



### El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

ACADEMIA

RECIBIDO: 15 de mayo de 2017

ACEPTADO: 4 de septiembre de 2017

#### RESUMEN:

*Uno de los aspectos de la ordenación del derecho de acceso a la información pública contenida en la ley básica estatal más criticados por la ciudadanía es el relativo al sentido desestimatorio del silencio administrativo en el ejercicio del derecho. Incluso algunas leyes autonómicas han tratado de separarse del criterio del legislador estatal, tratando de diseñar una suerte de silencio estimatorio «condicionado». En este trabajo se estudia la virtualidad de una y otra modalidad de silencio en relación específicamente con el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública.*

#### PALABRAS CLAVE:

*Información pública, silencio administrativo*

#### 1. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

El ejercicio formalizado del derecho de acceso a la información pública supone técnicamente el inicio de un procedimiento administrativo a solicitud de «interesado» (es evidente que el término interesado debe entenderse, en este contexto, en un sentido procesal, no sustantivo), todo lo cual es explicitado por el artículo 17.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG). Pues bien, en el caso de que la Administración incumpla el deber legal de resolver y notificar en el plazo previsto para ello, en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado es de aplicación la conocida figura del «silencio administrativo» -antes art. 43 Ley 30/1992 y ahora art. 24 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC)-.

Ahora bien, como es notorio, el silencio administrativo presenta dos modalidades, estimatorio y desestimatorio, por completo diversas, tanto en su naturaleza como en su

<sup>1</sup> TRABAJO REALIZADO EN EL MARCO DEL PROYECTO DER2016-77513-R: "LOS RETOS DE LA GOBERNANZA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO: BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN: SU PROYECCIÓN EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS", MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD.

funcionalidad. Inicialmente, la asignación de una modalidad u otra a cada procedimiento constituye una determinación de la norma que regule el correspondiente procedimiento, si bien la LPAC contiene determinadas reglas generales que no podemos tratar aquí, pues este breve estudio se centra en la virtualidad de una y otra modalidad de silencio en relación específicamente con el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública<sup>2</sup>.

No obstante, se puede ya avanzar que en Derecho comparado el criterio generalizado es el del silencio desestimatorio. En este sentido, la principal norma supranacional en esta materia, el Convenio del Consejo de Europa núm. 205, sobre acceso a los documentos públicos, adoptado por el Comité de Ministros el 27 de noviembre de 2008 (aprobado en Tromsø, Noruega), prevé que el acceso puede denegarse de forma expresa «o implícitamente» -art. 8.1-. Así, en la Unión Europea, el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 mayo, sobre el acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, dispone que la ausencia de respuesta de la institución en el plazo establecido *se considerará una respuesta denegatoria* -art. 8.3-<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> NO PARECE NECESARIO QUE NOS EXTENDAMOS EN ESTA CUESTIÓN, BIEN CONOCIDA, PERO A SUGERENCIA DE UN REVISOR DEL TRABAJO, RECORDAMOS QUE LA TÉCNICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO SURTIÓ DEBIDO A LA INSUFICIENCIA DE LA MERA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO. ASÍ, MIENTRAS LA CADUCIDAD NO COMPORTA DECISIÓN ALGUNA SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO, EN VIRTUD DE LA TÉCNICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO AL SIMPLE HECHO JURÍDICO QUE SURGE CUANDO VENCE EL PLAZO MÁXIMO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR UN PROCEDIMIENTO SIN QUE LA ADMINISTRACIÓN CUMPLA SU DEBER LEGAL, LA LEY ASIGNA UN SIGNIFICADO EN ORDEN A LA CUESTIÓN DE FONDO, ESTO ES LA CONCESIÓN O DENEGACIÓN DE LO SOLICITADO O PRETENDIDO POR LOS INTERESADOS. AHORA BIEN, EL SILENCIO DESESTIMATORIO NO PRODUCE UN VERDADERO ACTO ADMINISTRATIVO, SINO QUE TIENE POR EXCLUSIVA FUNCIÓN "OFRECER" UNA FICCIÓN LEGAL CON OBJETO DE HACER EFECTIVO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL, ABRIENDO LA VÍA DE RECURSO QUE PROCEDA. ASÍ, LA LPAC -ART. 24.2- DECLARA QUE EL INTERESADO "PUEDE" CONSIDERAR QUE SU PRETENSIÓN HA SIDO DESESTIMADA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO, A "LOS SOLOS EFECTOS DE POSIBILITAR LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ADMINISTRATIVO O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO QUE RESULTE PROCEDENTE". POR EL CONTRARIO, EL SILENCIO ESTIMATORIO DA LUGAR A LA PRODUCCIÓN DE UN VERDADERO ACTO ADMINISTRATIVO -ART. 24.4 LPAC-, SI BIEN "PRESUNTO". ASÍ, LA LPAC -ART. 24.2- DECLARA INEQUÍVOCAMENTE QUE LA ESTIMACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO "TIENE A TODOS LOS EFECTOS LA CONSIDERACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO FINALIZADOR DEL PROCEDIMIENTO". PARA UNA COMPLETA EXPOSICIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL SILENCIO EN NUESTRO DERECHO, VÉASE LA STS DE 16 DE ENERO DE 2015, SALA 3ª, SECCIÓN 5ª, RECURSO DE CASACIÓN 691/2013. ASIMISMO, NOS REMITIMOS A LA ABUNDANTE DOCTRINA SOBRE ESTA CUESTIÓN. POR CITAR SÓLO LAS MONOGRAFÍAS, VÉANSE AGUADO I CUDOLA, V.: SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD, MARCIAL PONS, MADRID, 2001; ALONSO MAS, Mª J. - NARBÓN LAÍNEZ, E.: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU PROBLEMÁTICA PROCESAL, ED. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2009; AROZ SANTISTEBAN, X.: LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y DE NOTIFICAR Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, MARCIAL PONS, MADRID, 2001; GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E.: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN, MADRID, CIVITAS, 1994; GÓMEZ PUENTE, M.: LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, 4ª ED, ARANZADI, PAMPLONA, 2011; GUILLEN PÉREZ, Mª. E.: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, COLEX, MADRID, 1997; MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I.: LOS ACTOS PRESUNTOS, MARCIAL PONS, MADRID, 1995; PAREJO ALFONSO, L. (DIRECTOR): EL SILENCIO EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ED. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2011; PÉREZ CASTILLO, R.: LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER DE FORMA EXPRESA Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO EFECTO DE DICHO INCUMPLIMIENTO, IAAP, SEVILLA, 2004; OBRA COLECTIVA: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2006.

<sup>3</sup> EN CANADÁ, LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN LO DISPONE EN LOS TÉRMINOS SIGUIENTES: «LE DÉFAUT DE COMMUNICATION TOTALE OU PARTIELLE D'UN DOCUMENT DANS LES DÉLAIS PRÉVUS PAR LA PRÉSENTE LOI VAUT DÉCISION DE REFUS DE COMMUNICATION» (ART. 10.3). EN FRANCIA, EL DECRETO N° 2005-1755 DU 30 DÉCEMBRE 2005 ESTABLECE LO SIGUIENTE: «LE SILENCE GARDÉ PENDANT PLUS D'UN MOIS PAR L'AUTORITÉ COMPÉTENTE, SAISIE D'UNE DEMANDE DE COMMUNICATION DE DOCUMENTS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 2 DE LA LOI DU 17 JUILLET 1978 SUSVISÉE, VAUT DÉCISION DE REFUS» (ART. 17). EN ITALIA, LA LEY 241/1990 DISPONE LO SIGUIENTE: «DECORSI INUTILMENTE TRENTA GIORNI DALLA RICHIESTA, QUESTA SI INTENDE RESPINTA» -ART. 25.4-. EN BÉLGICA, LA LOI RELATIVE À LA PUBLICITÉ DE L'ADMINISTRATION, DISPUSO (ART. 6): «EN CAS D'ABSENCE DE COMMUNICATION DANS LE DÉLAI PRÉSCRIT, LA DEMANDE EST RÉPUTÉE AVOIR ÉTÉ REJETÉE». EN PARAGUAY, LA LEY 1728 DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA DECLARA (ART. 12): «SI UNA VEZ CUMPLIDO LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 11 LA SOLICITUD NO FUERA SATISFECHA O LA RESPUESTA SEA INCOMPLETA, SE CONSIDERARÁ QUE EXISTE NEGATIVA A BRINDAR LA INFORMACIÓN». EN OTROS CASOS LA LEY NO DECLARA EXPRESAMENTE LA SOLICITUD COMO DENEGADA (TÉCNICA DEL SILENCIO), PERO SÍ IMPLÍCITAMENTE, AL ESTABLECER QUE EL SOLICITANTE DEBERÁ ACUDIR A LA VÍA DE RECURSO PROCEDENTE. ASÍ, EN SUIZA, LA «LOI FÉDÉRALE SUR LE PRINCIPE DE LA TRANSPAREN-

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

### 2. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE

Como tantos otros aspectos de la ordenación del entonces llamado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, omitió toda determinación respecto al régimen del silencio (como tampoco precisó el plazo de resolución). Ciertamente, en aplicación de las reglas generales de la propia Ley 30/1992 –art. 43.1–, debía entenderse que era de aplicación el sentido estimatorio del silencio.

Sin embargo, la cuestión fue hartamente confusa, pues en la práctica a menudo se actuó como si fuese aplicable el silencio desestimatorio, dado que con frecuencia se recurría frente a una desestimación “presunta” de la solicitud<sup>4</sup>. Más aún, alguna sentencia llegó a negar la aplicación de la cláusula supletoria del silencio estimatorio, por considerar aplicable la excepción legal referida a los supuestos de transferencia al solicitante facultades relativas al dominio público o al servicio público (!)<sup>5</sup>. Por su parte, las normas estatales y autonómicas que se pronunciaron expresamente sobre esta cuestión declararon el carácter desestimatorio del silencio<sup>6</sup>.

