

## Competencia estatal y silencio administrativo autonómico

**Javier Sierra Rodríguez (1)**

*Profesor de la Universidad de Murcia*

La STC 104/2018, de 4 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el silencio administrativo estimatorio establecido en la Ley de Transparencia de Aragón ante solicitudes de acceso a la información pública. Esta Sentencia otorga un alcance expansivo a la competencia exclusiva del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin que la consideración del derecho de acceso como un derecho público-subjetivo, la capacidad de autoorganización de las Comunidades Autónomas o las dudas sobre el carácter específico de los procedimientos que contiene la LTBG, hayan permitido una interpretación distinta. La sentencia tiene consecuencias sobre la norma aragonesa, pero también debe ser considerada respecto a las equivalentes que regulan el sentido positivo en Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana.

Derecho de acceso, competencia exclusiva, procedimiento administrativo común, silencio administrativo.

### La decepción ante una apuesta por el silencio positivo

Para decepción de parte de la doctrina y confirmación de lo esperado para otra, el Tribunal Constitucional (TC), en su STC [104/2018, de 4 de octubre \(2\)](#), ha declarado inconstitucional, por invasión de las competencias estatales, el artículo 31.2. de la [Ley 8/2015, de 25 de marzo](#), de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, artículo que daba sentido estimatorio al silencio administrativo ante solicitudes de acceso a la información pública, en contraposición a los efectos desestimatorios que estipula el [artículo 20.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre](#) de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG).

La Sentencia, a partir de cuyos contenidos se deriva esta contribución, trae causa en la solicitud de ejecución del acceso a la información pública de un interesado que no obtuvo respuesta tras formular una solicitud de información ante la Comunidad Autónoma de Aragón. Según el artículo 31.2 LTBG, ante la falta de respuesta, se entendería la estimación presunta de la solicitud, es decir, la concesión del acceso por silencio administrativo: «31.2. Si en el plazo máximo establecido no se hubiera notificado resolución expresa, el interesado o la interesada podrá entender estimada la solicitud...».

Como no se accedió a sus pretensiones, el interesado inició el camino judicial que derivó, por lo enfrentado de las posturas, a que el TSJ de Aragón —a través de Auto de 16 de octubre de 2017— plantease una cuestión de inconstitucionalidad para dilucidar la validez constitucional del artículo 31.2 de la ley aragonesa, cuya constitucionalidad había sido puesta en duda por otras partes participantes en el proceso al entender que superaba el margen competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón (3).

### La competencia cuyo espacio se invade es el procedimiento administrativo común

La sentencia finalmente declara inconstitucional el artículo 31.2 LTBG por invasión mediata del [artículo 149.1.18 CE](#), es decir, por su confrontación con una norma dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias exclusivas y no necesariamente con el texto constitucional de manera directa. La competencia cuyo espacio se invade es el procedimiento administrativo común, atribuido en exclusiva al Estado, y el principal argumento jurídico del Alto Tribunal gira en torno a entender que los efectos positivos otorgados por la regulación autonómica, iban en contra del sentido negativo que expresamente establece el artículo 20.4 LTBG, de manera que su coexistencia no se podía salvar por vía interpretativa dada la contradicción manifiesta entre ambas normas. La sentencia contó con el voto particular del Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón.

### Consideraciones preliminares sobre el silencio administrativo

Es común que la doctrina (Fernández Ramos, 2017: 61) señale que el silencio administrativo ante las solicitudes de acceso no debe ser asumido de manera acrítica, porque su «puesta en práctica permite eludir las garantías de motivación y notificación de la resolución» y que además constituye una «mala *praxis* administrativa».

Entender que los efectos de la «no respuesta» están previstos mediante una figura regulada, el silencio administrativo, puede llevar a que se pierda la noción de lo que es: una anomalía del funcionamiento de la Administración Pública que quizás no debería existir en el siglo XXI ahora que las administraciones tienen recursos y medios tecnológicos (4). La pregunta

resultante es ¿por qué se asume que la no respuesta suceda mediante la figura del silencio administrativo? No es objeto de este artículo, pero bien es cierto que se parte de una posición muy cercana a las reflexiones de Morillo-Velarde (2017: 861), quien entiende que no es admisible que se normalice la existencia del silencio administrativo porque «es una construcción artificiosa e inútil que pudo tener su sentido en uno de los momentos iniciales de la larga marcha *de la lucha contra las inmunidades del poder*, pero que ya va siendo hora de que sea sustituida por otro tipo de técnicas». No obstante, hay posturas distintas como la de Guichot (2014: 105), ya referidas al ámbito del derecho de acceso, quien recuerda que el silencio administrativo no es una opción, sino una «garantía frente al incumplimiento de una obligación», algo que se comparte parcialmente, porque, en la práctica, si se normaliza, se convierte en una opción. Aparte, Guichot recuerda que la apuesta por el silencio negativo, además de ser la solución generalizada en el derecho comparado en materia de derecho de acceso, evita que se produzcan situaciones indeseables como la concesión del acceso a información sensible por el mero transcurso de los plazos (5).

