo. No se trata de un procedimiento iniciado por una solicitud del interesado que deba ser resuelta en un plazo determinado (art. 43.2 de la Ley 30/92), sino de la exigencia por parte del contratista del cumplimiento de un contrato administrativo por parte de la Administración contratante. A estos efectos ha de señalarse que el especial privilegio que comporta respecto de la tramitación procesal la vía establecida en el artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional, comporta también severas limitaciones referidas a las pretensiones que pueden ejercitarse en el mismo y que, por ello, quedan ceñidas exclusivamente al objeto del acto, que adquirió firmeza. En efecto, el preámbulo de la Ley Jurisdiccional de 1998 y la tramitación parlamentaria de la enmienda núm. 286 (páginas 130 y 131 del Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, número 70/8, 24 Nov 1997) muestran que la introducción de ese segundo párrafo en el artículo 29 obedece a la idea del legislador de configurar un régimen cualificado singularmente favorable para los beneficiarios de actos firmes que, sin embargo, y en contra del lógico proceder, no se llevan a puro y debido efecto».

Éste era, pues, el panorama normativo y jurisprudencial existente en el momento en que la Audiencia Nacional dictó la sentencia que sería objeto del recurso casacional que comentamos. La sentencia de la Audiencia Nacional recogió la doctrina jurisprudencial que estimamos era mayoritaria y que era favorable a entender que, en el supuesto de reclamación del pago de los intereses devengados por el retraso en el pago de un contrato administrativo, el silencio administrativo daba lugar a un acto presunto estimatorio que al devenir firme permitía acudir a la vía del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional.

La Audiencia Nacional, en su sentencia de 25 de octubre de 2003, rechaza de forma motivada los argumentos del Abogado del Estado contrarios a la estimación del recurso y entra a analizar la cuestión relativa a si se produjo o no el silencio administrativo positivo tras la reclamación de los intereses por la parte actora. En relación con este extremo dice: *«tampoco puede ser compartida la alegación vertida en el escrito de contestación a la demanda en la que se señala que estamos ante un procedimiento no iniciado a instancia del interesado. En primer término, porque el momento inicial del procedimiento es el de la solicitud o petición, a cargo del interesado, a que nos hemos referido; en segundo lugar, porque no cabe integrar la citada petición en el seno de los procedimientos contractuales a los que se refiere la contestación a la demanda, pues aunque el crédito tenga su origen en una prestación de origen contractual, cobra autonomía respecto de su procedencia, ya que lo interesado es el pago de una cantidad que se supone debida por la Administración, además, porque en la configuración legal, se equiparan los procedimien-*

tos iniciados por los interesados con los que sean susceptibles de producir efectos favorables para los interesados (artículo 43.1 de la ley 30/1992); y, finalmente, porque no existe regla alguna que consagre el silencio negativo para las peticiones de esta clase, pues ni el artículo 43.2 de la citada ley, ni el anexo II de la disposición adicional vigesimonovena de la ley 13/2000, dictada en cumplimiento de lo establecido a su vez en la disposición adicional primera, apartado 2, de la ley 4/1999, ni el Anexo 2 del artículo 69 de la ley 24/2001 de 27-12-2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que complementa el Anexo citado precedentemente, a los que hay que acudir para examinar la relación de los procedimientos en que el silencio debe reputarse negativo, incluye un caso como el que nos ocupa, siendo de añadir que el argumento final de este razonamiento jurídico en virtud del cual bastaría con solicitar la reclamación de una cantidad no debida o desorbitada para que naciera el silencio positivo no resulta convincente como argumento jurídico, pues lo cierto es que tal razonamiento parece partir de la imposibilidad legal o material de resolver expresamente la petición, cuya sola presentación no basta, evidentemente, para configurar el derecho pretendido, sino que se hace preciso que además transcurra el plazo legal sin resolver, sin perjuicio de que siempre queda en manos de la Administración enfrentar al reconocimiento del derecho obtenido la revisión de oficio o la impugnación jurisdiccional, previa declaración de lesividad del acto, iniciativa que en este caso tampoco consta se haya emprendido».

Compartimos plenamente los argumentos de la sentencia citada por la que se condenó a la Administración al pago de los intereses devengados. Pero ya es hora de entrar en el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 por la que se casa la sentencia de la Audiencia Nacional y se elabora una nueva doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la figura del silencio administrativo.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2007. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PRODUCCIÓN DE UN ACTO PRESUNTO CUANDO SE RECLAMA EL DERECHO AL COBRO DE INTERESES DE DEMORA

La sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 28 de febrero de 2007 estima el recurso del Abogado del Estado contra la sentencia antes citada de la Audiencia Nacional. Conforme establece la propia sentencia del Tribunal Supremo, el Abogado del Estado alegó la existencia de cuatro infracciones distintas e independientes, relativas, en síntesis, la primera a la no existencia del silencio, la segunda a que el recurso se interpuso de forma prematura, la tercera a la no existencia de silencio positivo, y la última a la concurrencia del instituto de la prescripción. El Tribunal rechaza las alegaciones primera, segunda y cuarta, y estima la tercera, en el fundamento jurídico cuarto. La cuestión objeto de debate queda así centrada en la existencia o no de silencio positivo como consecuencia de una solicitud de abono de los intereses de demora

devengados por el retraso en el pago de un contrato administrativo de obras⁹.

