

LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN FRENTA AL «DERECHO A SABER» DEL CIUDADANO

ADMINISTRATION'S INACTION AGAINST CITIZENS'
"RIGHT TO KNOW"

Luis Ángel Ballesteros Moffa

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de León

RESUMEN

Es sabido que el silencio administrativo constituye una institución tuitiva ante el incumplimiento por la Administración pública de su obligación de notificar resolución expresa en plazo en todo procedimiento administrativo. En la medida en que, o bien reconoce efectos desestimatorios a dicha inactividad formal —con lo que el administrado puede acceder a la impugnación correspondiente—, o bien conlleva la estimación presunta de lo solicitado. Siendo este último, el silencio positivo en vía de petición, el llamado a generalizarse en virtud de las últimas reformas, ligadas a la transposición de la DS y su incidencia codificadora sobre nuestra LRJPAC. Aunque lo cierto es que, en este renovado escenario, el silencio negativo ha irrumpido en el ámbito de la transparencia. Como ya lo hizo, por cierto, en el régimen autorizador urbanístico, en un definitivo giro frente al silencio positivo contra legem. Previendo así la LTAIPBG la desestimación presunta para aquellas solicitudes de información pública que no sean contestadas en tiempo por la entidad u órgano requerido. Así como para las reclamaciones no resueltas que se interpongan contra las resoluciones expresas o presuntas ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

Palabras clave: *Transparencia, acceso a la información pública, información ambiental, silencio administrativo, razones imperiosas de interés general.*

ABSTRACT

It is well known that the administrative silence is a presumption after a certain period without resolving the government in administrative procedures. On the one hand, the negative administrative silence gives effect rejecting the request, and thus it opens the possibility of resource. While, on the other hand, through the positive silence mechanism, it is understood given what has been requested. The recent reforms, in favour of a process of generalization of this second silence, have been the result of the liberalization imperatives in the Services Directive and its impact on our Law 30/1992 or 26th November 1992. But, in this new scenario, the negative silence is confirmed in the area of transparency. As it is already included, by the way, for the planning permission, as the final twist of the screw in the deemed approval contra legem. So that the Law 19/2013 of 9th December 2013 establishes the negative silence for those public information requests not answered in time by the requested entity or body. And for unresolved complaints filed against express or alleged resolutions to the Council on Transparency and Good Governance.

Keywords: *Transparency, access to public information, environmental information, administrative silence, overriding reasons relating to the public interest.*

SUMARIO

1. **STATU QUO EN EL QUE SE INCARDINA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE TRANSPARENCIA.**
 - 1.1. La superación del silencio vinculado al Estado autorizador.

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

- 1.2. La generalización del silencio estimatorio: excepción legal anudada a «razones imperiosas de interés general» y procedimientos preexistentes.
- 1.3. El contrapunto del régimen autorizatorio urbanístico a partir del silencio *contra legem*.
2. EL «SACRIFICIO» POR «RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL» DEL SILENCIO POSITIVO EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.
 - 2.1. Presentación de la controversia.
 - 2.2. Procedimientos para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.
 - 2.3. Procedimientos de impugnación de resoluciones expresas o presuntas ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.
3. EPÍLOGO.
4. BIBLIOGRAFÍA.

Abreviaturas

DS	Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
«Ley paraguas»	Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
«Ley ómnibus»	Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio.
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

- LTAIPBG Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
- LIMA 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.

1. *STATU QUO* EN EL QUE SE INCARDINA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE TRANSPARENCIA

1.1. LA SUPERACIÓN DEL SILENCIO VINCULADO AL ESTADO AUTORIZADOR

En aras de contextualizar el problema del silencio administrativo en el ámbito de la transparencia, no es ocioso recordar que, en virtud de la liberalización de servicios, la institución del silencio administrativo ha venido acomodándose a las renovadas exigencias del modelo de intervención de las Administraciones públicas, con una merma, por un lado, del ámbito de actuación de la inactividad formal como consecuencia de la reducción de los procedimientos sujetos a resolución expresa o presunta de control previo, y, por otro, a través de la consolidación del silencio positivo por la vía de la restricción de la excepción desestimatoria.

Tales criterios de buena regulación, extendidos a todas las actividades económicas por la LGUM, pivotan en torno a la subordinación de los instrumentos de intervención administrativa a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad¹. Siendo únicamente viables los límites o requisitos de ejercicio cuando no se manifiestan discriminatorios² y resultan necesarios por una «razón imperiosa de interés general»: concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en la jurisprudencia europea, reiterado a lo largo del marco regulatorio del sector servicios³ y ahora de unidad de mercado⁴; y siempre a favor de la medida menos restrictiva, conforme a la exigencia de proporcionalidad, como representan las figuras de declaración responsable o comunicación previa⁵.

¹ Condiciones prescritas respecto al establecimiento y prestación de servicios, y a favor tanto de los nacionales como de los no nacionales comunitarios, por los arts. 9.1 DS y 5 «Ley paraguas», de transposición de la Directiva.

² Arts. 14 y 16.2 DS, y 10, 12.2 y 16 «Ley paraguas», conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

³ Arts. 4.8) DS y 3.11 «Ley paraguas».

⁴ Instrumentándose a tal fin el principio de necesidad y proporcionalidad, tanto para la exigencia de autorización como de declaración responsable y comunicación (arts. 5 y 17 LGUM).

⁵ Principio de proporcionalidad no desconocido en la intervención administrativa, en aras del principio *pro libertate*, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina: RIVERO YSERN, E., «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunica-

Luis Ángel Ballesteros Moffa

De suerte que el silencio negativo viene a situarse a la cola de un proceso europeo e interno donde parece primar la permisión del ejercicio del derecho o actividad, a lo sumo con su mera comunicación/declaración; o, en defecto de tal nula o mínima intervención, por detrás del silencio positivo de incumplirse la exigencia de la voluntad administrativa expresa. En el bien entendido de que estos aspectos de la transposición presentan un mayor alcance que el exigido por Europa, de lo que son fiel muestra el art. 39 bis LRJPAC y la LGUM⁶.

Como quiera que no hay silencio sin previo procedimiento orientado a su terminación normal o anormal por resolución expresa, las consecuencias para el mismo serán fatales en los casos de libertad o permisión del derecho, a riesgo de una menor seguridad en las relaciones administrativas⁷. Al igual que en los procedimientos sujetos a declaración responsable o comunicación previa, como renovada excepción a la obligación de resolución expresa: «*se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración*» (art. 42.1 *in fine* LRJPAC)⁸. Aunque será la generalización del silencio positivo en

ciones previas», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 154 y 155; LAGUNA DE PAZ, J.C., «El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio de 2009, pp. 42 y ss.; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «De la intervención administrativa previa al control *a posteriori*: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo de 2010, pp. 115-134; FUERTES LÓPEZ, M., «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic: Los retos de la Directiva de Servicios*, núm. 42, monográfico, junio de 2011, pp. 61 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *ibid.*, pp. 85 y ss.; AGUADO I CUDOLÁ, V., «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en AGUADO I CUDOLÁ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 67-89; GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., *Directiva de Servicios, licencias urbanísticas y ejercicio de actividades*, Comares, Granada, 2012; MORA RUIZ, M., «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico. ¿Nuevas técnicas administrativas?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, julio/septiembre de 2012, pp. 237-275; y CUBERO MARCOS, J.I., *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2013.

⁶ Según la Exposición de Motivos de la Ley «Ómnibus», de transposición sectorial de la DS, «*con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, [la presente Ley] extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados*».

⁷ MUÑOZ MACHADO, S., «Las regulaciones por silencio. (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, enero de 2010, pp. 70-79.

⁸ La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC, que extendió a los modos anormales de terminación procedimental la obligación de notificar resolución expresa, mantuvo, como no podía ser de otra forma, la excepción para estos procedimientos de control *a posteriori*; a los que se unieron los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, los cuales, además, pondrían fin a la vía

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

los procedimientos de parte, más allá del modelo de servicios, la que atraiga el mayor interés de estudio a efectos de los procedimientos de ejercicio del «derecho a saber», en los que no solo se precisa resolución expresa sino además la actividad material de la Administración de suministrar la información solicitada.