CE DANS L'ADMINISTRATION» DISPONE (ART. 13): «TOUTE PERSONNE PEUT DÉPOSER UNE DEMANDE EN MÉDIATION: (...) B. LORSQUE L'AUTORITÉ N'A PAS PRIS POSITION SUR SA DEMANDE DANS LES DÉLAIS». EN PORTUGAL, LA LEY N.º 46/2007, DE 24 DE AGOSTO, DECLARA: «TANTO A DECISÃO COMO A FALTA DE DECISÃO A QUE SE REFERE O NÚMERO ANTERIOR PODEM SER IMPUGNADAS PELO INTERESADO» (ART. 15.6). EN ECUADOR, LA LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (ART. 21) ESTABLECE: «LA DENEGACIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN O LA FALTA DE CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD, EN EL PLAZO SEÑALADO EN LA LEY, DARÁ LUGAR A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, JUDICIALES Y CONSTITUCIONALES PERTINENTES». O, EN CHILE, LA LEY 20285/2008 ESTABLECE QUE «VENCIDO EL PLAZO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 14 PARA LA ENTREGA DE LA DOCUMENTACIÓN REQUERIDA, O DENEGADA LA PETICIÓN, EL REQUERENTE TENDRÁ DERECHO A RECURRIR ANTE EL CONSEJO ESTABLECIDO EN EL TÍTULO V, SOLICITANDO AMPARO A SU DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN» (ART. 23). LOS EJEMPLOS PODRÍAN SEGUIR. LA EXCEPCIÓN A ESTA PAUTA GENERALIZADA ES LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA DE MÉXICO, LA CUAL ESTABLECE QUE «LA FALTA DE RESPUESTA A UNA SOLICITUD DE ACCESO, EN EL PLAZO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 44, SE ENTENDERÁ RESUELTA EN SENTIDO POSITIVO, POR LO QUE LA DEPENDENCIA O ENTIDAD QUEDARÁ OBLIGADA A DARLE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN UN PERIODO DE TIEMPO NO MAYOR A LOS 10 DÍAS HÁBILES», PERO LA LEY AÑADE «SALVO QUE EL INSTITUTO DETERMINE QUE LOS DOCUMENTOS EN CUESTIÓN SON RESERVADOS O CONFIDENCIALES», POR LO QUE NO EXCLUYE UNA REVISIÓN DE FONDO.

4 POR EJEMPLO, STS 10-6-1996 (TOL 191036); STSJ DE CANTABRIA 18-11-1996 (RJCA 1996\2015); STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, BURGOS, DE 18-11-2002 (TOL 257533); STSJ MADRID DE 20-12-2002 (TOL 484554), STSJ CATALUÑA DE 30-1-2003 (TOL 279533); STSJ DE CASTILLA Y LEÓN (BURGOS) DE 10-10-2003 (JUR 2003\265727); STSJ DE CANARIAS (LAS PALMAS) DE 16-7-2004 (JUR 2004\266497); STSJ CANTABRIA 20 DE OCTUBRE DE 2005 (REC. 753/2004); STSJ ASTURIAS 24 DE OCTUBRE DE 2005 (REC. 67/2000); STSJ ARAGÓN 10-2-2012 (REC. 340/2008); STS 29 DE MAYO DE 2012, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 6622/2009. EN EL CASO DE LA STSJ DE CANARIAS (LAS PALMAS) DE 11-3-2005 (JUR 2005\105325) SE RECURRIÓ LA DESESTIMACIÓN PRESUNTA DE LA SOLICITUD DE ACCESO, PARA LUEGO EL TRIBUNAL AFIRMAR QUE HABÍA OPERADO EL SILENCIO POSITIVO (!).

5 SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 9 MAYO DE 2001 (TOL 143642). EN ESTE CASO UN AYUNTAMIENTO DIRIGIÓ POR DOS VECES AL MINISTERIO DE FOMENTO IDÉNTICAS SOLICITUDES DE ACCESO A DETERMINADA DOCUMENTACIÓN RELACIONADA CON LA OBRA DE UNA AUTOVÍA EN EL TRAMO QUE ATRAVESABA SU TÉRMINO MUNICIPAL. EN AMBOS CASOS TRANSCURRIÓ EL PLAZO DE TRES MESES SIN OBTENER RESPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL, POR LO QUE EL AYUNTAMIENTO SOLICITÓ CERTIFICACIÓN DE ACTOS PRESUNTOS POR CONSIDERAR QUE LAS SOLICITUDES HABÍAN SIDO APROBADAS POR SILENCIO. POR SU PARTE, EL TRIBUNAL DECLARÓ QUE “FRENTE A LAS TESIS SOSTENIDAS POR EL RECURRENTE, DEBE CATEGÓRICAMENTE RECHAZARSE QUE SUS PRETENSIONES HUBIERAN SIDO ESTIMADAS POR SILENCIO POSITIVO. EN TAL SENTIDO ES CLARO QUE RESULTA APLICABLE EL ART. 43.2.B) DE LA LEY 30/92, CUANDO DESPUÉS DE CONSIDERAR QUE PODRÍAN ENTENDERSE ESTIMADAS AQUELLAS SOLICITUDES CUYA ESTIMACIÓN HABILITARÍA AL SOLICITANTE PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS PREEXISTENTES, EXCEPTUA DE DICHO SUPUESTO, QUE LA ESTIMACIÓN TUVIERA COMO CONSECUENCIA, QUE SE TRANSFERIERAN AL SOLICITANTE FACULTADES RELATIVAS AL DOMINIO PÚBLICO O AL SERVICIO PÚBLICO”. ES EVIDENTE QUE EL OBJETO DE LA SOLICITUD NO ERA ADQUIRIR DERECHOS SOBRE UNA OBRA PÚBLICA, SINO ACCEDER A UNA INFORMACIÓN RELATIVA A LA MISMA.

6 ASÍ, LA LEY 37/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE, SOBRE REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTABLECE

De otro lado, ni qué decir tiene que, como en tantos otros ámbitos, con frecuencia, la Administración ha abusado de esta figura legal, pues el silencio negativo constituye un cómodo recurso para que la Administración eluda el (enojoso) deber legal de motivación de sus resoluciones. Así, el Defensor del Pueblo resaltó el alto número de quejas que se reciben de ciudadanos que ven denegadas sus peticiones de acceso a determinada información, sin fundamento legal y generalmente mediante el fácil (para el poder público) y desesperanzador (para el ciudadano) silencio administrativo<sup>7</sup>.

### 3. EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

En el ámbito específico del acceso a la información ambiental la cuestión del silencio administrativo ha sido y es aún controvertida. Inicialmente, la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, en su versión original, dispuso expresamente que "Si venciese este plazo (de resolución) sin que hubiera recaído resolución expresa del órgano competente, la solicitud podrá entenderse desestimada". La propia exposición de motivos de la Ley 38/1995 justificó esta determinación en los términos siguientes: "(...) la falta de resolución expresa de las solicitudes de información sobre el medio ambiente tendrá efecto desestimatorio, habida cuenta que en estos casos la realización efectiva del derecho no se obtiene con el acto presunto estimatorio, sino con la entrega de la documentación solicitada, y ello sin perjuicio del deber de la Administración de resolver en todo caso las solicitudes formuladas y del derecho de los solicitantes a acudir directamente a la vía jurisdiccional".

Sin embargo, la Comisión Europea entendió que el criterio ordenado en la legislación nacional de algunos Estados miembros, según el cual la falta de respuesta a una solicitud de información medioambiental equivalía a una denegación (tal como efectuó la Ley 38/1995), se oponía al requisito del apartado 4 del artículo 3 Directiva 90/313/CEE que exigía específicamente que se dieran las razones del rechazo<sup>8</sup>. Y aparentemente

QUE SI EN EL PLAZO MÁXIMO PREVISTO PARA RESOLVER Y NOTIFICAR NO SE HUBIESE DICTADO RESOLUCIÓN EXPRESA, EL SOLICITANTE PODRÁ ENTENDER DESESTIMADA SU SOLICITUD –ART. 10.8-. LA EXCEPCIÓN ES EL REAL DECRETO 1708/2011, DE 18 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE EL SISTEMA ESPAÑOL DE ARCHIVOS Y SE REGULA EL SISTEMA DE ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DE SUS ORGANISMOS PÚBLICOS Y SU RÉGIMEN DE ACCESO, SEGÚN EL CUAL TRANSCURRIDO EL PLAZO MÁXIMO PARA RESOLVER SIN HABERSE NOTIFICADO RESOLUCIÓN EXPRESA, LA SOLICITUD DE ACCESO SE ENTENDERÁ ESTIMADA –ART. 30.4-. ESTE CRITERIO ÚNICAMENTE TIENE UNA EXPLICACIÓN DE CARÁCTER LEGAL, EN EL SENTIDO DE QUE UN REAL DECRETO NO ES APTO PARA FIJAR UN SILENCIO DESESTIMATORIO, PUES LA LEY 30/1992 IMPONÍA, COMO LA ACTUAL, UNA RESERVA FORMAL DE LEY –ART. 43.1-, TAL COMO SEÑALÓ EL CONSEJO DE ESTADO EN SU DICTAMEN DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011 AL PROYECTO DE REAL DECRETO. POR SU PARTE, EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PUEDE CITARSE LA LEY 5/2010, DE 23 DE JUNIO, DE PREVENCIÓN Y CALIDAD AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA, PREVÉ QUE «EN EL CASO DE NO FACILITARSE LA INFORMACIÓN AL SOLICITANTE EN EL PLAZO SEÑALADO DEBERÁ ENTENDERSE DESESTIMADA LA SOLICITUD» (ART. 12.2).

7 INFORME A LAS CORTES GENERALES 2011, P. 628. AÑOS ANTES DECLARÓ QUE "LAS ADMINISTRACIONES CON EXCESIVA FRECUENCIA DENIEGAN EL ACCESO MEDIANTE EL SILENCIO". DEFENSOR DEL PUEBLO, INFORME A LAS CORTES GENERALES 2004, P. 916.

8 LA COMISIÓN SEÑALABA QUE LA JUSTIFICACIÓN DADA PARA ADOPTAR ESTE CRITERIO ES EN GENERAL LA NECESIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DE TENER UNA "DECISIÓN", AUN FICTICIA, PARA QUE LA PERSONA PUEDA

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

debido a este motivo, la reforma de la Ley 38/1995 efectuada por la Ley 55/1999 derogó el precepto arriba transcrito, pero sin declarar tampoco expresamente el sentido estimatorio del silencio. Es decir, de un modo un tanto vergonzante, el legislador omitió pronunciarse sobre el sentido del silencio.