A) *Inexistencia de silencio positivo al haberse iniciado el procedimiento de oficio*

La sentencia comentada, tras exponer el régimen legal relativo al cobro de los intereses de demora en la contratación administrativa, establece que «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, pues esta 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 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».

El Tribunal asume de esta forma como propia una línea jurisprudencial que ya hemos destacado y que entendemos tenía hasta ahora carácter minoritario¹⁰. Según la misma, en el caso de reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública se está ante una petición que se inserta en un procedimiento anterior, el de contratación, que se inició de oficio. Consecuentemente, no es aplicable el artículo 43 de la Ley 30/1992 y sí el artículo 44, que es el relativo a los procedimientos iniciados de oficio.

Si se aplica el artículo 44 hay que entender que en este caso estamos ante un procedimiento del que pudiera derivarse el reconocimiento de un derecho, el pago de los intereses. Por tanto, el interesado comparecido en el procedimiento iniciado de oficio podrá entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo como consecuencia del transcurso del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, pero no puede entender que existe un acto presunto favorable a su petición. Es decir, lo relevante es que al afirmar que no es aplicable

⁹ Se rechaza en el fundamento jurídico tercero la interrupción del silencio por una resolución no notificada y se rechaza que el recurso fuera prematuro por no haber esperado seis meses para que el acto administrativo fuera firme

¹⁰ En este sentido puede citarse, entre otras, la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de 26 de febrero de 2004, que considera que en la medida en que la reclamación de intereses deriva de un contrato celebrado con la Administración, tal reclamación no puede considerarse como determinante de la iniciación de un procedimiento independiente, «sino que debe contemplarse en el marco de la ejecución del contrato, conforme resulta de los artículos 94 a 100 del Real Decreto-Legislativo 2/2000».

el artículo 43 de la Ley 30/1992 no puede producirse una resolución estimatoria por silencio, la cual es la que tendría naturaleza de acto (art. 43.3) y podría dar lugar a un acto firme que legitimara para acudir a la acción del artículo 29.2.

La tesis que ahora asume el Tribunal Supremo creemos que puede ser rebatida por diversos argumentos que pasamos a exponer.

a) La contratación administrativa está compuesta por dos momentos claramente diferentes, la fase de preparación y adjudicación del contrato, y la fase de ejecución del mismo, que se inicia una vez el contrato se perfecciona mediante la adjudicación. La primera fase se corresponde con un procedimiento administrativo iniciado de oficio y que finaliza con una resolución que pone fin al mismo, y que es la adjudicación del contrato. Este acto unilateral de adjudicación es susceptible de impugnación.

El acto de adjudicación y la posterior formalización del contrato dan lugar al nacimiento de una relación jurídica distinta, ya que en este momento se constituye un negocio jurídico bilateral, el contrato propiamente dicho, que se regula por normas de Derecho administrativo si el contrato posee naturaleza de contrato administrativo.

En el seno de este contrato, durante la fase de su ejecución y finalización, pueden surgir múltiples relaciones entre el contratista y la Administración contratante, relaciones reguladas por la normativa contractual. El contratista puede dirigirse a la Administración en reclamación de las prestaciones a que cree tener derecho, y la Administración estará obligada a contestarle. Cada petición supone iniciar un procedimiento a instancia de parte, que finalizará con una resolución susceptible de impugnación. Estas peticiones no forman parte del procedimiento de adjudicación del contrato, un procedimiento ya finalizado con la resolución de adjudicación, y cuyo objeto era lograr la correcta selección del adjudicatario. Una vez el contrato se adjudica se entra dentro de una relación bilateral en el seno de la cual el contratista tiene frente a la Administración los derechos que le reconoce la normativa contractual administrativa, y que puede tratar de hacer efectivos mediante solicitudes dirigidas a la Administración. Estas solicitudes no se puede entender que forman parte del procedimiento de adjudicación del contrato. Estas solicitudes o bien formarán parte de las relaciones que se producen durante la ejecución del contrato, por ejemplo solicitar la revisión de precios, o bien forman parte de las relaciones que se producen durante la fase de cumplimiento, como puede ser la exigencia del pago del principal o de los intereses de demora.

En este sentido, la normativa estatal, que cita la propia sentencia, y la normativa autonómica, a la que más adelante haremos referencia, reconocen la existencia de procedimientos singularizados dentro de la relación contractual, procedimientos que se inician a instancia de parte y que finalizan con una resolución expresa o presunta.