1.2. LA GENERALIZACIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO: EXCEPCIÓN LEGAL ANUDADA A «RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL» Y PROCEDIMIENTOS PREEXISTENTES

El origen del último hito favorable al silencio positivo se remonta al art. 13.4 DS, según el cual, *«a falta de respuesta en el plazo fijado [...] se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros»*⁹. Disposición transpuesta para los procedimientos de autorización de servicios, ámbito de liberalización de la DS, por el art. 6 de la llamada «Ley paraguas», al establecer, con carácter previo a la evaluación de toda la normativa sectorial reguladora del acceso y prestación de actividades de servicios¹⁰, que *«los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley [...] deberán garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general»*. Lo que, lejos de quedar constreñido a dicho sector, acabó introduciéndose por la «Ley ómnibus» en el art. 43 LRJPAC, de manera que hoy se reconoce el silencio positivo para todas las solicitudes *«excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley (exigencia formal) por razones imperiosas de interés general (exigencia material) o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario»*.

Bajo la expresión *«razón imperiosa de interés general»*, pues, no solo descansa el presupuesto más importante para la sujeción de actividades de servicios a regímenes de autorización —pudiendo ser sustituidos desde la exigencia de proporcionalidad por medidas menos restrictivas, como la declaración responsable o la comunicación previa del prestador—, sino además el capítulo del silencio estimatorio.

administrativa [art. 109.e) LRJPAC]. Precisamente, como corolario de esta última excepción a la obligación, la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso en su apartado cuatro que *«la terminación convencional de procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje o conciliación, no están sujetos al régimen del silencio administrativo previsto en la Ley»*.

⁹ NETTEL BARRERA, A. C., «El silencio positivo en la Directiva de Servicios y los límites a su aplicación en la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110-1, 2011, pp. 99-118; AGUADO I CUDOLÀ, V., «Libertad de establecimiento...», ob. cit., pp. 79 y ss.

¹⁰ Véase PONCE SOLÉ, J., «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre/diciembre 2009, pp. 216 y ss.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

Pero la reforma por la «Ley ómnibus» del régimen general del silencio hubo de superar aún un importante obstáculo, desde el momento en que su disposición adicional cuarta la vaciara en buena medida de contenido al disponer que «se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto»¹¹. Cautela indiscriminada que aparecería reiterada para sus respectivos ámbitos en los Diarios Oficiales autonómicos, como en la disposición adicional segunda del Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León; disposición adicional segunda del Decreto-ley 1/2010, de 27 de abril, de Modificación de Diversas Leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la Transposición de la Directiva 2006/123/CE; disposición adicional octava de la Ley 3/2010, de 21 de mayo, de Modificación de diversas Leyes para la Transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE; disposición adicional decimotercera de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña; o disposición adicional cuarta de la Ley 12/2010, de 12 de noviembre, de Modificación de diversas Leyes para la Transposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE.

No transcurriría sin embargo mucho tiempo sin que este planteamiento quedara desautorizado por el art. 40 de la Ley de Economía Sostenible¹², estableciendo, en desarrollo de la última exigencia del art. 43 LRJPAC, la obligación estatal y autonómica¹³ de impulsar revisiones normativas de los efectos negativos del silencio en

¹¹ Como advertía ARROYO YANES, L.M., «[...] se trata de una previsión que puede insertarse en la, ya larga, tradición desvirtuadora a la que nos tienen acostumbrados los legisladores en relación con la operatividad del silencio positivo y que resta seriedad e impulso a una declaración tan relevante como la referida, que queda así, por completo, desnaturalizada» («El libre acceso a las actividades de prestación de servicios y sus consecuencias jurídico-administrativas», en QUINTANA LÓPEZ, T. [dir.] y CASARES MARCOS, A. [coord.], *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 477). O, en palabras de MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y., «acto seguido, sin embargo, en su disposición adicional cuarta, echa el freno y, en un claro acto de cobardía, convalida todos los supuestos anteriores de silencio negativo establecidos en normas legales precedentes» («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*, Thomson-Civitas, Navarra, 2012, vol. I, p. 1748).

¹² «Hasta tal punto resultó grosero el apaña pretendido por el legislador en 2009 que, antes de que se cumplieran dos años, él mismo tuvo que echar, para decirlo con palabras jardielescas, freno y marcha atrás»: JIMÉNEZ BLANCO, A., «Silencio administrativo y justicia civil: todo puede empeorar», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson-Civitas, Navarra, 2012, vol. I, p. 2547.

¹³ «[...] Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derivada de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Dicha eva-

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

todos aquellos procedimientos preexistentes que no se considerasen cubiertos por «razones imperiosas de interés general». Obligación con la que ha cumplido el legislador estatal en virtud del art. 26 y Anexo I del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de Control del Gasto Público y Simplificación Administrativa, donde en su ámbito competencial se invierte el sentido negativo¹⁴ de más de un centenar de procedimientos a instancia de parte. Pero que parece resistirse en general en sede autonómica, a excepción de alguna iniciativa en tal sentido (v. gr., art. 8 de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa de Madrid¹⁵; o disposiciones adicional segunda y transitoria primera de la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, de Modificación de las Leyes de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración, y de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico¹⁶).

1.3. EL CONTRAPUNTO DEL RÉGIMEN AUTORIZATORIO URBANÍSTICO A PARTIR DEL SILENCIO *CONTRA LEGEM*

Frente al *statu quo* someramente descrito, donde parece primar la simplificación sobre la seguridad jurídica, se alza un sector clave de intervención, sujeto tradicionalmente al silencio estimatorio y a cierta flexibilización en el control, pero precipitado en los últimos tiempos a un periplo inverso.

El excepcional tratamiento del silencio positivo *contra legem* en el régimen autorizatorio urbanístico supuso ya un punto y aparte, a partir de la tradicional cláusula precautoria urbanística¹⁷, puesta en valor por una jurisprudencia ratificada tras la

luación se llevará a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley y servirá de base para impulsar la adecuación normativa oportuna».

¹⁴ Véase el listado de procedimientos con silencio negativo, junto a su legislación reguladora, en el Anexo II de la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificado por el art. 69 de la homónima Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

¹⁵ «El título II, “Reducción de los plazos y modificación del sentido del silencio en los procedimientos de la Administración”, recoge un importante acortamiento de los plazos máximos de resolución, así como una modificación de los efectos del silencio desestimatorio en estimatorio en buena parte de los procedimientos de la Administración de la Comunidad de Madrid» (Exposición de Motivos).

¹⁶ «El Consejo de Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá al Parlamento un Proyecto de Ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en esta Ley [...]» (disposición adicional segunda).

«Entretanto se dicte la Ley prevista en la disposición adicional segunda de esta Ley, subsistirán los supuestos de silencio desestimatorio contemplados en Leyes sectoriales» (disposición transitoria primera).

¹⁷ Desde los arts. 178.3 y 242.6 de los Textos Refundidos de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976 y 26 de junio de 1992, respectivamente, a los vigentes enunciados de la legislación urbanística autonómica y del art. 8.1.b) *in fine* del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008, según el cual «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

Luis Ángel Ballesteros Moffa

nueva regulación general del silencio¹⁸. Siendo el único ámbito donde la Administración ha podido eludir el silencio positivo —pese a su condición de acto presunto favorable— sin la carga de desvirtuarlo a través del procedimiento legalmente establecido, como es el proceso de lesividad del art. 103 LRJPAC, o revisión de oficio del art. 102 LRJPAC en aplicación del supuesto de nulidad radical del art. 62.1.f) LRJPAC. Con lo que, frente a lo que constituye la regla general —incluso para los instrumentos de planeamiento de iniciativa pública, a pesar de su naturaleza normativa¹⁹—, las licencias presuntas incuridas en ilegalidad han podido ser ignoradas o revocadas libremente a través de una resolución expresa ulterior (inexistencia de acto presunto²⁰ o silencio negativo por motivos de legalidad²¹), sin que ello entrase en contradicción con el actual régimen del silencio.