Sin embargo, en el ámbito de la transparencia que se produzca la no respuesta —más que silencio administrativo— es si cabe más gravoso, porque se puede considerar un contrasentido a la finalidad que persigue —plasmada con meridiana claridad en el preámbulo de la LTBG (6)—, y a los principios de buen gobierno que promulga. Pero aún más, cuando el silencio administrativo tiene efectos desestimatorios, tal y como regula la LTBG (7), se da cobertura a normalizar su existencia, sin apenas mecanismos para atajar esta situación más allá de la posibilidad de que pueda ser considerada una infracción grave a efectos disciplinarios (8), mientras que —por el contrario— son muchas las contrapartidas que tienen aquellos que no quieren otorgar el acceso y obtienen, mediante el silencio desestimatorio, una vía sencilla y exenta de la carga que supone tener que motivar las resoluciones desestimatorias (9). Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, los efectos desestimatorios también se manifiestan ante la falta de respuesta ante las reclamaciones que eventualmente se pudiesen interponer ante el CTBG originando un *doble silencio* (Piñar, 2014: 48; Fernández Salmerón, 2014: 319; Cotino, 2014a: 256).

Además, la previsión del silencio administrativo negativo se producía en un contexto en el que hacía pocos años, la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#) (LRJPAC), desde la reforma de 2009 (10), ya había virado hacia la generalización de los efectos estimatorios en procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Como bien se expresaba en su preámbulo, esta previsión buscaba dotar de una garantía a los solicitantes «cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración» y solo podía verse exceptuada según su [artículo 43.2 —hoy con otra redacción en la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre](#) (LPAC)— «en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario». Pues bien, la LTBG no siguió esta corriente favorable al silencio positivo, y además, como bien evidenciaba Fernández Ramos (2013: 277), se producía la «incorrección» de la LTBG porque no se hacía expresa la justificación de las razones imperiosas de interés general que llevaban a este apartamiento de la regla general establecida por la [Ley 30/1992](#) vigente en el momento de su aprobación.

Por todas estas razones, y principalmente para buscar la efectividad del derecho de acceso, existen voces que plantean la necesidad de la reforma de la LTBG para adoptar el silencio positivo como regla general (Blanes, 2018; Cotino, 2018: 267; Fernández Salmerón, 2004: 309 y ss.).

## Comunidades autónomas con la regla del silencio positivo

Ante las debilidades de la LTBG, se consideraba que la esfera autonómica era un campo idóneo para la mejora de la regulación (Cotino, 2014b: 65 y ss.). En referencia a la ley foral navarra y por previsiones como el efecto estimatorio del silencio, Sánchez de Diego (2014: 16) destacaba que este tipo de regulación venía a configurar «una auténtica norma de transparencia que ... desde la perspectiva del ciudadano sobrepasa a la ley estatal». En similar situación estaban las Comunidades Autónomas Cataluña (11), Navarra (12) y Comunidad Valenciana (13), además de la aragonesa, las cuáles se ven ahora sometidas a la presión sobre su inconstitucionalidad en este aspecto por la sentencia aludida.

Todas ellas, realizaban previsiones de silencio administrativo positivo, salvo que supusieran una situación *contra legem*, es decir, salvo que otras normas aplicables dispusieran lo contrario, de lo que se podía entender que el legislador autonómico buscaba evitar la posible colisión con otras normas que, bien por ámbito competencial o material, pudiesen tener un sentido distinto y que debiesen prevalecer, o bien, porque el acceso estuviese limitado de algún modo (14). No obstante, una vez conocidos los contenidos de la LTBG, Fernández Ramos (2013, 278, nota 44) se preguntaba «¿en qué caso se aplicará este silencio estimatorio?», ante el posible vaciamiento de su contenido debido a estas previsiones (15).

## El ejercicio del derecho de acceso corresponde en exclusiva al Estado

La primera de las normas autonómicas que adoptó el sentido estimatorio fue la [Ley Foral 11/2012, de 21 de junio](#), previa a la LTBG. Con posterioridad, en la misma Comunidad Autónoma, dichos contenidos se plasmaron en la [Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo](#), de Transparencia, acceso a la información, bajo el siguiente literal de su artículo 41.2 «si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese recibido resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud salvo en relación con la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley». Sobre esta primera configuración del silencio positivo, Enériz (2013: 136 y ss.) destacaba que se trataba de «una solución intermedia de silencio positivo subordinado a la ley o *secundum legem*», en relación al diferente sentido del silencio de la [LRJPAC](#) y la LTBG. Así, según el mismo autor, no se produciría un acto administrativo firme (el silencio estimatorio) tras el transcurso del plazo para resolver, sino que «se entenderá» estimado, siendo necesario el análisis de cada caso y de las posibles limitaciones establecidas por la normativa, de modo que una resolución extemporánea, a diferencia de lo establecido en la [LRJPAC](#), podría conceder el acceso, hacerlo parcialmente, o bien denegarlo (16).