En todo caso, este problema de la compatibilidad del silencio desestimatorio con el deber legal de informar de los motivos de la denegación o limitación fue planteado en dos ocasiones ante el Tribunal de Justicia, ambas resueltas de forma no exenta de ambigüedad. En el primer caso (sentencia de 26 de junio de 2003, Comisión/Francia, C233/00, Rec. p. I6625, apartado 111), el Tribunal de Justicia declaró que la ficción según la cual el silencio administrativo equivale a una resolución denegatoria presunta no puede en sí misma considerarse incompatible con las exigencias de la Directiva 90/313/CEE por la mera razón de que una resolución denegatoria presunta no contiene por definición ninguna motivación. Pero, por otro lado, y de modo contradictorio con la afirmación anterior, el Tribunal de Justicia también señaló que en el supuesto de una denegación presunta de una solicitud de información sobre medio ambiente, la comunicación de la motivación de dicha denegación debe producirse dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud inicial, habida cuenta de que dicha comunicación debe, en tal caso, considerarse una «respuesta» en el sentido del artículo 3, apartado 4, de la Directiva (sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 118)<sup>9</sup>.

Por su parte, en el segundo caso (asunto C186/04, STJCE 21-4-2005), de forma abierta el Consejo de Estado de Bélgica formuló, entre otras cuestiones prejudiciales, la siguiente: ¿Prohíben los artículos 3, apartado 4, y 4 de la citada Directiva, que un "ordenamiento jurídico nacional en la materia" interprete el silencio de la autoridad ante la que se ha presentado una solicitud de información mantenido durante los dos meses a que se hace referencia en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva como una decisión denegatoria presunta de la solicitud y que, por consiguiente, no está motivada, pero que puede ser objeto del recurso judicial o administrativo previsto en el artículo 4?. Ante esta cuestión el Tribunal recuerda la doctrina antes citada del asunto C233/00, limitándose a añadir que: "Únicamente una interpretación de esta índole del artículo 3, apartado 4, de la Directiva 90/313 permite que mantenga su efecto útil dicha disposición, cuya propia redacción implica que la autoridad pública está obligada a motivar toda decisión denegatoria de una solicitud de información".

INTERPONER UN RECURSO DESPUÉS DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO. EN OPINIÓN DE LA COMISIÓN, UNA FICCIÓN JURÍDICA NO DEBE APROVECHARSE EN MODO ALGUNO PARA EXIMIR A LAS AUTORIDADES PÚBLICAS Y A OTROS ORGANISMOS DE SU OBLIGACIÓN DE JUSTIFICAR UNA DENEGACIÓN DENTRO DEL PLAZO ESPECIFICADO EN LA DIRECTIVA. INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO DE 29 DE JUNIO DE 2000, [COM(2000) 400 FINAL DE 29 DE JUNIO DE 2000, PP. 5 Y 12].

<sup>9</sup> DEBE RECORDARSE QUE EN ESTA SENTENCIA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ENTENDIÓ QUE DE LA DIRECTIVA 90/313 NO PODÍA DEDUCIRSE LA NECESIDAD DE QUE SEAN SIMULTÁNEAS LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA Y LA COMUNICACIÓN DE SU MOTIVACIÓN –APARTADO 111–, DE TAL MODO QUE ERA POSIBLE UN SILENCIO NEGATIVO EN EL PLAZO DE UN MES (COMO ORDENABA EL ORDENAMIENTO FRANCÉS) CON UNA POSTERIOR MOTIVACIÓN DENTRO DEL PLAZO DE DOS MESES FIJADO POR LA DIRECTIVA.

De este modo, según el Tribunal, si bien la Directiva 90/313 no se opone, a efectos de la concesión de una tutela judicial efectiva de conformidad con el artículo 4 de la citada Directiva, a la ficción de una decisión denegatoria presunta de una solicitud de acceso a la información tras un silencio de dos meses, el artículo 3, apartado 4, de la mencionada Directiva se opone a que tal decisión no contenga una motivación en el momento de la expiración del plazo de dos meses<sup>10</sup>.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, esta postura es contradictoria, pues se admite el carácter desestimatorio del silencio con la condición (de imposible cumplimiento) de que sea comunicada la motivación de la denegación, aunque sea en una fecha ulterior pero dentro del plazo máximo fijado por la Directiva<sup>11</sup>.

Por su parte, la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, que sustituyó y derogó a la mencionada Directiva 90/313, no permite ya dissociar la resolución de su motivación, tal como sucedía con la Directiva 1990/313, lo cual impide ya aceptar un silencio desestimatorio más una posterior motivación. De este modo, la solución dada por el TJCE en la jurisprudencia antes tratada no es aplicable en la vigente Directiva (salvo que la normativa nacional impusiera un plazo de resolución del procedimiento menor)<sup>12</sup>. Pero, de otro lado, la Directiva 2003/4 –art. 6.1–, tal como establecía la Directiva anterior, ordena a los Estados garantizar que toda persona que considere que su solicitud de información ha sido *ignorada* puede acceder a un recurso, lo cual hace pensar que la cuestión no está en absoluto resuelta<sup>13</sup>.

10 LO QUE AÑADE EL TRIBUNAL ES QUE “LA DECISIÓN DENEGATORIA PRESUNTA CONSTITUYE CIERTAMENTE UNA «RESPUESTA» EN EL SENTIDO DE ESTA DISPOSICIÓN PERO DEBE CONSIDERARSE ILEGAL” –CONSIDERANDOS 35 Y 36-. PERO PARA COMPLICAR MÁS AÚN EL TRATAMIENTO DE ESTE TEMA, EL TRIBUNAL ADMITE, COMO NO PODÍA SER DE OTRA MANERA, QUE EL SILENCIO DE LA AUTORIDAD PÚBLICA DURANTE UN PLAZO DE DOS MESES EQUIVALE A UNA DECISIÓN QUE PUEDE SER OBJETO DE RECURSO DE CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL –CONSIDERANDOS 38 Y 39-. ASÍ, LA ABOGADO GENERAL MANIFESTÓ QUE “EL MERO SILENCIO DE UNA AUTORIDAD DURANTE EL PLAZO DE DOS MESES NO PUEDE CONSTITUIR UNA FORMA DE ACTUACIÓN COMPATIBLE CON LA DIRECTIVA PARA TRAMITAR UNA SOLICITUD DE ACCESO A INFORMACIÓN EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL. ANTES BIEN, LA INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO DE UNA AUTORIDAD, REALIZADA POR MINISTERIO DE LA LEY, COMO CONSTITUTIVO DE UNA DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD PRESENTADA ANTE LA MISMA NO PUEDE SER MÁS QUE UNA CONSTRUCCIÓN AUXILIAR MEDIANTE LA CUAL DEBE PERMITIRSE AL CIUDADANO OBTENER UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LA INACTIVIDAD (CONTRARIA A DERECHO) DE LA AUTORIDAD EN SU ACCIÓN EXTERNA”.

11 ASÍ LO RECONOCIÓ INICIALMENTE LA ABOGADO GENERAL DEL ASUNTO C186/04: “A PRIMERA VISTA, LAS DECLARACIONES CONTENIDAS EN LA SENTENCIA COMISIÓN/FRANCIA PARECEN CONTRADICTORIAS: POR UN LADO DEBE ADMITIRSE UNA DECISIÓN DENEGATORIA PRESUNTA; POR OTRO, SIN EMBARGO, HA DE EXISTIR UNA OBLIGACIÓN DE DAR UNA RESPUESTA EXPRESA AL SOLICITANTE DENTRO DEL PLAZO DE DOS MESES, ES DECIR, DEBEN COMUNICÁRSELE LAS RAZONES DE UNA EVENTUAL DENEGACIÓN. AMBAS PROPOSICIONES NO PARECEN COHONESTARSE, PUES SI UNA AUTORIDAD ESTÁ OBLIGADA A NOTIFICAR EXPRESAMENTE AL SOLICITANTE LAS RAZONES DE SU DECISIÓN, NO QUEDA MARGEN ALGUNO PARA LA EXISTENCIA DE DECISIONES DENEGATORIAS PRESUNTAS DEJANDO SIMPLEMENTE QUE EXPIRE UN PLAZO DE PROCEDIMIENTO”. SE AÑADÍA QUE DEBE COMUNICARSE DE OFICIO AL CIUDADANO LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DE DENEGACIÓN DE SU SOLICITUD, SI BIEN NO NECESARIAMENTE JUNTO CON LA VERDADERA RESOLUCIÓN, PERO SÍ EN CUALQUIER CASO DENTRO DEL PLAZO DE DOS MESES.

12 ASÍ, LA COMISIÓN CONSIDERÓ ACLARADA LA SITUACIÓN CON ESTE PRECEPTO –ART. 4.5- SEGÚN EL CUAL LA NEGATIVA A FACILITAR LA TOTALIDAD O PARTE DE LA INFORMACIÓN PEDIDA SE NOTIFICARÁ AL SOLICITANTE EN LOS PLAZOS FIJADOS. EN ESTE SENTIDO, RAMS RAMOS (2005, 720).

13 FERNÁNDEZ RAMOS (2009, 172 Y SS). ASÍ DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA DIRECTIVA ALGUNAS INSTITUCIONES PROPUSIERON LA INTRODUCCIÓN EXPRESA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, PERO ESTA PROPUESTA FUE RECHAZADA

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

Y en nuestro ordenamiento, tal como efectuara la Ley 55/1999, la vigente Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de transposición de la Directiva 2003/4/CE, omite toda referencia al sentido del silencio, tal vez para evitar problemas de conformidad con la Directiva a la vista de la confusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes examinada. De este modo, se mantiene la misma situación de incertidumbre que introdujo la Ley 55/1999: se omite intencionalmente la atribución expresa del sentido desestimatorio del silencio –con objeto de evitar cuestionamiento de conformidad frente a la Directiva–, pero tampoco se declara de forma explícita el sentido estimatorio del silencio<sup>14</sup>.

Inicialmente, en esta situación de falta de pronunciamiento de la norma que ordena el procedimiento, y como sucedía con el acceso general a los archivos y registros administrativos, debía entenderse aplicable la regla general del silencio estimatorio prevista en la Ley de procedimiento administrativo común (antes el artículo 43.1 Ley 30/1992 y actual artículo 24.1 LPAC)<sup>15</sup>. Por su parte, aun cuando han sido relativamente frecuentes los casos en los que los tribunales entienden que al silencio de la Administración debe atribuirse un sentido desestimatorio de la solicitud<sup>16</sup>, finalmente la jurisprudencia más reciente ha admitido la aplicación de la regla general del silencio estimatorio<sup>17</sup>.