Pero, más allá de contrarrestar este silencio positivo por motivos de legalidad, la singularidad ha dejado paso a la regla del silencio negativo para las licencias urbanísticas más relevantes, en los términos plenos y básicos del art. 23 del citado Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, una vez excluido el control *ex post* para estas facultades de extraordinaria relevancia para el territorio. Abriéndose así un

¹⁸ STS de 28 de enero de 2009 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 45/2007), cuya doctrina legal ha sido confirmada por las SSTS de 28 de abril de 2009 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 3435/2005) y 7 de julio del mismo año (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 1190/2005). Esta conocida y controvertida Sentencia, estimatoria de un recurso de casación en interés de la ley, mantiene la continuidad de la doctrina jurisprudencial, frente a anteriores pronunciamientos divergentes de Tribunales Superiores de Justicia —incluido el fallo casado—, reconociendo la compatibilidad del renovado régimen general del silencio con el especial urbanístico en lo que atañe a la imposibilidad de surgimiento de facultades o derechos *contra legem*, en cuanto singularidad de las licencias de obras incardinable en la excepción al silencio positivo del art. 43 LRJPAC.

¹⁹ Corrigiendo en esta ocasión una jurisprudencia anterior, pues «a diferencia de lo que sucede en materia de solicitudes de licencias [...], no existe [en la actualidad] una norma de rango legal aplicable al caso que impida el efecto del silencio positivo en la aprobación de la mencionada modificación del planeamiento en el caso de que resultase contraria a la legislación urbanística» (FJ 7.º de la STS de 27 de abril de 2009 [Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 11342/2004]). Siempre y cuando se trate de planes promovidos por la Administración, y no por particulares, pues en este último caso no es de aplicación el silencio positivo en virtud del art. 43.1 LRJPAC, que exceptúa de esta regla a aquellos procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al servicio público; según han puesto de manifiesto, en la línea del art. 11.5 y 6 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, las SSTS de 17 de noviembre de 2010 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 1473/2006), 19 de abril (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 1889/2007) y 16 de septiembre de 2011 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 4542/2007), y 8 de marzo de 2013 (Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 7185/2010).

²⁰ «[...] La petición de licencia de primera utilización se hacía cuando aún no podía realizarse, y, en consecuencia, no pudo obtenerse por silencio positivo, en virtud de lo dicho en el artículo 242.6 del Texto Refundido citado, precepto infringido por la sentencia impugnada. No es que (como dice la resolución recurrida) el acto ganado por silencio puede ser nulo o anulable, sino que esa disconformidad a Derecho obstaculiza la producción del silencio, impide la existencia misma del acto presunto» (FJ 3.º de la STS de 12 de diciembre de 2001 [Sala Tercera, Sección Quinta, Rec. 7271/1997]).

²¹ Una suerte de «silencio *secundum legem*» (BAÑO LEÓN, J.M.ª, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, p. 358 y ss.) o «silencio mutante dependiendo de la conformidad o no del acto con la normativa urbanística» (MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y., «Silencio “contra legem”...», *ob. cit.*, pp. 1743 y 1750).

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

nuevo escenario, no ayuno de controversia²², donde resultan invertidos definitivamente los bienes jurídicos en liza.

2. EL «SACRIFICIO» POR «RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL» DEL SILENCIO POSITIVO EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

2.1. PRESENTACIÓN DE LA CONTROVERSIA

Pese a la generalización del silencio positivo, otro de los controvertidos ámbitos para el que finalmente se ha establecido el silencio negativo es el regulado por la LTAIPBG, respecto a las solicitudes de información pública que no sean contestadas en plazo por la entidad u órgano requerido (un mes, ampliable en otro mes). Con el aval del Consejo de Estado a partir de las «razones imperiosas de interés general» que representan la protección de los derechos a la intimidad, honor, protección de datos de carácter personal, secreto profesional, propiedad intelectual o protección del medio ambiente, entre otros. Pero con una fuerte contestación entre los Grupos Parlamentarios de ambas Cámaras durante la tramitación del Proyecto, y determinadas organizaciones cívicas.

Respuesta que no parece descabellada, teniendo en cuenta la supresión del silencio negativo en la normativa especial de acceso a la información ambiental (actual LIMA), fruto del imperativo europeo de hacer todo lo posible para poner a disposi-

²² Es suficientemente ilustrativo el título del trabajo de MARTÍN VALDIVIA, S.M.^a «Réquiem por las licencias adquiridas por acto presunto (la "realidad" del legislador: nunca estuvo por el silencio positivo)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 24, 2011-2, pp. 85-96. Aparte de otras críticas relativas a la pertinencia del cauce del Real Decreto-ley y al giro a favor del silencio negativo en un contexto —antaño y hogaño— opuesto, este autor cuestiona la discutida competencia del Estado para regular de forma tan minuciosa aspectos de naturaleza estrictamente urbanística, lo que lleva a calificarlo, bajo el prisma de la doctrina constitucional, de apuesta «muy arriesgada, rayana en lo inconstitucional» a partir de la coartada competencial del art. 149.1.1.^a y 18.^a de la Constitución. Para COBO OLVERA, T., «esta norma resuelve el problema de la seguridad jurídica, pero a costa del más débil, [ayudando poco] a la actividad empresarial y al impulso de la rehabilitación y la simplificación administrativa» (La obligación de resolver las peticiones formuladas a la Administración y el silencio administrativo, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012, p. 152). Si bien, por otra parte, como reconocía FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «es comprensible, e incluso lógico que, en este contexto de incertidumbre permanente, se eleven voces que postulen, en un ejercicio de claro pragmatismo, el establecimiento como regla general del silencio administrativo negativo en relación con las licencias de obras [...], y en relación igualmente con los instrumentos de planeamiento» («La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, p. 290). Así, según BAÑO LEÓN, J.M.^a, «desde la perspectiva de la seguridad jurídica debemos recordar que, paradójicamente, es mucho más beneficioso para el particular el silencio negativo compatible con la tutela efectiva y el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por la demora en el otorgamiento de la licencia [art. 35.d) TRLS 2008] que el silencio secundum legem donde el interesado queda sujeto a una situación pasiva de incertidumbre» (*Derecho urbanístico común*, ob. cit., p. 365). En el mismo sentido, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Silencio administrativo y justicia civil...», ob. cit., p. 2550.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

ción del solicitante esta información, o de justificar su denegación, en un contexto jurisprudencial valedor de la resolución expresa. O bien a la luz de regulaciones autonómicas tan avanzadas como la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra, donde expresamente se consagra el silencio positivo en tales procedimientos²³.

Todo ello sin perjuicio del silencio negativo previsto también en la LTAIPBG, aunque esta vez por imperativo del segundo párrafo del art. 43.1 LRJPAC, para las reclamaciones que se interpongan contra las resoluciones expresas o presuntas sobre acceso a la información ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, tras el plazo de tres meses sin notificación de resolución expresa. Consejo competente para conocer de las impugnaciones potestativas previas a la vía contencioso-administrativa, sustitutivas de los recursos administrativos *ex art. 107.2 LRJPAC*. Sin que pueda objetarse en este caso la exclusión del doble silencio negativo, que recoge el mismo art. 43.1 *in fine* LRJPAC, vinculado exclusivamente al recurso de alzada tras la reforma de 1999.

2.2. PROCEDIMIENTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Según el art. 20.4 LTAIPBG —modificada, por cierto, en su art. 28.f) y n), once días después de su publicación²⁴—, en los procedimientos de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, «*transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada*». Es decir, se consagra el silencio negativo, como excepción al régimen general, para aquellos procedimientos derivados de solicitudes de información pública que no sean contestadas en plazo por la entidad u órgano requerido; en concreto, un mes, ampliable por otro, previa notificación al solicitante, cuando el volumen o la complejidad de la información así lo hagan necesario, según el art. 20.1²⁵.