El voto particular formulado a la sentencia se muestra crítico con este argumento de la mayoría. Para los magistrados firmantes del voto particu-

lar, «admitiendo desde luego que, de conformidad con lo ya expuesto, el proceso de adjudicación ha de regirse por el silencio negativo, la apertura de una relación contractual, funcional¹¹, etc., que puede durar muchos años, no impide la existencia de derechos, que exigen para su tramitación un procedimiento, sea el formalizado, sea el común, y que tenga carácter autónomo. La propia sentencia reconoce en este punto que el Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la ley de contratos de las administraciones públicas en su disposición adicional tercera, sólo declara como procedimiento en el que se aplica la doctrina del silencio positivo a las solicitudes de clasificación y de revisión de clasificaciones, lo que a nuestro juicio demuestra que dentro de una misma relación jurídica pueden existir numerosos derechos que al ser ejercitados generen procedimientos autónomos del que dio lugar al nacimiento de aquella. En el presente caso se trata de una reclamación de intereses, generados ex lege, de una deuda principal reconocida y pagada, que a nuestro juicio tiene completa autonomía respecto del contrato original de obras».

b) En segundo lugar, se ha de entender que la propia Disposición Adicional Séptima del TRLCAP, al hablar de «los procedimientos en materia de contratación administrativa», se está refiriendo a los procedimientos que se inicien «durante» la ejecución del contrato y no al propio procedimiento de ejecución, lo que avalaría la tesis de que en el curso de la ejecución de un contrato administrativo pueden nacer relaciones jurídicas que den lugar a procedimientos «en materia de contratación administrativa» pero independientes del de ejecución de cada contrato. El propio TRLCAP reconoce que existe una diversidad de procedimientos.

c) En tercer lugar, entendemos que corrobora la tesis que sostenemos el hecho de que existen disposiciones normativas en las que se reconoce la existencia de procedimientos iniciados a instancia de parte dentro de la relación contractual. Si se admiten unos, no existe razón para negar esta posibilidad con carácter general, tal y como hace la sentencia que comentamos, ya que su razonamiento no ofrece matizaciones. No es posible negar que dentro de la relación contractual puedan iniciarse procedimientos a instancia de parte con el argumento de que se trata de un único procedimiento y, al mismo tiempo, admitir que la normativa sí que permite excepciones. Así lo entienden también los magistrados que formulan el voto particular, los cuales dicen que «la propia sentencia reconoce en este punto que el Real De-

¹¹ La referencia a la relación funcional es un buen ejemplo. La selección del funcionario es un procedimiento iniciado de oficio. Pero a partir de la toma de posesión se constituye una relación jurídica especial regulada por el Derecho funcional dentro de la cual el funcionario posee diversos derechos que podrá exigir a la Administración mediante solicitudes que darán lugar a procedimientos diferenciados que deberá resolver la Administración en cada caso. La inactividad administrativa supondrá que el procedimiento, en este caso iniciado a instancia de parte, finaliza mediante un acto presunto, que podrá ser denegatorio o estimatorio según la regla general el artículo 43 de la Ley 30/1992 o lo que disponga en su caso la Ley sectorial funcional.

creto 1098/2001 de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la ley de contratos de las administraciones públicas en su disposición adicional tercera sólo declara como procedimiento en el que se aplica la doctrina del silencio positivo a las solicitudes de clasificación y de revisión de clasificaciones, lo que a nuestro juicio demuestra que dentro de una misma relación jurídica pueden existir numerosos derechos que al ser ejercitados generen procedimientos autónomos al que dio lugar al nacimiento de aquella».

De acuerdo con lo expuesto en el voto particular, hay que tener presente lo establecido en el RGCAP, y en particular en la Disposición Adicional Tercera. Dicha Disposición regula la duración y efectos del silencio en los procedimientos para la clasificación, su revisión o suspensión y para la declaración de prohibiciones de contratar; lo que pone de manifiesto que la clasificación o la prohibición de contratar se acuerdan en procedimientos administrativos diferentes al de ejecución del contrato, que, en cuanto tal, tiene su propio plazo máximo de duración y que, de no cumplirse, determina, por mor de la propia DA 3.^a, que entre en juego el silencio administrativo. La Disposición Adicional Tercera establece que:

«Duración de los procedimientos y efectos del silencio.

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se fija en seis meses la duración máxima de los procedimientos para la clasificación y revisión de clasificaciones, declaraciones de prohibiciones de contratar y suspensión de clasificaciones.

2. Las solicitudes de clasificación y de revisión de clasificaciones podrán entenderse aceptadas si transcurrido el plazo señalado en el apartado anterior no hubiera sido dictada y notificada a los interesados la resolución expresa sobre los mismos».