No obstante, la cuestión está nuevamente lejos de ser zanjada. Así, los propios tribunales han matizado el alcance de este silencio estimatorio: «el silencio administrativo operaría de una manera peculiar, con un alcance limitado. Admitiendo que pueda hablarse en caso de falta de respuesta expresa de la Administración de "silencio administrativo", el mismo ni puede amparar la obligación de dar información de la que no se dispone, pues se trataría de una obligación de contenido imposible, ni la de dar información restringida por las causas que el artículo 13 de la Ley 27/2006 establece, en cuanto afecta a bienes jurídicos, derechos e intereses legítimos de terceros que la propia Ley trata de tutelar»<sup>18</sup>. Es decir, se trataría de trasladar a este ámbito la conocida

TANTO POR LA COMISIÓN, QUE CONSIDERÓ QUE "LA PROPUESTA YA ESTABLECE QUE LOS SOLICITANTES PUEDEN HACER USO DE LOS MECANISMOS DE RECURSO PREVISTOS EN LOS CASOS DE FALTA DE RESPUESTA DENTRO DEL PLAZO" [PROPUESTA MODIFICADA DE 6 DE JUNIO DE 2001. COM(2001) 303 FINAL, P. 11], COMO POR EL CONSEJO, EL CUAL ENTENDIÓ QUE EL SILENCIO DEBE DAR LUGAR A LOS RECURSOS PREVISTOS (POSICIÓN COMÚN DEL CONSEJO DE 28 DE ENERO DE 2002. DOCE 113 E DE 14-5-2002, P. 14).

14 EN EL INFORME DE LA OFICINA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE ("EN QUÉ MEDIDA HA APLICADO LA UE EL CONVENIO AARHUS?", INFORME PREPARADO POR RALPH HALLO, 2 DE OCTUBRE DE 2007, P. 22), SE SEÑALABA LA INCERTIDUMBRE EXISTENTE.

15 ASÍ LO ENTIENDEN RAZQUIN Y A. RUIZ DE APODACA (2007, 218); LOZANO (2007, 192).

16 STSJ DE LA COMUNIDAD DE MADRID 1559/2006 DE 26 SEPTIEMBRE, JUR\2007\167229. EN ESTE CASO, LAS SOLICITUDES DE INFORMACIÓN ERAN DE JUNIO DE 2002, ES DECIR, CUANDO YA ESTABA EN VIGOR DESDE HACÍA AÑOS LA LEY 55/1999. IGUALMENTE SUCEDE EN EL CASO DE LA STSJ DEL PAÍS VASCO NÚM. 512/2003, DE 16 DE JUNIO.

17 STS DE 16 DE ENERO DE 2015, SALA 3ª, SECCIÓN 5ª, RECURSO DE CASACIÓN 691/2013. ADEMÁS, LA SENTENCIA AVALA EL USO EN ESTOS CASOS DE SILENCIO ESTIMATORIO QUE NO PUEDE SER EJECUTADO POR EL SOLICITANTE DE LA MODALIDAD DE RECURSO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 29.2 LJCA

18 STSJ CANARIAS (LAS PALMAS) NÚM. 175/2012, DE 23 NOVIEMBRE (RECURSO 225/2011), SEGUIDA POR LA STSJ MADRID

regla vigente en el ámbito del urbanismo de prohibición de la adquisición de derechos o facultades contrarias al ordenamiento jurídico, pero sin el apoyo legal que esta regla tiene en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (art. 11.3 del RDL 7/2015).

#### 4. LA OPCIÓN DE LA LTAIBG POR EL SILENCIO DESESTIMATORIO

Como es sabido, la LTAIBG –art. 20.4– establece que transcurrido «el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada». De este modo, la LTAIBG opta por establecer expresamente el silencio administrativo con efectos desestimatorios, lo cual fue motivo de crítica durante el proceso de elaboración de la Ley por distintas organizaciones cívicas y algunas instituciones<sup>19</sup>.

Lo cierto es que el silencio estimatorio en este tipo de procedimientos es, aparentemente, muy plausible para el solicitante, pero no está exento de inconvenientes tanto desde la perspectiva de los intereses públicos y privados protegidos por el ordenamiento, como incluso desde la perspectiva del propio solicitante<sup>20</sup>. Respecto a los bienes jurídicos protegidos por la ley, el propio Consejo de Estado, en su dictamen al proyecto de ley, consideró que la solución adoptada resulta lógica y adecuada a Derecho:

«Debe tenerse en cuenta, ante todo, el especial objeto sobre el que se proyecta el derecho de acceso que regula el anteproyecto, que no es otro que la información pública tal y como se define en el artículo 9. Esta información puede versar sobre una multiplicidad de actividades públicas y puede incluir en muchos casos datos relativos a materias o a terceros dignos de una especial protección. Desde esta perspectiva, es evidente que el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y regulado más extensamente en la Ley proyectada puede po-

(SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 6ª) NÚM. 365/2016, DE 16 JUNIO, RECURSO 134/2015. A ESTAS CAUSAS, LA STS 11 DE JULIO DE 2014 (Nº DE RECURSO: 1296/2012) AÑADE QUE NO CABE ENTENDER ESTIMADA LA PETICIÓN DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN POR SILENCIO POSITIVO, CUANDO EL ÓRGANO AL QUE SE DIRIGE LA PETICIÓN, SI BIEN TIENE LA INFORMACIÓN EN SU PODER, NO ES EL ÓRGANO COMPETENTE PARA SU RESOLUCIÓN (EN EL CASO SE TRATABA DE UN INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA, DE MODO QUE ERA DE APLICACIÓN EL ART. 5 DEL REGLAMENTO 1049/2001).

19 POR EJEMPLO, LA PLATAFORMA GOVERN OBERT, O LA RED DE ABOGADOS PARA LA DEFENSA AMBIENTAL (RADA), LA ASOCIACIÓN ARCHIVEROS ESPAÑOLES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, LA ASOCIACIÓN DE ARCHIVEROS DE CASTILLA Y LEÓN (ACAL) Y LA ASOCIACIÓN DE ARCHIVEROS Y GESTORES DE DOCUMENTOS VALENCIANOS TODAS ELLAS EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO. INCLUSO EL SINDIC GREUGES DE CATALUÑA, «EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, INFORME EXTRAORDINARIO», 2012, P. 29, SE HABÍA PRONUNCIADO POR EL SENTIDO ESTIMATORIO DEL SILENCIO, SIN NECESIDAD DE SOLICITUD CONFIRMATORIA. IGUALMENTE, LA OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA, COLECCIÓN ESTUDIOS INTEGRICAT, NÚM. 4, ABRIL 2013, P. 147, ARGUMENTÓ QUE EL SENTIDO POSITIVO DEL SILENCIO CONTRIBUIRÍA SIGNIFICATIVAMENTE A LA CONSECUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE MÁXIMA ACCESIBILIDAD QUE INSPIRA EL DERECHO DE ACCESO.

20 VID., EN ESTE SENTIDO, GUICHOT (2014C, 72), CONSIDERA LAS CRÍTICAS ABSOLUTAMENTE INJUSTIFICADAS; RAMS RAMOS (2015, 659); Y DE LA MISMA AUTORA, RAMS RAMOS (2016, 42). DE OTRA OPINIÓN, APARENTEMENTE, FERNÁNDEZ SALMERÓN (2014, 316). INCLUSO, BALLESTEROS MOFFA (2014B), QUIEN REALIZA UNA CRÍTICA SIN PALIATIVOS A LA PRÁCTICA DEL SILENCIO DESESTIMATORIO («GESTADO COMO GARANTÍA PERO TORNADO EN PREBENDA, Y QUE PERMITE A LA ADMINISTRACIÓN SEGUIR PARAPETANDO SU INDOLENCIA», P. 105), RECONOCE QUE, CON TODO, LA EXCEPCIÓN A ESTE SILENCIO EN LA LTAIBG NO ES TAN DESFAVORABLE COMO PARA EL SUPUESTO DE LAS AUTORIZACIONES URBANÍSTICAS, DONDE LA ACCIÓN RECAE DEL LADO DEL INTERESADO (P. 106).



## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

tencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos de carácter personal, así como el secreto profesional, la propiedad intelectual o la protección del medio ambiente, entre otros) que, en determinados supuestos, hayan de prevalecer sobre aquel. Siendo ello así, no cabe admitir la posibilidad de que, como consecuencia de la falta de resolución expresa en plazo de una solicitud de acceso, esos derechos puedan resultar vulnerados. La sola necesidad de protegerlos frente a la posibilidad de que puedan verse afectados o vulnerados como consecuencia de la estimación presunta de las solicitudes de acceso a la información pública justifica *per se* la regla del silencio negativo contenida en el precepto examinado, por cuanto "la protección de los derechos" se configura en el artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como una razón imperiosa de interés general, categoría en la que también se incluyen el orden público, la seguridad pública, la lucha contra el fraude o la protección del medio ambiente, entre otros ejemplos que igualmente permitirían sustentar en este caso la regla del silencio negativo»<sup>21</sup>.

La aplicación del silencio estimatorio, dada su naturaleza de verdadero acto administrativo declarativo de derechos determinaría que la Administración se encontraría inhabilitada para dictar una resolución expresa tardía de carácter desestimatorio, debiendo acudir al mecanismo de la revisión de oficio, hoy en día sólo permitido en el caso de actos nulos de pleno derecho –art. 106.1 LPAC–, lo cual podrá darse en aquellos supuestos en los que la ejecución de la resolución estimatoria de la petición de información obtenida por silencio vulnerase el derecho fundamental a la protección de datos –art. 47.1.a) LPAC–, pero es evidente el riesgo para los bienes jurídicos tutelados por la Ley<sup>22</sup>.

Más aún, en el caso de que pudieran verse afectados datos especialmente protegidos, es evidente que una ley estatal que permitiera la obtención de la información por mero

21 EN ESTE SENTIDO, EL REPRESENTANTE DEL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN LA COMISIÓN CONSTITUCIONAL SEÑALÓ: «SI EL SILENCIO FUESE POSITIVO, UNA VEZ QUE LA ADMINISTRACIÓN NO HA ACTUADO IMPLICARÍA QUE A LA ADMINISTRACIÓN SOLO LE CABRÍA LA OPCIÓN DE DAR LA INFORMACIÓN. Y SI LA ADMINISTRACIÓN, OCURRIDO EL SILENCIO, NO DA LA INFORMACIÓN Y EL CIUDADANO ACUDE A LOS TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, LOS TRIBUNALES YA NO PUEDEN ENTRAR SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO, LO ÚNICO QUE PUEDEN DECIDIR ES QUE LA ADMINISTRACIÓN ENTREGUE LA INFORMACIÓN. POR LO TANTO, NOS PODRÍAMOS ENCONTRAR CON SUPUESTOS EN QUE LOS TRIBUNALES, SIN ENTRAR EN EL FONDO DEL ASUNTO, ESTARÍAN OBLIGANDO A LA ADMINISTRACIÓN A ENTREGAR HISTORIALES CLÍNICOS, TEMAS QUE AFECTAN A LA SEGURIDAD NACIONAL, A LA DEFENSA O A LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS, POR PONERLES LOS EJEMPLOS TÍPICOS». DSCD, X LEGISLATURA, 2013, NÚM. 290, P. 27. RIESGO TAMBIÉN APUNTADO POR RAMS RAMOS (2005, 724).