Algo que, *prima facie*, difícilmente se compadece con el espíritu de una Ley de Transparencia en el marco del art. 105.b) de la Constitución²⁶, en la medida en que

²³ «*Si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese recibido resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley*» (art. 30.2).

²⁴ Por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público.

²⁵ Para el Consejo de Estado, en su Dictamen 707/2012, de 19 de julio, sobre el Anteproyecto de la Ley, «*sería conveniente valorar la conveniencia de fijar un plazo más amplio, toda vez que el establecimiento de un plazo excesivamente breve o irreal puede conducir a situaciones de incumplimiento generalizado que, en última instancia, perjudicarán a los interesados, habida cuenta de que el silencio en estos casos tiene carácter negativo*».

²⁶ Por todos, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*, Principado de Asturias, 1994; JEGOUZO, I., «El derecho a la transpa-

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

se subordina la idoneidad general y específica del silencio positivo al cajón de sastre de las «razones imperiosas de interés general», concepto jurídico indeterminado de precisión casuística y coyuntural, como se ha visto. Máxime cuando nuestra Administración, tradicionalmente pasiva o inactiva, deja sin respuesta como media más del cincuenta por ciento de las solicitudes²⁷. Por mucho que el legislador básico estatal siga advirtiendo que «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 disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora» (art. 20.6 LTAIPBG, en conexión con el art. 42.7 LRJPAC)²⁸.

En la misma línea de las enmiendas formuladas en ambas Cámaras durante la tramitación parlamentaria²⁹, insistentes en la ecuación entre transparencia y esti-

rencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 239, julio/septiembre de 1994, pp. 11-29; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La transparencia en la Administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, pp. 447-463; VELASCO CABALLERO, F., *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998; TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A. (coord.), *Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*, Marcial Pons, Madrid, 2000; CRESPO RODRÍGUEZ, M. et al., *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*, La Ley, Madrid, 2005; GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010; BLASCO ESTEVE, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, Actas del VI Congreso de la AEPDA, INAP, Madrid, 2011; REIS CONDESSO, F.D., *Derecho a la información: crisis del sistema político: transparencia de los poderes públicos*, Dykinson, Madrid, 2011; VARGAS DÍAZ, C.D., *La globalización del e-gobierno y la transparencia de la información pública*, Delta, Madrid, 2011; VILLORIA MENDIETA, M., «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información», *Boletín de Función Pública del INAP*, núm. 9, mayo 2012, pp. 5-10; JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su incidencia sobre las Entidades locales. Un primer análisis», *Revista CEMCI*, núm. 16, julio/septiembre de 2012, 29 pp.; RAMS RAMOS, L., «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, octubre/diciembre de 2013, pp. 155-188; GUICHOT REINA, E., «Transparencia en la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, 2012, pp. 28-41; y GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

²⁷ La resolución en plazo «seguirá incumpléndose (pereza funcional, lento actual en los servicios, mala fe, etc.) pese al énfasis, loable, que pone la LPC en imponer tal deber»: COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 340. Incluso «la doctrina española recuerda cómo en España la Administración ha abusado tanto del silencio administrativo que en las propuestas de resolución se indicaba “resolver por silencio administrativo”»: RAMS RAMOS, L., «Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental (a propósito de la STJCE de 21 de abril de 2005)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 128, octubre/diciembre de 2005, p. 722, nota 24. Cfr. los estudios e informes realizados en los últimos años: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Resultados_Campaa_de_las_100_preguntas.doc>; <http://www.proacceso.org/wp-content/uploads/Propuestas_Coalicion_Pro_Acceso.pdf>; <<http://blog.tuderechoasaber.es/informe/#resultados>>.

²⁸ MESEGUER YEBRA, J., *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 37.

²⁹ «Un aspecto básico para facilitar el acceso a la información por parte de la ciudadanía lo constituye el sistema que rige la relación de la administración con el administrado a la hora de responder a las demandas de éste. Desde esta perspectiva el actual Proyecto de Ley también es inadmisibles pues al proponer el silencio administrativo negativo [...]», en la práctica, articula una nueva barrera que dificulta el acceso a la

Luis Ángel Ballesteros Moffa

mación presunta de las solicitudes³⁰. Así como de las críticas vertidas desde determinadas organizaciones cívicas, como la Coalición pro Acceso para la adopción y mejora de esta regulación conforme a los estándares internacionales³¹, o Transparencia Internacional España³². Pero a diferencia del Dictamen del Consejo de Estado 707/2012, de 19 de julio, sobre el Anteproyecto de la Ley, defensor del silencio negativo por la potencial vulneración de otros derechos o intereses en conflicto: «*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*»³³; recordando que «*la protección de los derechos*» se configura como una «*razón imperiosa de interés general*» (art. 3 «Ley paraguas»), al igual que «*el orden público, la seguridad pública, la lucha contra el fraude o la protección del medio ambiente, entre otras*

información. Uno de los principios básicos del derecho de acceso a la información es que las denegaciones deben ser motivadas, el silencio negativo viola de base este principio. [...] Optar por un silencio administrativo negativo hace inviable un buen sistema de transparencia» (justificación a la enmienda núm. 85, correspondiente al Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados; y núm. 69 del Grupo Parlamentario Mixto en el Senado).

«[...] Establecer un silencio negativo tendría consecuencias especialmente negativas en la implementación de la Ley de transparencia y harían este proceso más lento y menos eficiente. El silencio administrativo negativo viola uno de los principios más básicos que definen el derecho de acceso a la información: la necesidad de justificar las denegaciones totales o parciales de información» (justificación a la enmienda núm. 245 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural en el Congreso de los Diputados; núm. 39, correspondiente al Grupo Parlamentario Mixto en el Senado; y núm. 109 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya).

«Como ha señalado la doctrina especializada, el establecimiento del denominado silencio administrativo negativo como consecuencia de la falta de resolución de la solicitud de información constituye un mecanismo inadmisibles al hacer del todo ineficaz el derecho fundamental de acceso a la información por la mera desidia e inactividad de la Administración, obligando al ciudadano a recurrir al recurso contencioso administrativo, procedimiento de dilatadísima duración, no gratuito —ahora además sujeto a tasas judiciales—, con intervención preceptiva de abogado y procurador y sin que siquiera se prevea la condena en costas para la Administración que incumple el deber elemental de responder a las peticiones ciudadanas» (justificación a la enmienda núm. 343 del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en el Congreso de los Diputados).

³⁰ Según matizaban las enmiendas núm. 414 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso de los Diputados, y 177 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado (Convergència i Unió), «*[...] excepto cuando su denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley o en aquellos supuestos en los que, por no estar la información disociada, su entrega podría comportar una revelación de datos de carácter personal protegidos por ley*». Y, en los términos de la enmienda núm. 343 de Unión Progreso y Democracia en el Congreso de los Diputados, «*[...] sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder al órgano responsable de la demora, persistiendo en todo caso la obligación de facilitar la información solicitada*».

³¹ Plataforma constituida en el año 2006, integrada por más de sesenta organizaciones e individuos de la sociedad civil. Puede consultarse su informe en: <http://www.proacceso.org/wp-content/uploads/Propuestas_Coalicion_Pro_Acceso.pdf>.

³² Sobre esta Organización no gubernamental para la lucha contra la corrupción a nivel internacional, <<http://www.transparencia.org.es/>>. En cuanto a las deficiencias detectadas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), <<http://www.osce.org/es/fom/91312>>.

³³ «*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 [...]*».

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

categorías que igualmente permitirían sustentar en este caso la regla del silencio negativo». Si bien no deja de reconocer que «esta concreta opción ha sido objetada por muchos de los sujetos y entidades que han participado en el trámite de consulta pública electrónica».