La normativa autonómica, a la que no se alude en la sentencia que comentamos, es también especialmente significativa en relación a esta cuestión. Diversas leyes autonómicas han regulado expresamente los efectos del silencio en los «procedimientos en materia de contratación administrativa». La Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 9/2001, de 12 de julio, señala expresamente que los procedimientos en materia de contratación administrativa son procedimientos «iniciados a solicitud del interesado durante la ejecución del contrato». La citada Ley establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos, y en su Disposición Adicional Primera dispone que:

«Sin perjuicio de que los procedimientos en materia de contratación administrativa se rijan por las reglas específicas con-

tenidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en cualquier caso, en dichos procedimientos iniciados a solicitud del interesado durante la ejecución del contrato o como consecuencia de la misma, la falta de notificación de la resolución expresa dentro del plazo establecido podrá entenderse por dicho interesado que tiene efectos desestimatorios».

Igualmente, la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, por la que se regula el Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, al relacionar en su Anexo II los procedimientos administrativos en los que el silencio administrativo tiene efectos desestimatorios, hace referencia a: «8. *Gestión financiera y Contratación Administrativa*».

d) Por último, no podemos dejar de citar los numerosos pronunciamientos de las distintas instancias judiciales que han confirmado que la no resolución de la reclamación de pago dentro del plazo legalmente establecido da lugar al silencio administrativo y que dicho plazo se inicia justamente en la fecha de recepción de la reclamación por el órgano competente para resolver.

Así, la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de 10 de julio de 2002, tras referirse a que nuestro ordenamiento jurídico-administrativo consagra, tras la modificación operada por la Ley 4/1999, la regla general del silencio positivo, se refiere expresamente a que la no resolución en plazo por parte de la Administración demandada de la reclamación efectuada al amparo del artículo 99 del TRLCAP «*se ha de entender estimada por silencio administrativo, lo cual aparte de que lo prevé la citada Ley 30/92, es lógico porque los mencionados preceptos de la ley de contratos establecen el devengo automático de ese interés de demora cuando la Administración no cumple su obligación de pago dentro del plazo previsto en los mismos*».

En idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de julio de 2003, la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 27 de enero de 2003, o la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de enero de 2002.

B) *Inexistencia de silencio administrativo en los casos en los que no exista un procedimiento formalizado*

El Tribunal Supremo añade al argumento que acabamos de exponer otro nuevo que juzgamos posee mayor trascendencia por las consecuencias que puede comportar y que, dicho sea con el respeto que merece toda decisión del Tribunal Supremo, posee menor fundamentación que el anterior.

Según el Tribunal Supremo, atendiendo a lo establecido por el legislador de 1999 pero también por el legislador de 1992, «*sólo cabe aplicar la fic-*

ción 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 estas fueran, la LPAC establece como regla el silencio positivo, pero parte de que esta ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados».

Es decir, para que se produzca el silencio administrativo no basta con que exista una solicitud que la Administración tenga la obligación de resolver. Debe existir un procedimiento específico, una norma general que regule de forma singularizada el cauce para llegar a la resolución administrativa finalizadora del mismo, la cual determine el plazo de resolución y los efectos del silencio¹². Si no existe este procedimiento formalizado, no hay silencio, no hay acto presunto, ni negativo ni positivo.

Establecida la doctrina general, el Tribunal la aplica al caso concreto y concluye que «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, resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación».*

Ya no se trata de afirmar que estamos ante un procedimiento que se inserta dentro de otro iniciado de oficio. Ahora se afirma que no existe un procedimiento específico y, por tanto, no puede haber silencio. Los efectos expansivos de esta doctrina son enormes. Si no existe procedimiento formalizado, no hay silencio, ni negativo ni positivo.

Los argumentos del Tribunal Supremo para sostener esta novedosa doctrina son los siguientes:

a) Se establece la distinción entre solicitud y procedimiento, limitando la garantía del silencio a los supuestos en que exista procedimiento singularizado. Así, el Tribunal dice que *«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... el artículo 43.2 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. Proce-*

¹² La sentencia que comentamos no precisa muy bien qué entiende por procedimiento formalizado o procedimiento regulado como tal en una norma jurídica. En un momento de su razonamiento, dice que «el silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento». Por tanto, parece que la inclusión del procedimiento en las normas reglamentarias de delimitación de procedimientos dictadas en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 30/1992 tampoco es el criterio determinante. No sabemos, pues, a qué procedimientos se refiere la sentencia y que darán lugar al silencio administrativo.

dimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados».

Por tanto, si no existe un procedimiento administrativo singularizado que ordene el cauce para dar respuesta a una solicitud, no hay silencio.

b) El segundo argumento consiste en afirmar que la voluntad de la Ley de exigir procedimientos singularizados se desprende de lo dispuesto en su Disposición Adicional Tercera. En este sentido dice que *«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 tercera de la LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios RRDD de adecuación, hasta llegar a la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20-III-96 que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado».*

De lo dicho parece desprenderse que, según el Tribunal Supremo, el legislador quiso que la garantía del silencio sólo fuera aplicable a los procedimientos que estuvieran formalizados e identificados de modo singular.