22 COMO SEÑALA EL SUPREMO, LO QUE «NO RESULTA POSIBLE ES DESVIRTUAR LA REGULACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO, PARA EVITAR QUE LOS ACTOS OBTENIDOS EN SU VIRTUD TENGAN LOS MISMOS EFECTOS QUE LOS OBTENIDOS DE FORMA EXPRESA. LA ADMINISTRACIÓN, CUYA INACTIVIDAD HA PROVOCADO LA RESPUESTA ESTIMATORIA PRESUNTA, CARECE YA DE LA POSIBILIDAD DE IGNORARLOS (NI DE CONTRADECIRLOS POR ACTOS ULTERIORES DESESTIMATORIOS DE LAS SOLICITUDES ESTIMADAS) SI NO ES A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE REVISIÓN QUE AQUELLA LEY ESTABLECE» (STS 9-12-2010, REC. 1927/2008). MÁS RECIENTEMENTE, EL SUPREMO HA DECLARADO QUE LA INTERPRETACIÓN CONTRARIA, ES DECIR, LA CONSISTENTE EN QUE EL ACTO ADQUIRIDO POR SILENCIO POSITIVO PUEDE SER DIRECTAMENTE DESPLAZADO POR UN ACTO EXPRESO POSTERIOR EN LOS CASOS DEL ART. 47.1.F) LPAC, SERÍA NO SOLO CONTRARIA A LA NATURALEZA DEL SILENCIO POSITIVO PLASMADA EN LA MISMA LEY SINO TAMBIÉN A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA QUE LA PROPIA LEY TAMBIÉN RECOGE (STS 27-1-2016, RJ 2016/429).

silencio administrativo sería inconstitucional, por invasión de materia reservada a ley orgánica, en este caso la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pues ésta únicamente permite la comunicación de tales informaciones previo consentimiento expreso del afectado, sin que la Administración se encuentre habilitada para suplir la ausencia de tal conformidad ni siquiera mediante una actuación expresa y, menos aún, presunta. De este modo, ni siquiera la propia Ley básica estatal podría establecer un silencio estimatorio incondicionado.

Pero aun cuando no se trate de datos especialmente protegidos, debe tenerse presente que en el acceso por terceros al resto de los datos personales, la audiencia a los afectados presenta una relevancia capital, pues en rigor, esta audiencia es la garantía que sustituye al consentimiento del titular ordenado con carácter general en la LOPD –art. 11-, en el caso de acceso a información pública de acuerdo con la LTBG. Tal es la relevancia de esta garantía que cabe la nulidad de pleno derecho de una resolución estimatoria en caso de omisión de este trámite esencial. Por todo ello, no le falta razón a Cubero Marcos cuando señala lo siguiente: «Si el silencio es positivo y, además, la autoridad pública no está obligada a dictar resolución expresa que estime la resolución, estas personas, que se oponen a la difusión o entrega de la información solicitada, pueden ignorar que se están vulnerando sus derechos y, en consecuencia, se les impediría recurrir la decisión tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional»<sup>23</sup>. De otro lado, desde la perspectiva del propio solicitante, como ya advertía la exposición de motivos de la Ley 38/1995, es obvio que una vez producido el silencio estimatorio el solicitante seguirá sin disponer de la información solicitada, pues para ello precisa de la intermediación de la Administración en cuyo poder se encuentra<sup>24</sup>. Por ello, para ejecutar este acto (presunto), al interesado no le queda otra opción que acudir al recurso contencioso-administrativo, conforme al art. 29.2 LJCA, por incumplimiento de una obligación declarada por un acto administrativo (en este caso presunto). Ahora bien, la Ley obliga al interesado a esperar a que el acto presunto gane firmeza, lo que supone el transcurso de un plazo de dos meses para interposición de recurso contencioso por parte de un tercero, y después solicitar a la Administración la ejecución del acto y un mes más de espera antes de poder acudir a la vía contenciosa<sup>25</sup>.

23 CUBERO MARCOS (2017, 14). EL AUTOR AÑADE: «SE HA APUNTADO LA POSIBILIDAD DE RECURRIR POR LA VÍA DE HECHO, PERO PARA ELLO DEBERÍAN TENER CONOCIMIENTO DE QUÉ DATOS SE HAN FACILITADO. POR OTRO LADO, LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN O LA IMPOSIBILIDAD DE PARTICIPAR EN EL PROCEDIMIENTO CONTRIBUYEN A PRODUCIRLES LA INDEFENSIÓN E, INCLUSO, A PERMITIR QUE AGOTEN TODAS LAS VÍAS JURISDICCIONALES HASTA ALCANZAR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LO QUE PODRÍA HABERSE EVITADO SI SE LES HUBIERA OTORGADO AUDIENCIA EN UN MOMENTO ANTERIOR».

24 ASÍ, CÁMPORA (1994, 238), SUGIRIÓ QUE DEBERÍAN CONSIDERARSE DESESTIMATORIOS LOS ACTOS QUE, AUN SIENDO REGLADOS, TRAS SU DECLARACIÓN EXIGIERAN UNA ACTUACIÓN POSTERIOR, "POR CUANTO AUNQUE SE OBTUVIESE UN ACTO ESTIMATORIO EL MISMO SERÍA PENA DE AMOR PERDIDA. PUES DE POCO SERVIRÍA LA DECLARACIÓN SI CON POSTERIORIDAD NO SE OBTIENE LA EJECUCIÓN DEL ACTO, EJECUCIÓN QUE SÓLO PUEDE OBTENERSE TRAS UNA IMPOSICIÓN JUDICIAL". COMO SEÑALARA MORILLO-VELARDE PEREZ (1993, 169) EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO PUEDE SER OPERATIVO ANTE LA PASIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE POTESTADES DE POLICÍA Y CONTROL, EXPRESADAS EN ACTOS COMO AUTORIZACIONES, APROBACIONES O LICENCIAS, DONDE, EN SU CASO, LA INHIBICIÓN ADMINISTRATIVA PUEDE SATISFACER LA PRETENSIÓN DEL PARTICULAR.

25 ART. 29.2 LJCA: «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». LA OTRA POSIBILIDAD ES UTILIZAR LA VÍA DEL APARTADO 1º DEL MISMO

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

Por el contrario, el sistema de silencio desestimatorio deja expedita la vía contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad, si así lo desea el solicitante, de formular la reclamación ante el órgano independiente prevista en la LTBG –art. 20.5 y 24.1-. Además, para colmo, el indicado recurso contencioso por inactividad está sujeto al plazo de dos meses desde el vencimiento del plazo para resolver la reclamación –art. 46.2 LJCA-, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 188/2003, 220/2003, 14/2006, 175/2006, 321/2006, 27/2007, 32/2007, 40/2007, 106/2008, 117/2008) viene declarando la falta de preclusión de los plazos de interposición del recurso (administrativo y contencioso) en caso de silencio administrativo desestimatorio, doctrina finalmente reflejada en la LPAC –arts. 122.1 y 124.1-, y extendida por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al ámbito de la reclamación en materia de acceso<sup>26</sup>.

Incluso la consecuencia antes señalada del silencio estimatorio de prohibir una posterior resolución desestimatoria, y que aparentemente es beneficiosa para el solicitante, en estos casos en los que el acto presunto no es susceptible de ser ejecutado por el interesado es en el fondo perjudicial, pues proscribire, por ejemplo, una resolución tardía parcialmente estimatoria de la solicitud, la cual es perfectamente posible en el caso de silencio desestimatorio –art. 43.4.b) LRJPAC-.

Podrá señalarse que en caso de silencio estimatorio el órgano judicial debe limitarse a constatar la producción efectiva del acto y su firmeza, y en tal caso, a ordenar su ejecución, sin poder entrar en el fondo acerca de la existencia o no de algún límite legal al acceso a la información. Sin embargo, esto no es nada claro a partir de la formulación por la Administración de la contestación de la demanda<sup>27</sup>.

Así, en relación con el acceso a la información ambiental, ya se apuntó más arriba que los tribunales han declarado que el silencio estimatorio «ni puede amparar la obligación de dar información de la que no se dispone, pues se trataría de una obligación de contenido imposible, ni la de dar información restringida por las causas que el artículo

ARTÍCULO 29: «CUANDO LA ADMINISTRACIÓN, EN VIRTUD DE (...) UN ACTO (EN ESTE CASO, PRESUNTO) (...), ESTÉ OBLIGADA A REALIZAR UNA PRESTACIÓN CONCRETA EN FAVOR DE UNA O VARIAS PERSONAS DETERMINADAS, QUIENES TUVIERAN DERECHO A ELLA PUEDEN RECLAMAR DE LA ADMINISTRACIÓN EL CUMPLIMIENTO DE DICHA OBLIGACIÓN». PERO ESTA VÍA EXIGE RECLAMAR A LA ADMINISTRACIÓN EL CUMPLIMIENTO DE LO SOLICITADO, LA CUAL DISPONE DE TRES MESES! PARA RESOLVER. ASÍ, CASADO CASADO (2014, 833).

26 DE ACUERDO CON LA LPAC –ART. 112.2-, LA LEY QUE SUSTITUYA AL RECURSO ORDINARIO DEBERÁ RESPETAR LOS PRINCIPIOS, GARANTÍAS «Y PLAZOS» QUE LA LPAC RECONOCE A LAS PERSONAS E INTERESADOS EN TODO PROCEDIMIENTO. CRITERIO INTERPRETATIVO DE 17 DE FEBRERO DE 2016 (CI/2016), RECLAMACIÓN ANTE EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE UNA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN POR SILENCIO. IGUALMENTE, CTBG, R/0114/2016, 23 DE JUNIO DE 2016. ADEMÁS, LA LEY 4/2016 CASTILLA- LA MANCHA –ART. 64.2- OMITIÓ EL PLAZO EN CASO DE SILENCIO.