No hay que olvidar que la pretendida profundización del silencio estimatorio, precisamente con la subordinación de su excepción al «*interés general*», obedece a un deseo del legislador europeo e interno acorde con la finalidad tuitiva de la institución, en la medida en que pretende «*hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas*»³⁴. Tras recordarse que el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública, elaborado por el Ministerio de Presidencia en el año 2009, recogía el silencio positivo en esta materia mediando la reiteración de la solicitud, el Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Cataluña, de marzo de 2012, concluye que «*si la regla general debe ser el acceso y la denegación debe basarse en causas fijadas legalmente, cabe entender que el sentido del silencio solo puede ser positivo, [...] sin necesidad de actuaciones adicionales o confirmatorias*». Una regla, emparentada con el sistema patrio³⁵, que sin embargo no ha sido desconocida en el Derecho comparado, con anterioridad incluso a su impulso desde la liberalización de servicios³⁶. Pudiendo llegar a condicionar buena parte de la credi-

³⁴ Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LRJPAC.

³⁵ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, 18.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 116 y ss.

³⁶ Así, en el ordenamiento italiano a partir de la generalización del *silenzio assenso* por el art. 20 de la *Legge 7 agosto 1990, núm. 241, in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, que no rige sin embargo, conforme a su art. 25, para el acceso a los documentos administrativos. O, en el Derecho francés, a la luz de la *décision implicite d'acceptation* del art. 22 de la *Loi núm. 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, que, entre otras normas, modifica la *Loi núm. 78-753 du 17 juillet 1978*, primer modelo europeo sobre la libertad de acceso a los documentos administrativos. Por lo que respecta a la doctrina italiana, PARISIO, V., *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Giuffrè, Milano, 1996; CENTOFANTI, N., *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 97 y ss.; TASSO, T. G., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra Privato e Pubblico*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 69 y ss.; GIOVAGNOLI, R., *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 283 y ss.; ANDREIS, M., *La conclusione inespresa del procedimento*, Giuffrè, Milano, 2006; MORBIDELLI, G., «Il silenzio assenso», en CERULLI IRELLI, V., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 269 y ss.; BOSCOLO, E., «Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, excepciones per materia e norme previgenti», *Urbanistica e Appalti*, núm. 454, 2009, pp. 454-460; D'ORSOGNA, M.ª y LOMBARDI, R.ª, «Il silenzio assenso», en SANDULLI, M.ª A.ª, *Codice dell'azione amministrativa. Le fonti del Diritto Italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 800-814; D'ARIENZO, M.ª, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo: silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 158 y ss. Y entre la literatura francesa, LAVEISSIÈRE, J., *Le silence de l'administration*, ANRT, Lille, 1984; MAUGÜÉ, Ch. y CRÉPEY, E., «La réforme des autorisations d'urbanisme», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, mayo/junio 2007, pp. 542 y ss.; CASSIA, P., «La décision implicite en droit administratif français», *La Semaine Juridique*, núm. 2156, 2009, pp. 27-34; SORBARA, J.-G., «Le silence de l'administration», *Revue du Droit Public*, núm. 4, 2012, pp. 1078-1088. Desde un mayor ámbito, se refiere al fortalecimiento del silencio positivo NETTELA-BARRERA, A. C., *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 192 y ss.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

bilidad de la regulación en estudio, de ahí que precise el más riguroso de los análisis.

Con este fin, que no prejuzga el resultado, nada mejor que acudir a la norma precursora de la cultura de transparencia: la LIMA³⁷, la cual tuvo que afrontar, desde la óptica de las garantías comunitarias, el problema del silencio en los procedimientos de suministro de información previa solicitud. Por lo que, pese a su carácter sectorial y especiales connotaciones, debería servir de guía en este debate. Amén de regulaciones autonómicas tan avanzadas como la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra, donde no solo se constriñen las limitaciones al derecho de acceso, sino que se consagra expresamente el silencio positivo para sus procedimientos de ejercicio.

El art. 10.2.c) LIMA establece, en parecidos términos a su Directiva de transposición 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003 —basada a su vez en el Convenio de Aarhus³⁸—, que «*la autoridad pública competente para resolver facilitará la información ambiental solicitada o comunicará al solicitante los motivos de la negativa a facilitarla, teniendo en cuenta el calendario especificado por el solicitante, lo antes posible y, a más tardar, en los plazos que se indican*». Con lo que se rechaza el silencio negativo que recogía la anterior Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el Derecho de Acceso a la Información en materia de Medio Ambiente, al disponer su art. 4.1 *in fine* que, de vencer el plazo establecido «*sin que hubiera recaído resolución expresa del órgano competente, la solicitud se entenderá desestimada*». Precepto ya modificado en tal sentido, a instancias de la Comisión Europea, por el art. 81 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a fin de conciliarlo —como decía su Exposición de Motivos— «*con las exigencias del Derecho comunitario*», esto es, con la precedente Directiva 90/313/CEE del Consejo. Y sobre lo que abundarían, aunque no con la claridad esperada, las SSTJCE de 26

³⁷ Aparte de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Y, sobre todo, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público, derivada de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre. Regulación esta última que «*no modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos, sino que aporta un valor añadido al derecho de acceso*» (Exposición de Motivos de la Ley), y «*no contiene la obligación de autorizar la reutilización de documentos*» (considerando noveno de la Directiva), de ahí que el art. 10.8 de la Ley prevea el silencio negativo para los procedimientos de tramitación de solicitudes de reutilización. Según la disposición adicional primera de la LTAIPBG, «*se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información*», precisando que, «*en este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización*».

³⁸ Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998. Para su aplicación práctica, STEC, S. *et al.*, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, Nueva York, 2000.

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

de junio de 2003, Comisión/República Francesa (asunto C-233/00)³⁹, y de 21 de abril de 2005, Pierre Housieaux (C-186/04)⁴⁰.

En consecuencia, lejos de reconocerse el silencio negativo, ante el imperativo europeo de hacer todo lo posible para poner a disposición del solicitante la información ambiental⁴¹, o de justificar en su caso la denegación⁴², los motivos de la negativa «deberán interpretarse de manera restrictiva. Para ello, se ponderará en cada caso concreto el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación» (art. 13.4 LIMA)⁴³. Lo que entronca con las razones de interés general, toda vez que, en palabras de la Exposición de Motivos, «también la regulación de las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental supone un avance notable, puesto que la denegación no opera automáticamente, sino que la autoridad pública deberá ponderar en cada caso los intereses públicos en presencia, y justificar la negativa a suministrar la

³⁹ Por la que Francia fue condenada por incumplimiento en la transposición de la Directiva, entre otras razones, «al no prever, en el supuesto de una resolución denegatoria presunta de una solicitud de información sobre medio ambiente, que las autoridades públicas estén obligadas a facilitar la motivación de dicha denegación de oficio y a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud inicial».

⁴⁰ Véanse los trabajos de SÁNCHEZ MORÓN, M., «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, mayo/agosto de 1995, pp. 31-55; RAMS RAMOS, L., «Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental...», ob. cit., pp. 709-724; LAZCANO BROTONS, I. y GARCÍA URETA, A., «Acceso a la información sobre el medio ambiente y silencio administrativo. Comentario a Pierre Housieaux v. Délégués du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, asunto C-186/04, Sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 21 de abril de 2005», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2005, pp. 21-25; ANTONUCCI, M., «Il diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale e il silenzio-rigetto», *Il Consiglio di Stato*, 2005, II, pp. 795-798; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., «Licencias ambientales y silencio administrativo», en QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 477-479; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El silencio administrativo en el acceso a la información en materia de medio ambiente (Comentario a la STJCE, de 21 de abril de 2005, asunto C-186/04)», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, pp. 163-175; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 218 y ss.; CASADO CASADO, L., «El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud», en PIGRAU SOLÉ, A. (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 274 y ss.; y «El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril de 2009, pp. 281-322; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009; LASAGABASTER HERRARTE, I., «Información administrativa y transparencia en la ordenación del territorio y el medio ambiente», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, enero/abril 2009, pp. 183-215; LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, 11.ª ed., La Ley, Madrid, 2010, pp. 319 y ss.; y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La protección del medio ambiente y el silencio administrativo», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 792-794.

⁴¹ Art. 3.1 de la Directiva 2003/4/CE.

⁴² Art. 4.5 de la Directiva 2003/4/CE.