No podemos compartir la doctrina del Tribunal Supremo y sus argumentos.

En primer lugar, entendemos que la verdadera voluntad de la Ley 30/1992, tanto en su redacción inicial como en su modificación parcial mediante la Ley 4/1999, fue la de proteger los derechos de los administrados, obligando a la Administración a resolver las peticiones que se le dirigieran y penalizándola en caso de su inactividad mediante el reforzamiento de la garantía del silencio y sus efectos. El silencio se refuerza como garantía que impide que los derechos se vacíen de contenido cuando la Administración no actúa y no los atiende eficazmente. Como dice la exposición de motivos de la Ley 30/1992, *«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. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general o prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista».*

Ésta es la voluntad del legislador que debe inspirar la interpretación del articulado de la Ley, mientras que la sentencia, a nuestro entender, lleva a cabo una interpretación formalista de alguno de sus preceptos con la clara voluntad de reducir la garantía del silencio y, por tanto, los derechos de los administrados.

En segundo lugar, la distinción entre solicitud y procedimiento supone una interpretación literal, sesgada y descontextualizada de los preceptos legales de la Ley 30/1992. Si acudimos a la Ley 30/1992 vemos cómo la misma

establece en su artículo 42.1 como principio general que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. Tan sólo deja a salvo de este deber los supuestos establecidos en el artículo 42.1 *in fine* y en el artículo 89.4.

Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada (art. 68), solicitud cuyo contenido y lugar de presentación regula también la Ley procedimental (arts. 69 y 38.4). Si se trata de un procedimiento a instancia de parte, presentada la solicitud, el procedimiento se entiende iniciado a todos los efectos desde esta fecha, la cual determina el inicio del cómputo del plazo establecido para su resolución.

Solicitud y procedimiento no son, por tanto, dos figuras jurídicas que puedan actuar de forma diferenciada, o que puedan tratarse de forma separada, de modo que el silencio sólo exista cuando hay procedimiento formalizado. El procedimiento es el cauce formal establecido para adoptar una resolución, y puede iniciarse mediante una solicitud o a impulso de la propia Administración.

Por ello entendemos que no es cierto que el artículo 43, al referirse al silencio en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, no se refiera a solicitudes, sino a procedimientos. El artículo 43 se refiere a «procedimientos iniciados a solicitud del interesado», y añade en su apartado segundo que «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes».

La lectura del precepto, atendiendo al conjunto de la Ley en la que se integra, nos lleva a concluir lo siguiente:

- Toda solicitud obliga a la Administración a dar una respuesta expresa tras la tramitación del correspondiente procedimiento (salvo los casos expresamente excluidos de este deber). En todos estos casos estamos ante procedimientos iniciados a instancia de parte.
- En todo procedimiento iniciado a instancia de parte, la falta de respuesta expresa supone que se produce una resolución presunta, denegatoria o estimatoria.
- El interesado podrá entender estimada por silencio su solicitud en los casos previstos en el artículo 43.2.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse, debemos manifestar que no acertamos a encontrar la línea discursiva que a partir de lo que establece la Ley 30/1992 lleva al Tribunal Supremo a concluir que el artículo 43 ha querido limitar los efectos del silencio a «procedimientos formalizados», pues la Ley se limita a mencionar los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y éstos pueden ser procedimientos formalizados o, en caso de que no exista un procedimiento específico, todos aquellos que se tramitan de conformidad con lo establecido en la propia Ley 30/1992, Ley que diseña un procedimiento común de todas las Administraciones Públicas y que tiene como finalidad dar cobertura a todos los supuestos en que no existe procedimiento específico.

La sentencia tal vez pensó en aplicar su doctrina tan sólo al silencio positivo. Así puede desprenderse de su afirmación según la cual *«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»*. Pero lo cierto es que la distinción entre solicitud y procedimiento tiene un alcance general, por lo que si no hay procedimiento en el sentido que establece la sentencia, no hay silencio, ni positivo ni negativo.

En tercer lugar, la exigencia de procedimientos formalizados rompe con la concepción tradicional de la Ley procedimental española como la Ley que establece el procedimiento administrativo común en virtud del cual se tramitan una infinidad de procedimientos administrativos.

El procedimiento establecido en la Ley 30/1992, y ya antes en la Ley de 1958, no es únicamente un conjunto de reglas supletorias que se apliquen como complemento de procedimientos singulares o formalizados, sino que constituye el procedimiento administrativo común en virtud del cual se tramitan múltiples expedientes administrativos.