27 GUICHOT (2016, 5). COMO SEÑALA CON RAZÓN CUBERO MARCOS (2017, 15), EL JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE NO PUEDE EXIMIRSE DE SU OBLIGACIÓN DE COMPROBAR SI EFECTIVAMENTE LA MISMA PUEDE SER OBJETO DE ACCESO O NO Y EXAMINAR SI PUEDEN SER APLICADAS LAS EXCEPCIONES PREVIAS EN LA LEY. MÁS ALLÁ DE QUE EL ACTO SEA O NO FIRME, PUESTO QUE TAMBIÉN DEBERÍA TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS ALEGACIONES PRESENTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN O POR UNA ENTIDAD PRIVADA SUJETA A LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR INFORMACIÓN. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL HA DE SER CONGRUENTE CON LAS ALEGACIONES PRESENTADAS Y ENJUICIAR LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES, PUESTO QUE, AL APLICAR LA LEY, TAMBIÉN DEBE RESPETAR LAS EXCEPCIONES QUE SE PREVEN EN ELLA.

13 de la Ley 27/2006 establece, en cuanto afecta a bienes jurídicos, derechos e intereses legítimos de terceros que la propia Ley trata de tutelar»<sup>28</sup>. Incluso el propio Tribunal Supremo ha señalado que no cabe entender estimada la petición de entrega de documentación por silencio positivo, cuando el órgano al que se dirige la petición, si bien tiene la información en su poder, no es el órgano competente para su resolución, todo lo cual supone una revisión de fondo del asunto<sup>29</sup>.

Por todo ello, en nuestra opinión, es preferible ordenar un silencio desestimatorio que permite reiterar la petición sin incurrir en acto confirmatorio –art. 28 LJCA–, puesto que en puridad no existe acto denegatorio alguno y, de hecho, sobre la Administración sigue pesando el deber legal de resolver, y así ha sido declarado por la jurisprudencia (STS 19-7-2006, Ref. Iustel: §254957), así como acudir a la vía de recurso sin sujeción a plazo<sup>30</sup>.

En tal sentido, la LTAIBG presenta una incorrección en este punto<sup>31</sup>. En concreto, la LTAIBG establece que «Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada». Esta imposición del silencio desestimatorio no se compadece con el régimen general de esta institución establecido en la LPAC –art. 24.3–. En nuestra opinión, habría sido más respetuoso establecer que el interesado «podrá» entender desestimada la solicitud<sup>32</sup>.

En concreto, el interesado podrá elegir entre varias opciones<sup>33</sup>:

- esperar a que la Administración o entidad dicte una resolución expresa tardía, que podrá ser tanto estimatoria como desestimatoria de la solicitud;
- reiterar su solicitud o pretensión, abriendo un nuevo plazo de resolución (pues en caso de silencio desestimatorio no existe acto alguno que permita calificar la solicitud de reiterativa) o
- dar por desestimada su pretensión –activando el silencio desestimatorio– mediante la interposición del recurso procedente sin sujeción a plazo.

28 STSJ CANARIAS (LAS PALMAS) NÚM. 175/2012, DE 23 NOVIEMBRE (RECURSO 225/2011), SEGUIDA POR LA STSJ MADRID (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 6ª) NÚM. 365/2016, DE 16 JUNIO, RECURSO 134/2015.

29 STS 11 DE JULIO DE 2014 (Nº DE RECURSO: 1296/2012). EN EL CASO SE TRATABA DE UN INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA, DE MODO QUE ERA DE APLICACIÓN EL ART. 5 DEL REGLAMENTO 1049/2001).

30 VID., EN GENERAL, AROZ SANTISTEBAN (2015).

31 DEBE SEÑALARSE QUE LA LEY 39/2015, A DIFERENCIA DE LA LEY 30/1992 TRAS LA MODIFICACIÓN EFECTUADA POR LA LEY 25/2009, ÚNICAMENTE EXIGE LA CONCURRENCIA DE RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL CUANDO EL PROCEDIMIENTO TENGO POR OBJETO EL ACCESO A ACTIVIDADES O A SU EJERCICIO –ART. 24.1–, LO CUAL, A PESAR DE SU INDETERMINACIÓN, NO PARECE QUE SEA EL CASO DEL PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO, QUE REQUIERE DE LA INTERMEDIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PARA SU SATISFACCIÓN.

32 FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ (2014, 340). ASÍ, I. MARTÍN DELGADO (2016, 413).

33 FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ (2017, 306).

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

### 5. EL SILENCIO ESTIMATORIO "CONDICIONADO" EN LA LEGISLACION AUTONÓMICA

Dejando de lado las leyes autonómicas que se limitan a reproducir innecesariamente la regla de la ley básica del silencio desestimatorio<sup>34</sup>, la principal cuestión que se suscita en este punto es si las Comunidades Autónomas pueden optar (siempre evidentemente dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas autonómicas) por establecer un silencio estimatorio<sup>35</sup>. En principio, desde una perspectiva formal, si se considera el silencio como una mera determinación procedimental, podría entenderse que no habría inconveniente en admitir esta posibilidad, al tratarse de una determinación procedimental, no sustantiva, y desde la suposición según la cual –aparentemente– el silencio estimatorio es más ventajoso que el desestimatorio para el solicitante. Del mismo modo en que se admite la reducción del plazo del procedimiento, se trataría así de una «mejora» de la ordenación procedimental, que entraría dentro del ámbito competencia propio de las Comunidades Autónomas<sup>36</sup>.

Sin embargo, de entrada, el silencio desestimatorio presenta también una dimensión garantista de los intereses públicos (como es bien conocido, por ejemplo, en materia ambiental) y de los intereses legítimos de terceros (p. ej., titulares de datos personales concernidos). Desde esta perspectiva, la determinación de la LTAIBG puede verse también como una garantía básica en orden a la protección de los derechos y bienes jurídicos que limitan el derecho de acceso –arts. 14 y 15–. Más aún, una ley autonómica que estableciera un silencio estimatorio incondicionado podría permitir el acceso a datos personales especialmente protegidos de un tercero, con el único fundamento del incumplimiento de la Administración de su deber legal de resolver expresamente en plazo, lo cual quebrantaría sin duda –como se ha señalado antes– la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, que exige el consentimiento expreso del afectado. Tal vez debido a estas limitaciones a la aplicación del silencio estimatorio, las leyes autonómicas que han optado de un modo voluntarista por aplicar a este procedimiento esta técnica no lo han hecho de forma incondicionada. Así, se dice que el interesado podrá entender estimada la solicitud «salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley»<sup>37</sup>.

34 LEY 12/2014 CANARIAS –ART. 46.3–; LEY 1/2016 GALICIA –ART. 27.5–.

35 GUICHOT (2014A, 50), SE MANIFIESTA CONTRARIO A ESTA POSIBILIDAD.

36 CONTRARIO A ESTE CRITERIO M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2014, P. 291, CONSIDERA QUE LA DETERMINACIÓN SOBRE EL SILENCIO DESESTIMATORIO DE LA LTAIBG CONSTITUYE PARTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO «COMÚN».

37 LEY FORAL 11/2012 –ART. 30.2–, LEY 8/2015 ARAGÓN –ART. 31.2–, LEY 2/2015 C. VALENCIANA –ART. 17.3–. ESTA ÚLTIMA AÑADE: «EL ÓRGANO COMPETENTE QUEDARÁ OBLIGADO A PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN SOLICITADA, EXCEPTO AQUELLA QUE PUDIERA ENTRAR EN CONFLICTO EVIDENTE CON OTROS DERECHOS PROTEGIDOS, O AQUELLA CUYA DENEGACIÓN TOTAL O PARCIAL, VINIERA EXPRESAMENTE IMPUESTA EN UNA LEY. EN TALES CASOS LA INFORMACIÓN SERÁ DISOCIADA, DANDO CUENTA MOTIVADAMENTE DE ESTA CIRCUNSTANCIA». DE MODO DIVERSO, LA LEY 19/2014 CATALUÑA –ART. 35.1– DECLARA QUE SI LA ADMINISTRACIÓN NO RESUELVE Y NOTIFICA DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO, LA SOLICITUD «SE ENTIENDE ESTIMADA, SALVO QUE UNA NORMA CON RANGO DE LEY ESTABLEZCA EXPRESAMENTE UN EFECTO DESESTIMATORIO, TOTAL O PARCIAL, CON RELACIÓN A UNA DETERMINADA INFORMACIÓN».

De entrada, cabe recordar que todos los límites del derecho de acceso deben estar precisamente cubiertos por una norma con rango de ley, entre ellos y muy principalmente los contemplados en los artículos 14, 15 y 18 LTAIBG, tal como ha entendido ya algún órgano autonómico de garantía<sup>38</sup>. Pero es cierto que, en general, los límites del derecho de acceso no se «imponen» en todo caso, sino que exigen una ponderación de intereses, salvo en relación con determinados límites (como las materias clasificadas o los datos personales especialmente protegidos). ¿Significa esto que el silencio estimatorio sólo es exceptuado en relación con determinados límites pero no respecto a otros? Evidentemente, admitir esta distinción comportaría un enorme grado de incertidumbre.

En cualquier caso, dado que –como nos consta– el silencio no satisface la pretensión del solicitante, éste se ve abocado a dirigirse de nuevo a la Administración o sujeto obligado al que solicitó la información para requerirle la información, haciendo ahora valer el «acto presunto estimatorio presuntamente producido» (valga la redundancia). Pero como quiera que este silencio estimatorio no se produce de forma incondicionada, sino que es exceptuado en «aquellos supuestos impuestos por las leyes», una vez producido el silencio, el solicitante no tiene modo de saber a ciencia cierta qué silencio se ha generado, estimatorio o desestimatorio<sup>39</sup>.

De este modo, al solicitante no le queda otra opción que dirigirse a la Administración en demanda ejecución del «silencio estimatorio presuntamente producido». Así, este sistema de silencio estimatorio *condicionado* viene a conceder, de modo implícito, a la Administración la facultad para apreciar (¿en qué plazo?)<sup>40</sup> si la información a la que en principio tenía derecho el solicitante entra en conflicto con algunos de los límites legales, lo cual supone cabalmente abrir la posibilidad a una resolución expresa denegatoria y tardía (de muy dudosa conformidad con la LPAC –art. 24.3.a)-<sup>41</sup>. Además, es también perfectamente posible que el sujeto obligado tampoco resuelva la solicitud de ejecución del silencio presuntamente estimatorio (¿qué silencio hay que entender producido en este caso?). Ciertamente, tanto la resolución expresa denegatoria como el segundo silencio (¿?) se podrán recurrir, pero cabe ya preguntarse si no es más expedito (pues no requiere una nueva solicitud) y ofrece mayor seguridad jurídica (bien de relevancia constitucional) el sistema de silencio desestimatorio de la LTAIBG<sup>42</sup>.