⁴³ Art. 4.2 *in fine* de la Directiva 2003/4/CE.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

información solicitada. Y, en todo caso, los motivos de excepción deberán interpretarse de manera restrictiva»⁴⁴.

Es cierto que el silencio negativo aparece recogido en el art. 7.4 —junto al art. 8.3 para la reclamación administrativa— del Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁴⁵ (arts. 15 del Tratado de Funcionamiento de la UE y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)⁴⁶, pero no menos cierto es que este Reglamento ha tenido que adaptarse en materia de información ambiental al Convenio de Aarhus por el Reglamento (CE) núm. 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación a las instituciones y organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información medioambiental, la participación del público en los planes y programas de medio ambiente, y la revisión interna y el acceso a la justicia. De manera que, si bien el art. 3 de este último dispone que «el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 se aplicará a cualquier solicitud de acceso a información medioambiental», su art. 6.1 matiza, en respuesta al principio del mayor acceso posible del público a los documentos, que «se considerará que la divulgación reviste un interés público superior cuando la información solicitada se refiera a emisiones al medio ambiente, [y] por lo que respecta a las demás excepciones contempladas en el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 1049/2001, los motivos de denegación serán interpretados de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés público que reviste la divulgación [...]»⁴⁷. Adaptación

⁴⁴ A este respecto, el primer Informe de la Comisión Europea de Lucha contra la Corrupción de la Unión Europea, de 3 de febrero de 2014, reprocha que la LTAIPBG en España «no ha previsto garantías suficientes para la independencia de su mecanismo de control independiente, y podría haberse dado más consideración a la mejora del régimen de sanciones y a la limitación de las excepciones al principio de acceso a la información. Por añadidura, su entrada en vigor se ha pospuesto dos años en algunas Administraciones, especialmente Administraciones regionales y locales».

⁴⁵ «[...] En el plazo de 15 días laborables a partir del registro de la solicitud, la institución o bien autorizará el acceso al documento solicitado y facilitará dicho acceso con arreglo al artículo 10 dentro de ese plazo, o bien, mediante respuesta por escrito, expondrá los motivos de la denegación total o parcial e informará al solicitante de su derecho de presentar una solicitud confirmatoria conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo [...].

La ausencia de respuesta de la institución en el plazo establecido dará derecho al solicitante a presentar una solicitud confirmatoria» (art. 7.1 y 4).

⁴⁶ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003; GUICHOT, E., «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero/abril de 2003, pp. 283-315; y *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Derecho Global, Sevilla, 2011. MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., «La transparencia en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005, pp. 169-194; FUERTES LÓPEZ, M. (coord.), *Un procedimiento administrativo para Europa*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012.

⁴⁷ Señalando el considerando decimoquinto que «las excepciones contempladas en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 deben aplicarse subordinadas a cualquier otra disposición específica en el presente Reglamento relativa a las solicitudes de información medioambiental. Los motivos de denegación en lo que se refiere al acceso a la información medioambiental deben interpretarse de forma restrictiva, teniendo en cuenta el interés público atendido por la divulgación [...]». Con relación a este marco jurídico, véase la STJUE de 14 de noviembre de 2013, Liga para a Protecção da Natureza y República de Finlandia/Comisión (asuntos acumulados C-514/11 P y C-605/11 P), sobre el acceso a documentos contenidos

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

que incluso ha planteado la necesidad de una próxima refundición de ambos Reglamentos⁴⁸.

Por otra parte, el rechazo al silencio negativo parece entrar en contradicción con los preceptos reguladores de los recursos, al fijar como objeto de los mismos «los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren los derechos» reconocidos (arts. 20 a 22 LIMA). Corolario del art. 6 de la Directiva 2003/4/CE, a cuyo tenor «los Estados miembros garantizarán que toda persona que considere que su solicitud de información ha sido ignorada, rechazada sin fundamento (parcial o totalmente), respondida de forma inadecuada o tratada de manera no conforme con las disposiciones de los artículos 3, 4 o 5, tenga acceso a un procedimiento en el que los actos u omisiones de la autoridad pública correspondiente puedan ser reconsiderados por esa u otra autoridad pública o recurridos administrativamente ante una entidad independiente e imparcial creada por ley [...]». O también en los términos del art. 8.1) del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, de 27 de noviembre de 2008, donde se prescribe que «un solicitante que pida un documento oficial y cuyo acceso le ha sido denegado expresamente o implícitamente, parcialmente o por completo, tendrá acceso a un procedimiento de reclamación antes de la apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley»⁴⁹.

Un contrasentido que ya hizo suyo, respecto a la anterior Directiva 90/313/CEE⁵⁰, la referida Sentencia Pierre Housieaux, cuando concluía que la misma «no se opone, en una situación como la del litigio principal, a una normativa nacional según la cual, a efectos de una protección judicial efectiva, se considera que el silencio de la autoridad pública durante un plazo de dos meses equivale a una decisión denegatoria presunta que puede ser objeto de un recurso judicial o administrativo de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional». Pero, a la vez, sí «se opone a que tal decisión no contenga una motivación en el momento de la expiración del plazo de dos meses», por lo que «en estas circunstancias, debe considerarse que la decisión denegatoria presunta es ilegal».

en un expediente por incumplimiento incoado contra la República Portuguesa a raíz del proyecto de construcción de un embalse en el río Sabor.

⁴⁸ A las concretas Propuestas de reforma del Reglamento (CE) núm. 1049/2001 se refiere RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 93 y ss.

⁴⁹ Sobre este Convenio Europeo, las Recomendaciones precedentes al mismo, y otros hitos del Derecho internacional y comparado, FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Aproximación al Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos», en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J. L. (coord.), *El nuevo Derecho administrativo. Liber Amicorum al Prof. Dr. D. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, pp. 127-137. Asimismo, puede consultarse el Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Cataluña, de marzo de 2012, sobre «el derecho de acceso a la información pública».

⁵⁰ Cuyo art. 4 disponía también que «la persona que considere que su solicitud de información ha sido denegada o ignorada sin motivo justificado, o que haya recibido una respuesta inadecuada por parte de una autoridad pública, podrá presentar un recurso judicial o administrativo contra la decisión de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional en la materia».

Luis Ángel Ballesteros Moffa

Todo lo cual revela, a mi juicio, que, más allá de las obligaciones de resolución expresa o actuación material *ministerio legis*, el instituto del silencio está llamado al amparo de aquellas situaciones de incumplimiento administrativo, facilitando la tutela jurisdiccional o el reconocimiento de la pretensión⁵¹. O, lo que es lo mismo, cuando la Administración ni suministra la información ni justifica la denegación en plazo. Llave impugnatoria que, sin embargo, no puede traducirse en esta materia en una pauta normativa de silencio negativo, en cuanto denegación indiscriminada e injustificada de un derecho tan ampliamente concebido. Más aún cuando, detrás de dicha ficción, gestada como garantía pero tornada en prebenda, la Administración sigue parapetando su indolencia.

Siendo, por consiguiente, en este escenario de cobertura del incumplimiento mas sin merma del derecho, donde las posibilidades de conciliación se agotan entre el silencio positivo reconocedor de la pretensión, y cuya efectividad, en el peor de los casos⁵², habría que canalizar por la vía del art. 29.1 LJCA⁵³, a fin de dar cumplimiento a una obligación administrativa de «prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas», o por la misma vía directamente en cuanto obligación impuesta por «una disposición general que no precise de actos de aplicación»⁵⁴.

Silencio positivo con el que cumple la LIMA, al activarse la regla general del art. 43.1 LRJPAC, acorde con la regla también de divulgación del Derecho europeo. Sin perjuicio de que, tanto en esta Ley de Acceso a la Información Ambiental como en la LTAIPBG, el silencio —así como otros aspectos del procedimiento y acto administrativos— se extienden más allá del ámbito subjetivo de aplicación de la LRJPAC (arts. 2 y disposición transitoria primera), al que se refería su art. 37 sobre el derecho de acceso a archivos y registros administrativos⁵⁵; para abrazar, junto a

⁵¹ Véase RAMS RAMOS, L., «Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental...», ob. cit., pp. 718 y ss.