La doctrina del Tribunal Supremo supone negar que en todo este tipo de procedimientos comunes pueda aplicarse el silencio, ya que, según la misma, el artículo 43 no se refiere a todos los procedimientos, sino tan sólo a los formalizados. Por tanto, los procedimientos que se tramiten conforme a la Ley 30/1992, es decir, según el procedimiento administrativo común, de hecho sólo podrán finalizar mediante resolución expresa, dejando en un limbo jurídico las situaciones en las que la Administración guarde silencio.

Por último, la referencia a la Disposición Adicional Tercera como argumento para reforzar la tesis relativa a la necesidad de contar con procedimientos formalizados tampoco nos parece convincente. Como dice el voto particular, *«el hecho de que la disposición adicional tercera de la ley 30/1992 mande adecuar los procedimientos a la nueva ley en materia de silencio no implica que el silencio sólo se produzca en los procedimientos formalizados, que se reducen en un número importantísimo, sino en la mera aplicación del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución y 62.2 de la ley 30/1992»*.

La Disposición Adicional Tercera no tiene como fin relacionar los únicos procedimientos que cuentan con la garantía del silencio. Su finalidad es otra: permitir que mediante Real Decreto se adecuen los procedimientos anteriores a la Ley 30/1992 a su contenido.

IV. UNA CONSIDERACIÓN PROCESAL. LA REMISIÓN DE LAS ACTUACIONES A LA VÍA DEL ARTÍCULO 29.1 DE LA LEY JURISDICCIONAL

El fallo de la sentencia desestima el recurso contra la inexecución por parte del Ministerio de Fomento del acto firme de reconocimiento del derecho a percibir determinada cantidad por *«no existir el acto firme de reconocimiento a que el recurrente se refiere y en cuya base acciona»*.

La desestimación del recurso se fundamenta en último término en un defecto de planteamiento de la demanda al haber acudido a la vía del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional, que exige la existencia de un acto firme. Así las cosas, cabe plantearse si la acción frente a la inactividad administrativa pudo ejercitarse por la vía del artículo 29.1, al entender que nos encontramos ante un supuesto en el que la Administración en virtud de un contrato está obligada a realizar una prestación concreta a favor de una persona determinada. Si se hubieran cumplido los requisitos formales exigidos en dicho precepto (reclamación previa de dicha obligación a la Administración y transcurso de tres meses sin respuesta administrativa), creemos que procedería reconducir la acción defectuosa a la acción del artículo 29.1 por razones de economía procesal y justicia material. En este sentido, debería tenerse presente que el recurrente pudo acudir a la vía del artículo 29.2 atendiendo a una jurisprudencia mayoritaria que reconocía la corrección de este proceder.

Esta corrección en sede judicial del error en el planteamiento de la acción que sugerimos ha sido, por otra parte, ya aplicada en sentencias que desestimaron la acción de reclamación de intereses por la vía del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional.

La pregunta que cabe formularse en relación con este tema es la siguiente: ¿pueden los Juzgados y Tribunales declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto al considerar que la reconducción al procedimiento previsto en el artículo 29.1 de la LJCA implicaría su extemporaneidad al haber transcurrido los plazos previstos en este precepto?

Recordemos que los plazos señalados en uno y otro apartado son diferentes. Mientras que en el procedimiento regulado en el apartado 1 del artículo 29 de la LJCA se prevé que si, transcurridos tres meses desde que se efectúa la petición a la Administración, ésta no contesta, el interesado podrá promover recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a computar desde la finalización del plazo de tres meses señalado, en el procedimiento previsto en el apartado 2 del citado artículo 29 de la LJCA la combinación de los plazos es bien distinta, ya que en primer lugar se ha de esperar el plazo de tres meses para que la Administración no conteste, y por tanto se produzca el acto administrativo obtenido por silencio, y posteriormente se ha de solicitar la ejecución del acto administrativo a la Administración y si, en el plazo de un mes, ésta nada responde se podrá iniciar la acción judicial en el plazo de dos meses a computar a partir de la finalización del plazo del mes ya citado.

Así las cosas, si bien es cierto que existen algunos pronunciamientos judiciales que han declarado inadmisibles por extemporáneos recursos contenciosos interpuestos al amparo del artículo 29.2 de la LJCA, al entender que si bien el recurrente cumplía con los plazos señalados en este apartado, su reconducción al procedimiento previsto en el artículo 29.1 de la LJCA conllevaba su inadmisibilidad al no cumplir con los plazos de interposición previstos en el apartado primero del mencionado precepto, creemos que este criterio no puede ser aceptado, ya que eso supondría una vulneración

del derecho a la tutela judicial efectiva, así como del principio *pro actione*, de buena fe y de economía procesal.