38 CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO DE C. VALENCIANA, RESOLUCIÓN Nº 14, DE 6 DE OCTUBRE DE 2016. ASÍ, GUICHOT (2014B, 38), SE PREGUNTA: «¿SON LOS LÍMITES DEL ART. 14 Y 15 UNA DE ESAS EXCEPCIONES? PERO SI LO SON, ¿CÓMO VA A ENTENDERSE QUE CONCURREN SIN UNA RESOLUCIÓN EXPRESA TRAS EXAMEN DEL FONDO DEL ASUNTO?».

39 ESTA INSEGURIDAD JURÍDICA HA SIDO TAMBIÉN PUESTA DE MANIFIESTO POR RAMS RAMOS (2016, 6). EN EL MISMO SENTIDO, MESEGUER YEBRA (2014A, 357), ENTIENDE QUE ESTE CRITERIO AÑADE UN NOTABLE GRADO DE INSEGURIDAD JURÍDICA QUE PUEDE HACER MALOGRAR ESA PRIMERA INTENCIÓN BENÉVOLA.

40 EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO DE C. VALENCIANA, RESOLUCIÓN Nº 14, DE 6 DE OCTUBRE DE 2016, ENTIENDE RAZONABLE APLICAR A ESTA SOLICITUD PARA HACER VALER EL SILENCIO POSITIVO EL PLAZO DE UN MES ESTABLECIDO EN LA LTAIBG.

41 ASÍ, GUICHOT (2016, 6).

42 FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ (2017, 308).

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

Tanto es así que algún órgano de garantía ha declarado que, para no dejar en peor condición a los solicitantes en aplicación de este silencio estimatorio que en aplicación del silencio desestimatorio de la LTAIBG (i!), una vez transcurrido el plazo para resolver la solicitud por parte del sujeto obligado, el solicitante también podrá formular la reclamación directamente ante el órgano de garantía o acudir al orden jurisdiccional. De este modo, se admite el recurso por parte del solicitante frente a una estimación presunta<sup>43</sup>. Y se entiende, además, de nuevo para no dejar en peor condición que en aplicación de la Ley básica, que la presentación de esta reclamación no está sujeta a plazo<sup>44</sup>.

Por su parte, la Ley 19/2014 Cataluña, tras establecer una regla similar añade que no se puede adquirir por silencio administrativo el derecho de acceso si concurre alguno de los límites establecidos por esta u otras leyes para tener acceso a la información pública-art. 35.2-. Por tanto, ahora ya sin ningún lugar a dudas sobre la clase de límites, si concurre en la información solicitada alguno de los límites legales, el sentido del silencio administrativo será negativo, y no positivo. En consecuencia, más que un régimen general de silencio administrativo positivo a las solicitudes de información pública, se trata en realidad de un régimen combinado de silencio administrativo desestimatorio (si concurren leyes o límites legales que así lo comporten) y estimatorio (en el resto de casos). Lo cierto es que se trata del mismo criterio seguido tradicionalmente -como es notorio- en el ámbito de las licencias urbanísticas, en el cual se establece que no pueden ser adquiridas por silencio facultades contrarias al ordenamiento, lo cual supone alterar el régimen general del silencio estimatorio establecido en la LPAC<sup>45</sup>.

El problema es que no es nada fácil determinar hasta qué punto los múltiples y complejos límites legales establecidos por la legislación de transparencia deben aplicarse o no y deben prevalecer o no sobre el derecho de acceso, en relación con cada concreta solicitud de información pública, pues ello requiere, con carácter general, de una delicada labor de apreciación del daño y ponderación de intereses en juego<sup>46</sup>.

43 CONSEJO DE TRANSPARENCIA. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO DE C. VALENCIANA. RESOLUCIÓN Nº 14, DE 6 DE OCTUBRE DE 2016.

44 CONSEJO DE TRANSPARENCIA. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO DE C. VALENCIANA. RESOLUCIÓN RELATIVA AL EXPEDIENTE Nº 3/2015, DE 27 DE JULIO DE 2016. ASÍ TAMBIÉN CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ARAGÓN, RESOLUCIÓN NÚM. 1, DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2016.

45 ASÍ, GUICHOT (2016, 8). CRITERIO EXPLICITADO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO Y REHABILITACIÓN URBANA (ART. 11.3 DEL RDL 7/2015), EN RELACIÓN CON EL CUAL LA JURISPRUDENCIA (STS 28-1-2009, REC. 45/207, RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY) HA ENTENDIDO QUE SE TRATA DE UNA SALVEDAD A LA REGLA GENERAL DE LA (AHORA) LPAC, PERMITIDA POR EL ART. 24.1 DE LA PROPIA LPAC («EXCEPTO EN LOS SUPUESTOS QUE UNA NORMA CON RANGO DE LEY ESTABLEZCA LO CONTRARIO»), ARGUMENTO UN TANTO FORZADO PUES LA LPAC CONTEMPLA AQUÍ EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DEL SILENCIO ESTIMATORIO, PERO NO UNA CONFIGURACIÓN DISTINTA DE ÉSTE. EN TODO CASO, ESTE SISTEMA HA DADO LUGAR A LO QUE MONTAÑÉS CASTILLO (2012, 1743 Y 1750), HA LLAMADO «SILENCIO MUTANTE DEPENDIENDO DE LA CONFORMIDAD O NO DEL ACTO CON LA NORMATIVA URBANÍSTICA».

46 COMO SEÑALA LA COMISIÓN DE GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CATALUÑA, SE SUPONE QUE LA PERSONA SOLICITANTE DEBE TOMAR UNA DECISIÓN QUE NO ES NADA FÁCIL: ENTENDER SI EL SILENCIO ADMINISTRATIVO PRODUCIDO ES POSITIVO O NEGATIVO. CRITERIO QUE PUEDE PERFECTAMENTE NO SER COMPARTIDO POR LA ADMINISTRACIÓN, QUE AL CABO DE MÁS DE DOS MESES DE HABER RECIBIDO LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN (POR EL JUEGO DEL PLAZO DE UN MES PARA RESOLVER Y EL DE 30 DÍAS ADICIONALES PARA FACILITAR LA INFORMACIÓN DEL ART. 35.3),

Pues bien, ante la incertidumbre acerca del sentido del silencio producido en cada caso, coincidiendo con el criterio antes señalado, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) considera que una vez producido el silencio administrativo, los interesados pueden presentar una reclamación ante la GAIP, sin necesidad de manifestarse sobre su sentido estimatorio o desestimatorio, ni de argumentar si la resolución presunta producida de esta manera es estimatoria o desestimatoria<sup>47</sup>. Todo lo cual supone, en el fondo, reconocer la inoperancia del criterio del silencio estimatorio en este procedimiento.

## 6. LA APLICACIÓN DEL SILENCIO DESESTIMATORIO

Admitir el silencio desestimatorio en el ejercicio del derecho de acceso no significa, en modo alguno, admitir acríticamente el abuso de esta figura por parte de los sujetos obligados, puesta esta práctica permite eludir las garantías de motivación y notificación de la resolución, si bien parece que los porcentajes de solicitudes no resueltas han descendido sensiblemente en comparación con la situación previa a la LTAIBG<sup>48</sup>. Por ello, no parece superfluo recordar que el silencio administrativo es una reacción del legislador ante una mala praxis administrativa, por lo que no es correcto –como sin embargo a veces expresa alguna resolución de los órganos de garantía– que la Administración disponga de un mes para resolver «mediante resolución expresa o por silencio administrativo», pues no existe tal opción: la Administración siempre está obligada a resolver en plazo<sup>49</sup>.

Asimismo, ante la relativa frecuencia de reclamaciones frente a desestimaciones por silencio, nos parece tibia la postura del CTBG de limitarse a constatar que la Administración o entidad reclamada ha incumplido sus obligaciones de resolver y notificar en plazo. Tal vez sería conveniente, al menos, que el órgano de garantía recordase a la autoridad correspondiente el precepto de la LTAIBG –art. 20.6– según el cual el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen discipli-

---

Y CUANDO LA PERSONA SOLICITANTE ESTÁ CONVENCIDA DEL DERECHO A OBTENERLA GANADO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, PUEDE RESOLVER QUE CONCURREN LÍMITES QUE DETERMINAN EL SENTIDO NEGATIVO DEL SILENCIO. DE MODO QUE EL CIUDADANO ERRADO EN SUS APRECIACIONES HABRÁ ESTADO ESPERANDO MÁS DE UN MES ADICIONAL PARA HACER ALGO QUE PODÍA HABER HECHO MUCHO ANTES: PRESENTAR EL RECURSO O LA RECLAMACIÓN CORRESPONDIENTE POR SILENCIO NEGATIVO.

47 DOCUMENT APROVAT PEL PLE DE LA COMISSIÓ DE GARANTIA DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA (GAIP) EL DIA 7 DE GENER DE 2016. ADEMÁS, ESTA SOLUCIÓN PERMITIRÍA, SEGÚN LA GAIP, QUE LAS EVENTUALES CONTRADICCIONES ENTRE LA LEGISLACIÓN CATALANA Y ESTATAL DE TRANSPARENCIA, EN RELACIÓN CON EL SENTIDO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO, DEJARAN DE TENER TRASCENDENCIA PRÁCTICA, YA QUE SE OFRECE UNA VÍA DE RECLAMACIÓN EN QUE ESTA CUESTIÓN SE CONVIERTE EN IRRELEVANTE.

48 EN LA PRIMERA MEMORIA ANUAL DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (EN ADELANTE CTBG), CORRESPONDIENTE A 2015, PÁG. 61, EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO SE INDICA QUE FUERON RESUELTAS EXPRESAMENTE 3563 SOLICITUDES, POR SÓLO 11 «RESUELTAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO», LO QUE SUPONE UN 0,3 % DEL TOTAL. CON TODO, ES PROBABLE QUE LAS CIFRAS SEAN SENSIBLEMENTE DIVERSAS EN RELACIÓN CON OTRAS ADMINISTRACIONES, COMO LAS LOCALES.

49 P. EJ., CTBG, RESOLUCIÓN 0103/2016, DE 28 DE JUNIO DE 2016.



## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

nario previsto en la correspondiente normativa reguladora (de modo similar, el art. 21.6 LPAC, «el incumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable»)<sup>50</sup>. E, incluso, en caso de reiteración por parte de una misma Administración, sería conveniente que el órgano de garantía instara a los órganos competentes la incoación del correspondiente procedimiento disciplinario<sup>51</sup>.