⁵² Pues, como es sabido, «los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada» (art. 43.4 LRJPAC). Sin que ninguna resolución expresa extemporánea pueda contradecir el sentido estimatorio del silencio, fuera de los supuestos y procedimientos tasados de revisión de oficio, precisamente por su condición de acto presunto favorable.

⁵³ Véase DE VICENTE DOMINGO, R., *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial (Análisis del artículo 29.1 LJCA)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2014.

⁵⁴ Incluso respecto a la vía del art. 29.2 LJCA, la STS de 20 de junio de 2005 (Sala Tercera, Sección Sexta, Rec. 3100/2003) ha señalado que «no hay base alguna sobre la que sustentar la tesis que ha hecho suya la Sala de instancia para decir que esos “actos firmes” del que habla el art. 29.2 de la vigente Ley reguladora de nuestra jurisdicción tengan que ser necesariamente actos expresos» (FJ 5.º). Sobre la misma existencia del silencio positivo para la aplicación del art. 29.2 LJCA, véase la STS de 28 de febrero de 2007 (Sala Tercera, Sección Primera, Rec. 302/2004).

⁵⁵ Entre los numerosos estudios que han abordado la anterior regulación, ÁLVAREZ RICO, M., «El derecho de acceso a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 183, julio/septiembre de 1979, pp. 103-133; ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I., «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre/diciembre de 1994, pp. 473-494; SAINZ MORENO, F., «El acceso de los ciudadanos a los archivos y

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

órganos constitucionales y estatutarios, otras Entidades que, sin ser Administraciones, forman parte del más amplio concepto de sector público (arts. 1 y 2 LIMA, y 2 LTAIPBG).

Bien entendido, por otra parte, que, precisamente en atención a la singularidad de este tipo de procedimientos en los que no basta con el mero reconocimiento de lo solicitado, el silencio positivo no puede tener el mismo significado, cuando el interesado se vea obligado a acudir igualmente al contencioso-administrativo para la definitiva satisfacción de la pretensión. Por lo que hay que reconocer que, con todo, la excepción a este silencio en la LTAIPBG no es tan desfavorable como para el supuesto estudiado de las autorizaciones urbanísticas, donde la acción recae del lado del interesado.

Una singularidad que, por cierto, haría menos intenso el riesgo del silencio positivo *contra legem*⁵⁶. Por cuanto la necesidad de una actividad material de la Administración podría simplificar un problema que, en los demás casos, la obliga a reaccionar con la revisión de oficio, dada la asimilación del silencio estimatorio a un acto expreso favorable. Con independencia de que cualquier reconocimiento presunto de documentos o contenidos contrario a los derechos fundamentales⁵⁷ u otros bienes jurídicos en conflicto sea rebatible a través del proceso de lesividad del art. 103 LRJPAC, o de revisión de oficio del art. 102 LRJPAC por aplicación de los supuestos de nulidad radical del art. 62.1.a) o f) LRJPAC, con la suspensión cautelar del art. 104 LRJPAC.

registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24, enero/marzo de 1980, pp. 118-123; POMED SÁNCHEZ, L.A., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989; y «La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez: La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Civitas, Madrid, 1993, vol. I, pp. 755-772; EMBID IRUJO, A., «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa», *ibid.*, vol. I, pp. 727-751; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997; MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105.b) de la Constitución]*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1998; GUICHOT, E., *Datos personales y Administración pública*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005; RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Madrid, 2008; y JIMÉNEZ PLAZA, M.ª I., «El derecho de acceso a la información en el ámbito local», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 3.ª ed., Lustel, Madrid, 2011, vol. II, pp. 1353-1417.

⁵⁶ Puesto de manifiesto especialmente en el ámbito de las licencias urbanísticas y planes de ordenación urbana, como se ha visto. A la «*mala fama*» del silencio positivo se refería FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.ª, «Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero/abril de 1992, pp. 108 y ss.

⁵⁷ Respecto a los límites establecidos al derecho a la información pública en su colisión con el derecho a la protección de datos de carácter personal, no puede pasarse por alto la importante previsión recogida en el art. 15.4 LTAIPBG, según la cual «*no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas*». Disociación o anonimización puesta de relieve en el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 5 de junio de 2012, sobre el Anteproyecto de la Ley, como fórmula de equilibrio entre transparencia y protección de datos.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

2.3. PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES EXPRESAS O PRESUNTAS ANTE EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Distinta consideración merece el silencio negativo establecido también en el ámbito de la transparencia para los procedimientos de impugnación con arreglo al art. 24.4 de su Ley reguladora. Es decir, para las reclamaciones previas que se interpongan contra las resoluciones expresas o presuntas sobre acceso a la información ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; nuevo Organismo público competente —sin perjuicio de los posibles órganos independientes autonómicos⁵⁸— para conocer de tales impugnaciones, exclusivas por sustituir a los recursos administrativos ordinarios ex art. 107.2 LRJPAC, pero potestativas respecto de la vía contencioso-administrativa⁵⁹. En concreto, tras cumplirse el plazo de tres meses sin notificación de resolución expresa, conforme al citado art. 24.4 LTAIPBG⁶⁰. Pues, en esta ocasión, el silencio negativo resulta preceptivo a tenor del segundo párrafo del art. 43.1 LRJPAC, que, en su condición de excepción general a la regla del silencio positivo, aplicable a todas las Administraciones, dispone que, en todo caso, *«el silencio tendrá efecto desestimatorio en [...] los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones»*⁶¹.

Sin que proceda argumentar que, de impugnarse la previa desestimación presunta de una solicitud de acceso a la información, se estaría incurriendo en el doble silencio negativo que para el recurso de alzada excluye el mismo art. 43.1 *in fine* LRJPAC. Tesis mantenida por las enmiendas núms. 29 y 251 de la Cámara Baja al articulado del Proyecto de Ley, y núms. 45 y 115 durante su tramitación en el Senado, correspondientes respectivamente a los Grupos Parlamentarios Mixto, La Izquierda Plural, Mixto, y Entesa pel Progrés de Catalunya⁶²; así como por la Coa-

⁵⁸ Disposición adicional cuarta de la LTAIPBG. Véanse los arts. 25 y 43 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

⁵⁹ Aunque, según exceptúan el art. 23.2 y la disposición adicional cuarta de la LTAIPBG, el recurso contencioso-administrativo será el único procedente contra las resoluciones dictadas por la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas.

⁶⁰ *«[...] El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada».*

⁶¹ Según el Dictamen del Consejo de Estado 707/2012, de 19 de julio, *«el establecimiento del silencio desestimatorio puede en este caso ampararse en las mismas razones imperiosas de interés general que la regla contenida en el artículo 17.4 [20.4] del Anteproyecto, pudiendo encontrarse además un fundamento específico en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, que exceptúa de la regla general de silencio positivo a "los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones"».*

⁶² Las justificaciones que obraban en estas enmiendas rezaban así:

«Esta disposición contradice la norma general establecida en el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 [...]. Es decir, en las reclamaciones ante la Agencia de Transparencia, al tener características de recurso de segunda instancia deberían entenderse como estimada en caso de silencio administrativo, estableciendo la obligatoriedad en la respuesta» (enmienda núm. 29 en el Congreso de los Diputados).

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

lición pro Acceso para la adopción y mejora de esta regulación conforme a los estándares internacionales⁶³. Habida cuenta de que dicho precepto de la LRJPAC, a diferencia de su primer enunciado de 1992⁶⁴, es claro al acotar tal salvedad del doble silencio al recurso de alzada; no por tanto para el resto de procedimientos de impugnación, como, en el presente caso, los sustitutivos de los recursos administrativos ex art. 107.2 LRJPAC.