En defensa de la tesis que nos parece correcta existen también numerosas sentencias que han invocado la aplicación del referido principio *pro actione*, señalando expresamente que los requisitos de forma deben ser interpretados de forma flexible y no pueden erigirse en obstáculo insalvable para la tutela judicial efectiva. Siendo, asimismo, reiterada la doctrina jurisprudencial que pone de manifiesto que las causas de inadmisibilidad deben interpretarse con carácter restrictivo, de modo que cuando surja la más mínima duda sobre su concurrencia deberá siempre adoptarse la solución más favorable al pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.

En este sentido es muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2003, por la que se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la falta de ejecución de un acto administrativo firme de reconocimiento de determinadas cantidades adeudadas por el Ministerio de Fomento.

Pues bien, la Audiencia Nacional señala:

«... no se puede pretender legítimamente rechazar por inadecuado el procedimiento seguido por la empresa recurrente con el argumento de que técnicamente el precedente era el establecido en el artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional, que exigía que ésta, tras reclamar a la Administración, esperara tres meses, y de no obtener satisfacción a su petición dedujera recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración en el plazo de los dos meses siguientes (artículo 46.2 en relación con el 29.1 LJCA), porque, habida cuenta de que la reclamación mencionada tuvo lugar el 24 de abril de 2003 y que el presente recurso se interpuso en fecha 16 de junio de 2003, la consecuencia, ilógica y carente por completo de sentido jurídico, sería la de entender que la parte actora se habría precipitado —después de diez años de espera— al interponer el recurso jurisdiccional y que éste debía por ello ser inadmitido, primando así a la Administración incumplidora de sus obligaciones y eludiendo de este modo, en virtud de una concepción rigurosamente formalista de las instituciones, la aplicación de una interpretación razonable de las normas legales relativas a los plazos de interposición del recurso (interpretación razonable que resulta exigible a tenor de la doctrina sentada, entre otras, en las sentencias de 23 de mayo de 1995, 25 de enero y 4 de febrero de 2002 y 24 de enero de 2003, dictadas por el Tribunal Supremo y en las sentencias 6/86, de 21 de enero, y 204/87, de 23 de diciembre, dictadas por el Tribunal Constitucional)».

Y es que, como sigue señalando la citada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el «error» en la elección del cauce procedimental tampoco podría tener efectos relevantes, pues se

ha respetado el principio de contradicción, se ha garantizado el derecho de defensa de ambas partes, y no existe discrepancia entre ellas en cuanto a la existencia y cuantía de la liquidación debida y pendiente de abono por la Administración, que constituye el objeto del acto cuya ejecución se pretende, por lo que en modo alguno cabría apreciar indefensión material alguna para las partes anudada a la tramitación del proceso por el procedimiento ordinario.

De este modo, el principio *pro actione* impone y exige a nuestros órganos jurisdiccionales la interpretación restrictiva de los presupuestos procesales legalmente establecidos para el acceso a la justicia.

También resulta sumamente ilustrativo el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona de 24 de marzo de 2003, por el que se resuelve un recurso de súplica interpuesto precisamente contra la Providencia del mismo Juzgado por la que se había acordado seguir el trámite del procedimiento ordinario en relación a un recurso iniciado por demanda al amparo del artículo 29.2 de la LJCA a efectos de conseguir la ejecución del acto presunto firme estimatorio de una reclamación de intereses de demora.

En particular, dicho auto confirma el criterio del Juzgado de tramitar el procedimiento por el cauce del artículo 29.1, pero haciendo expresa referencia al principio de economía procesal y a la buena fe de la actora como causas impositivas de considerar que, desde la perspectiva del procedimiento ordinario, el recurso habría sido interpuesto extemporáneamente, y ello por cuanto:

«La buena fe procesal de la actora y su conducta consecuente y diligente desde la perspectiva del cauce procesal que se consideraba idóneo, deben librarla de todo temor al respecto. Máxime no habiendo constancia de que la Administración demandada cumpliera con la carga informativa que le venía impuesta por el art. 42.4, párrafo 2.º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, advirtiéndole a la hoy demandante de que el cauce y régimen aplicable a sus solicitudes de 29 de julio y 12 de noviembre de 2002, era el previsto específicamente en el art. 29.1 LJCA.

Por lo demás, hallándose en juego derechos sustantivos que no han prescrito, obligar a la actora a reiniciar todo el proceso desde el principio, constituiría una manera de proceder contraria al principio de economía procesal. Máxime pudiéndose considerar que el último escrito presentado por la demandante en vía administrativa —en fecha 14 de noviembre de 2002— es el que hay que tomar en consideración a los efectos del art. 29 LJCA»¹³.

¹³ También la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2003, en la que se hacen las siguientes consideraciones:

Además, no se puede dejar de invocar el principio de economía procesal, ya que la declaración de inadmisibilidad por extemporaneidad obligaría al reclamante a iniciar un nuevo procedimiento, siendo ello antieconómico, incoherente y carente de toda lógica.

V. CONCLUSIÓN

La sentencia comentada es, sin duda, una resolución importante, por el hecho de haberse dictado por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y por la doctrina que contiene.