Pero todo lo anterior no basta. Es necesario que los órganos de garantía y los tribunales extraigan del ordenamiento las máximas consecuencias del incumplimiento por parte del sujeto obligado del deber de resolver, de modo que éste no obtenga beneficio alguno de su propia torpeza. Así, en caso de reclamación cabe cuestionar la exigencia misma de la fundamentación de la reclamación. A este respecto, la Ley 12/2014 Canarias –art. 53.2- exige que el escrito precise, entre otros aspectos, los «motivos por los que se reclama». Esta exigencia de fundamentar la reclamación, que tendría su equivalente en la «razón de la impugnación» ordenada en la LPAC –art. 115.1-, es razonable en caso de desestimación de la solicitud mediante resolución expresa y motivada, pero es claramente perversa en el caso de desestimación de la solicitud por silencio: la Administración que incumple sus deberes legales de resolver y motivar en plazo, obtiene como premio de su mala praxis obligar al solicitante no sólo a recurrir ante su inactividad, sino también a revelar los motivos de su solicitud, de modo incompatible con lo establecido en la LTAIBG –art. 17.3-.

De otro lado, dado que esta forma de terminación del procedimiento supone la elusión del deber legal de motivación obligando al solicitante a recurrir “a ciegas”, debería entenderse que en estos casos de silencio negativo, cuando el interesado plantea el recurso, se invierte la carga probatoria, de modo que corresponde a la Administración justificar suficientemente la denegación de la solicitud. De este modo, si el sujeto obligado no formula en el procedimiento de reclamación alegaciones en defensa de la confidencialidad de la información, ni tampoco las formula un tercero posible afectado, estimamos que el órgano de garantía no está en posición de suplir la inactividad del sujeto obligado (o tercero afectado) planteando posibles causas de inadmisión o límites legales, los cuales requieren, de acuerdo con la Ley, de una específica motivación a cargo del sujeto obligado. De este modo, una vez identificada que la información que se solicita tiene la condición de información pública, y a falta de otra justificación, entendemos que deberá prevalecer el principio de transparencia pública<sup>52</sup>. La única

<sup>50</sup> EN TAL SENTIDO SE HA EXPRESADO YA LA CTBG, RS 0017/2016, 2 DE NOVIEMBRE DE 2016.

<sup>51</sup> LAS LIMITACIONES EN ESTA MATERIA DE LOS ÓRGANOS DE GARANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO VIENEN A CONFIGURARLOS EN NUESTRA OPINIÓN, UNA SUERTE DE «SABUESOS DESDENTADOS».

<sup>52</sup> EN ESTE SENTIDO, EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE LA REGIÓN DE MURCIA, RESOLUCIÓN 17 DE MAYO DE 2016, HA SEÑALADO LO SIGUIENTE: «EN EL CASO CONCRETO QUE NOS OCUPA, LA CONSEJERÍA HA OPTADO POR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO; CON ELLO NO HA ACREDITADO LA EXISTENCIA DE MOTIVO DE DENEGACIÓN ALGUNO. HAY QUE MANIFESTAR QUE, COMO LA LEY DE TRANSPARENCIA ESTABLECE, EL PRINCIPIO QUE CONSAGRA EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN SÓLO PUEDE REFUTARSE MEDIANTE LA EXPOSICIÓN CLARA, MOTIVADA Y JUSTIFICADA POR PARTE DE LA ADMINISTRA-

excepción a esta regla sería el supuesto de que la información aun siendo pública contuviese datos especialmente protegidos, pues en tal caso –como nos consta– prevalece la prohibición de la LOPD –art. 7– de tratamiento de dichos datos, salvo consentimiento expreso del titular.

Pero, además, en caso de reclamación frente al silencio desestimatorio, la competencia del órgano de garantía para decidir cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento –art. 119.3 LPAC–, debería llevar al órgano de garantía a no limitarse únicamente a instar a la Administración o sujeto obligado a que resuelva expresamente la solicitud presentada, pues esta retroacción de actuaciones no viene sino a beneficiar a la Administración que incumple sus deberes legales. Por el contrario, el órgano de garantía debe pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es si procede o no la estimación de la solicitud presentada y, en su caso, sobre cómo se debe proporcionar al ciudadano la información pedida.

No obstante, debe señalarse que en algunos casos, los órganos de garantía, si bien estiman parcialmente la reclamación, no ordenan la comunicación de la información solicitada, sino que se limitan a conminar al sujeto obligado a que dicte una resolución en la que pondere los intereses en juego. Así actúa el CTBG en algunos casos de reclamaciones frente a denegaciones de solicitud por silencio desestimatorio, y en los que el CTBG no encuentra suficientes elementos para resolver sobre la cuestión de fondo, debido fundamentalmente a la falta de colaboración de la Administración reclamada, que obtiene así un beneficio adicional de su propia torpeza<sup>53</sup>.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Aroz Santisteban, X. «Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 170, 2015, pp. 53-86.
- Ballesteros Moffa, L. A. «La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública, ¿el caballo de Troya de la transparencia?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014a, pp. 75-100.

CIÓN QUE LA DENIEGA, DE FORMA EXPRESA Y SIEMPRE CON CRITERIO RESTRICTIVO. LA ADMINISTRACIÓN DEBE ACREDITAR MEDIANTE EL CORRESPONDIENTE TEST DE DAÑO, LA EXISTENCIA DE UN PERJUICIO QUE AFECTE A LOS INTERESES PROTEGIDOS DE FORMA ESPECIAL TANTO EN LA LEY DE TRANSPARENCIA COMO EN LAS NORMAS REGULADORAS DE LA MATERIA ESPECÍFICA. AL NO EXISTIR TAL JUSTIFICACIÓN EXPRESA POR LA ADMINISTRACIÓN, EL CONSEJO DE LA TRANSPARENCIA DEBE PRESUMIR QUE NO CONCURREN LAS LIMITACIONES NI EXCEPCIONES PREVISTAS LEGALMENTE PARA DENEGAR DICHA PETICIÓN» (CURSIVA NUESTRA). DE MODO SIMILAR, SE PUEDE CITAR CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA, RES/113/2016, 30 DE NOVIEMBRE: «EN LA MEDIDA EN QUE EL ÓRGANO RECLAMADO OPTÓ POR NO CONTESTAR A NUESTRO REQUERIMIENTO DE INFORME, EXPEDIENTE Y ALEGACIONES Y, POR TANTO, NO HA INVOCADO NINGÚN LÍMITE O CAUSA DE INADMISIÓN QUE PUDIERA JUSTIFICAR LA DENEGACIÓN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOLICITADA, DEBEMOS ESTIMAR LA PRESENTE RECLAMACIÓN».

53 CTBG, P. EJ., R/0385/2016, 15 DE NOVIEMBRE DE 2016. EN ESTE SENTIDO, I. MARTÍN DELGADO, 2016, P. 23, INDICA QUE EL CTBG ESTÁ LLAMADO A VALORAR NO SÓLO EL RECURSO EN SÍ DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL –COMPROBANDO SI, EN EFECTO, SE HA PRODUCIDO SILENCIO DESESTIMATORIO–, SINO EL FONDO DEL ASUNTO, DETERMINANDO SI EL CIUDADANO TIENE DERECHO O NO A RECIBIR LA INFORMACIÓN REQUERIDA. «DICHÓ SENCILLAMENTE, A TRAVÉS DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA CONTRA UNA DESESTIMACIÓN POR SILENCIO NO SE ESTÁ IMPUGNANDO EL HECHO DE QUE LA ADMINISTRACIÓN NO HAYA RESUELTO EN PLAZO, COMO ESTÁ INTERPRETANDO EL CONSEJO, SINO EL HECHO DE QUE SE HAYA DESESTIMADO –AL MENOS PRESUNTAMENTE– LA SOLICITUD».

## El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador

- -«La inactividad de la administración frente al "derecho a saber" del ciudadano», *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 33, 2014b. pp. 1-29.
- Càmpora, J.A. «El acto presunto», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 82, 1994, pp. 230-245.
- Cano Campos, T. "Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la normativa vigente a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 5, mayo 2004.
- Casado Casado, L. «Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, pp. 819-846.
- Cubero Marcos, J. I.: «El derecho de acceso a la información ambiental y su adaptación a la normativa general sobre transparencia administrativa: algunos casos controvertidos», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 37, 2017.
- Fernández Ramos, S. *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 15, 2009. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M<sup>a</sup>: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. 2014. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M<sup>a</sup>: *El derecho al acceso a la información pública en España*. 2017. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
- Fernández Salmerón, M.: "Procedimiento administrativo e información del sector público", en *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, 2014. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson, pp. 281-321.
- Guichot, E.: «El acceso a la información ambiental: relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Número 33, 2016, Enero-Abril.
- -(Coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, 2014a. Madrid: Ed. Tecnos.
- -«La aplicación de la Ley Andaluza de transparencia en las entidades locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 90, 2014b, pp. 15-55.
- -«Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones», en *La Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*, 2014c. Madrid: CEPC, pp. 61-85.
- Lozano Cutanda, B. "Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente", en *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*, Estudios de Derecho Judicial, nº 137, 2007, pp. 169-205.
- Martín Delgado, I. «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Go-

- bierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en *Las vías administrativas de recurso a debate*, Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. 2016. Madrid: INAP, pp. 369-432.
- Meseguer Yebra, J. "El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, Monográfico, Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, 2014a, pp. 1-34.
  - -«Las "mejoras" autonómicas en la regulación del derecho de acceso a la información pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 90, 2014b, pp. 337 y ss.
  - Montañés Castillo, L. Y. «Silencio "contra legem" en materia de licencias urbanísticas. Una vuelta de tuerca a la doctrina legal del Tribunal Supremo a propósito del proceso de modernización de las Administraciones», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. [coord.], *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, 2012, vol. I, Cizur Menor: Thomson-Civitas, pp. 1740-1758.
  - Morillo-Velarde Perez, J. I. "El silencio administrativo", en Barnés Vazquez (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, 1993, p. 159-180.
  - Rams Ramos, L. 2016. «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41.
  - -«Cuestiones problemáticas en el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas, Libro homenaje a Luis Cosculluela*, 2015. Madrid: lustel, pp. 639-662.
  - -"Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 128, 2005. pp. 709-723.
  - Razquín Lizárraga, J. A. y Ruiz de Apodaca, A. *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario Sistemático a la Ley 27/2006*. 2007. Cizur Menor: Aranzadi.