3. EPÍLOGO

La previsión del silencio negativo en la LTAIPBG para las solicitudes de acceso a la información pública, como excepción al silencio positivo por «razones imperiosas de interés general», constituye un paso atrás y otro ejemplo de que el impacto real de este límite para enervar la regla estimatoria depende a la postre de la voluntad del legislador estatal y autonómico, al igual que sucediera con el precedente tránsito de la excepción reglamentaria a la legal, o la más reciente reforma de las licencias urbanísticas. Pudiéndose afirmar que, ante el ambiguo e interesado altar del «interés general», se han «sacrificado» las exigencias de transparencia, frente a un silencio positivo que, por aplicación de las reglas generales, rige en el ámbito medioambiental de la LIMA, tras el rechazo europeo a toda desestimación no motivada, en un contexto jurisprudencial valedor de la resolución expresa. Reconociéndose así expresamente en la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra.

Silencio positivo que, en un procedimiento donde la satisfacción de la pretensión se alcanza solo con el suministro de la información, podría ver rebajado el rigor del acto presunto *contra legem*, sin perjuicio de la revisión de oficio. Del mismo modo que no puede encerrar, con todo, el mismo significado que en los procedimientos autorizatorios, donde la acción recae del lado del interesado, cuando hubiera que acudir a la impugnación contencioso-administrativa contra una segunda inactividad material de la Administración prestacional (art. 29 LJCA).

Cuestión distinta es el silencio desestimatorio previsto para los procedimientos de reclamación contra las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso, pues en este caso viene impuesto por la exigencia de uniformidad del mismo art.

«El apartado [enmendado] establece un doble silencio administrativo. En el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 se establece que [...]. Esto supone que el doble silencio negativo se convierte en positivo. Sin embargo, el texto del PL establece lo contrario, por eso proponemos la modificación en el sentido apuntado» (enmiendas núms. 251 en el Congreso de los Diputados, y 45 y 115 en el Senado).

⁶³ «Existe un doble silencio, ya que ni siquiera el organismo encargado de velar por el correcto cumplimiento de la ley debe cumplir con los principios fundamentales del derecho [...]. En el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 se establece que [...]. Esto supone que el doble silencio negativo se convierte en positivo. Sin embargo, en una Ley de Transparencia se va a establecer lo contrario».

⁶⁴ Donde se hacía una referencia genérica al término «recurso», sin perjuicio de clarificarse en los preceptos reguladores de los procedimientos de revisión.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

43.1 LRJPAC. Sin que pueda objetarse la exclusión del doble silencio negativo, vinculado exclusivamente al recurso de alzada.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dir.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012.

ÁLVAREZ RICO, M., «El derecho de acceso a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 183, julio/septiembre de 1979.

ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I., «Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre/diciembre de 1994.

ANDREIS, M., *La conclusione inespressa del procedimento*, Giuffrè, Milán, 2006.

ANTONUCCI, M., «Il diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale e il silenzio-rigetto», *Il Consiglio di Stato*, 2005, II.

BAÑO LEÓN, J.M.^a, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009.

BLASCO ESTEVE, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, Actas del VI Congreso de la AEPDA, INAP, Madrid, 2011.

CASADO CASADO, L., «El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud», en PIGRAU SOLÉ, A. (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

— «El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril de 2009.

CASSIA, P., «La décision implicite en droit administratif français», *La Semaine Juridique*, núm. 2156, 2009.

CENTOFANTI, N., *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

COBO OLVERA, T., *La obligación de resolver las peticiones formuladas a la Administración y el silencio administrativo*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012.

CRESPO RODRÍGUEZ, M. *et al.*, *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*, La Ley, Madrid, 2005.

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

D'ARIENZO, M.^a, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo: silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 2012.

D'ORSOGNA, M.^a y LOMBARDI, R.^a, «Il silenzio assenso», en SANDULLI, M.^a A.^a, *Codice dell'azione amministrativa. Le fonti del Diritto Italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.

DE VICENTE DOMINGO, R., *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial (Análisis del artículo 29.1 LJCA)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2014.

EMBID IRUJO, A., «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Jesús González Pérez: La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

— *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.

— «Aproximación al Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos», en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L. (coord.), *El nuevo Derecho administrativo. Liber Amicorum al Prof. Dr. D. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1.

FUERTES LÓPEZ, M., «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic: Los retos de la Directiva de Servicios*, núm. 42, monográfico, junio de 2011.

FUERTES LÓPEZ, M. (coord.), *Un procedimiento administrativo para Europa*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012.

GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ ALONSO, L.N., *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.

GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., *Directiva de Servicios, licencias urbanísticas y ejercicio de actividades*, Comares, Granada, 2012.

GUICHOT REINA, E., «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero/abril de 2003.

— *Datos personales y Administración pública*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

— *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Derecho Global, Sevilla, 2011.

— «Transparencia en la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, 2012.

GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

JEGOUZO, I., «El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 239, julio/septiembre de 1994.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., «El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su incidencia sobre las Entidades locales. Un primer análisis», *Revista CEMCI*, núm. 16, julio/septiembre de 2012.

JIMÉNEZ BLANCO, A., «Silencio administrativo y justicia civil: todo puede empeorar», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. I, Thomson-Civitas, Navarra, 2012.

JIMÉNEZ PLAZA, M.^a I., «El derecho de acceso a la información en el ámbito local», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 3.^a ed., vol. II, Iustel, Madrid, 2011.

LAGUNA DE PAZ, J. C., «El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio de 2009.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «Información administrativa y transparencia en la ordenación del territorio y el medio ambiente», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, enero/abril de 2009.

LAVEISSIÈRE, J., *Le silence de l'administration*, ANRT, Lille, 1984.

LAZCANO BROTONS, Í. y GARCÍA URETA, A., «Acceso a la información sobre el medio ambiente y silencio administrativo. Comentario a Pierre Housieaux v. Délégués du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, asunto C-186/04, Sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 21 de abril de 2005», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2005.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, 11.^a ed., La Ley, Madrid, 2010.

MARTÍN VALDIVIA, S.M.^a, «Réquiem por las licencias adquiridas por acto presunto (la "realidad" del legislador: nunca estuvo por el silencio positivo)», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 24, 2011-2.

MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., «La transparencia en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005.

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El silencio administrativo en el acceso a la información en materia de medio ambiente (Comentario a la STJCE, de 21 de abril de 2005, asunto C-186/04)», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006.

MESEGUER YEBRA, J., *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, 2013.

MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105.b) de la Constitución]*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

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*, vol. I, Thomson-Civitas, Navarra, 2012.

MUÑOZ MACHADO, S., «Las regulaciones por silencio. (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, enero 2010.

NETTEL BARRERA, A. C., «El silencio positivo en la Directiva de Servicios y los límites a su aplicación en la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 110-1, 2011.

— *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012.

PARISIO, V., *I silenzi della Pubblica Amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Giuffrè, Milán, 1996.

POMED SÁNCHEZ, L.A., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RAMS RAMOS, L., «Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental (a propósito de la STJCE de 21 de abril de 2005)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 128, octubre/diciembre de 2005.

— *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Madrid, 2008.

Luis Ángel Ballesteros Moffa

— «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, octubre/diciembre de 2013.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo de 2010.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.^a, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, Madrid, 2013.

REIS CONDESSO, F. D., *Derecho a la información: crisis del sistema político: transparencia de los poderes públicos*, Dykinson, Madrid, 2011.

RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La transparencia en la Administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995.

SAINZ MORENO, F., «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24, enero/marzo de 1980.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 137, mayo/agosto de 1995.

SORBARA, J.-G., «Le silence de l'administration», *Revue du Droit Public*, núm. 4, 2012.

TASSO, T. G., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra Privato e Pubblico*, Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles, 2004.

TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A. (coord.), *Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

VARGAS DÍAZ, C. D., *La globalización del e-gobierno y la transparencia de la información pública*, Delta, Madrid, 2011.

VELASCO CABALLERO, F., *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998.

La inactividad de la administración frente al «derecho a saber» del ciudadano

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*, Principado de Asturias, 1994.

VILLORIA MENDIETA, M., «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información», *Boletín de Función Pública del IN-AP*, núm. 9, mayo de 2012.