Haciendo un juicio de intenciones, nos atrevemos a señalar que en la decisión de los magistrados que votaron a favor de la misma pudo pesar la voluntad de reducir el alcance del silencio positivo cuando está en juego el dinero público, así como el argumento añadido de que encima lo obtenido por silencio se reclama por la vía del artículo 29.2 de la Ley jurisdiccional, de forma tal que el Tribunal se ve obligado a dictar una sentencia de condena a favor de quien ha obtenido el derecho a una prestación económica de la Administración por su inactividad sin poder entrar a revisar ni su causa ni su cuantía.

El propósito puede considerarse plausible. La regulación actual del silencio positivo puede llevar en ocasiones a situaciones contrarias a los intereses generales. Pero, si ello es así, en todo caso su corrección corresponde al legislador¹⁴ y, por otro lado, no creemos que la corrección de un supuesto concreto deba llevar a reformular la configuración general de la figura del silencio administrativo.

«Una interpretación no rigorista ni formalista del mismo [art. 29.2 LJCA] obligada a la luz de todo lo reseñado hasta el momento, nos permite concluir en que no existe obstáculo procesal para conocer del fondo de la pretensión ejercitada por la apelante, conclusión que, además de venir impuesta por el recto entendimiento de lo que significa el derecho a obtener una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental, resulta acorde desde la óptica del principio de economía procesal habida consideración de que resulta de todo punto antieconómico, incoherente y falto de lógica el obligar a la hoy apelante a iniciar un nuevo periplo administrativo, y quizás Jurisdiccional, para obtener un pronunciamiento de fondo que es perfectamente posible en este momento y para el que todos los contendientes han podido formular las alegaciones que han tenido por convenientes, sin que pudiera atisbarse que ninguno de ellos pudiera quedar indefenso en esa tesitura».

¹⁴ El caso de las subvenciones guarda cierto paralelismo con el caso examinado, pero no es idéntico. También la obtención de una subvención por el mero transcurso del tiempo era objetable. Por ello se acudió primero a la teoría de que se trataba de procedimientos iniciados de oficio que no podían dar lugar al silencio positivo y más tarde se llevó a la Ley de subvenciones el efecto negativo del transcurso del tiempo sin resolver. Pero el procedimiento de solicitud de una subvención no puede identificarse con el de la reclamación del derecho al pago de intereses y, por otro lado, si quiere negarse el efecto del silencio positivo a la petición de pago de intereses, lo que debe hacer la Administración es impulsar la reforma legal pertinente en la que así se diga.

En este sentido, como ya hemos apuntado, nos preocupa particularmente el segundo de los argumentos utilizados por la sentencia comentada.

El primer argumento, consistente en afirmar que la reclamación del derecho al cobro de intereses es un procedimiento iniciado de oficio que no genera silencio positivo, es un argumento discutible, que nosotros no compartimos, pero que limita sus efectos a este supuesto concreto.

Por ello insistimos en llamar la atención sobre la segunda línea argumental, en la medida en que establece una doctrina general que deja fuera del silencio, positivo y negativo, a la mayor parte de las solicitudes dirigidas a la Administración. De confirmarse esta teoría creemos que se impone una lectura de la Ley 30/1992 contraria a su espíritu, y se deja en manos de la Administración el determinar cuándo su inactividad da lugar a la garantía del silencio. Basta para ello con que configure o no un procedimiento formalizado.

Así, si tomamos como ejemplo el supuesto de hecho de la sentencia, resultará que ante la solicitud de que se haga efectivo el derecho al cobro de intereses de demora, la falta de respuesta de la Administración no tendrá sanción alguna. Ni existirá reconocimiento del derecho por silencio positivo ni se creará la ficción del acto presunto para poder acudir a la vía judicial. Habrá que confiar en el buen hacer de la Administración.

De esta forma parece que regresemos a la situación anterior a los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, cuando se introdujo en nuestro sistema jurídico la figura del silencio, figura generalizada por la Ley jurisdiccional de 1956 y luego por la Ley procedimental de 1958. Como explican E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ¹⁵, dicha «regulación era en síntesis la siguiente: formulada una petición ante la Administración si ésta no notificaba su resolución al interesado en el plazo de tres meses podía denunciar la mora y transcurridos otros tres meses desde la denuncia sin recibir respuesta alguna podía considerar desestimada la petición al efecto de deducir frente a esta denegación el correspondiente recurso». Ahora el administrado sólo podrá entender desestimada la petición si previamente se ha configurado un procediendo singular en relación al objeto de su petición.

Esta consecuencia creo que aconseja reflexionar sobre el contenido y alcance de la sentencia comentada.

¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13.^a ed., Civitas, Madrid, 2006, pág. 599.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

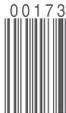
PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00173

19,00 €