En el caso aragonés (17) , valenciano (18) , así como catalán (19) , la redacción de los artículos es similar con esa redacción que subordina el silencio positivo a la ley, si bien la norma catalana aparte de prever responsabilidades por la denegación de acceso tras producirse silencio administrativo positivo, especifica con mayor detalle que no se podrá adquirir por esta vía si se incurre en alguno de los límites establecidos por las leyes (20) .

El análisis previo a la [STC 104/2018, de 4 de octubre](#), podría suscitar dudas respecto al margen de las Comunidades Autónomas para que, en virtud de su capacidad de autoorganización, regulase sus propios procedimientos y superar la norma estatal, siempre y cuando la distinta regulación tuviese como objeto otorgar unas mayores ventajas o beneficios a los ciudadanos. Es decir, que respetando la legislación básica se pudiesen dotar de una mejor regulación, y todo ello amparado en la presunción de un mayor margen de libertad ante la esfera competencial de las Comunidades Autónomas.

A esta forma de pensar contribuían las escasas referencias en la LTBG, que apenas cita el margen de maniobra de las Comunidades Autónomas. Pero la doctrina ya avisó de que la regulación del procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso —por su carácter básico y lo detallado de sus contenidos— dejaba poco margen de maniobra a las Comunidades Autónomas, prácticamente reducido a «aquellas cuestiones procedimentales sobre las que la Ley no se pronuncia» (Rams, 2016: 3). En esta misma línea se manifestaba Fernández Salmerón (2014:291), quien entendía, que este tipo de alteraciones se podrían llevar a cabo solo en caso de que existiera margen competencial, algo que ponía en duda ante la consideración de los efectos del silencio como parte integrante «inequívocamente» del procedimiento administrativo común.

Estos autores tenían claro desde el principio que la LTBG se dictaba principalmente en función del alcance de [artículo 149.1.18 CE](#), en la vertiente de la competencia exclusiva del Estado respecto al procedimiento administrativo común, y no de las «bases» del régimen jurídico de las administraciones públicas (Ridao, 2014).

## El análisis de constitucionalidad

En el caso que nos atañe, el análisis de constitucionalidad se centra en la colisión del contenido de una norma infraconstitucional con otra de carácter autonómico, para lo que el Tribunal Constitucional precisa atender a dos circunstancias. En primer lugar, que la norma infraconstitucional haya sido dictada en función de las competencias reservadas al Estado, ya que de lo contrario sería la norma estatal la que podría considerarse invasora de las competencias autonómicas, si éstas son dictadas legítimamente en función de sus competencias. Y en segundo lugar, que la colisión entre ambas normas debe ser «efectiva e insalvable por vía interpretativa», es decir, que no se pueda compatibilizar su convivencia en función de las respectivas competencias (STC 166/2014, de 22 de octubre, FJ 3º) (21) . Ambas cuestiones se tratan a continuación.

### 4.1. El silencio administrativo de la LTBG como parte del procedimiento administrativo común

Sobre el carácter básico de la LTBG, como bien advierte la STC a examen, existe cierta confusión respecto a los títulos competenciales, porque el legislador aludía a varios apartados del [artículo 149.1 CE \(22\)](#) en su Disposición Final Octava, pero sin embargo, no alineó los artículos concretos a sus respectivos títulos habilitantes y, adicionalmente, en la LTBG se desatendía la jurisprudencia constitucional que requiere la especificación del carácter básico o no de los preceptos que contienen las normas (Ridao, 2014: 8).

Para el aspecto en litigio, afirma el TC que la fundamentación del título competencial en el art. 149.1.1º, correspondiente a las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (23) , queda desplazado por el título habilitante del artículo 149.1.18º, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (24) , en tanto que al ser el más específico que ostenta el Estado, asegura de manera más precisa la uniformidad que la Constitución ha querido preservar para el Estado, por lo que así lo entiende el Alto Tribunal en relación a la jurisprudencia constitucional precedente (FJ 4º) (25) . Aparte, el TC descarta el artículo 149.1.13, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, como título para este caso, algo que por otro lado se deduce de su escasa relación con la cuestión en litigio.

El carácter procedimental de la regulación respecto al ejercicio del derecho, y su habilitación por la vía del artículo 149.1.18ª, no dejaba lugar para dudas para los autores que analizaron el proyecto de Ley (Velasco 2013: 296), si bien, se reflexionaba sobre su engarce, bien en la vertiente de las «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» y bajo el condicionante de que «garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas», o bien, bajo la competencia exclusiva sobre el «procedimiento administrativo común».

El Alto Tribunal incardina el caso, y concretamente los efectos del silencio administrativo, como parte del procedimiento administrativo común, porque «la regulación de los efectos que produce en el procedimiento la inactividad de la administración tiene un marcado carácter procedimental» (26) . Remarca el Alto Tribunal que el adjetivo «común», incluye los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (FJ 5º).

## Hay una situación equivalente en Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana

En el Fundamento Jurídico 6º, se recuerdan algunas sentencias previas, que van en la línea de reiterar que los efectos del silencio administrativo forman parte de ese modelo general del procedimiento y que es competencia exclusiva del Estado. Entre ellas la STC 166/2014, de 22 de octubre, que menciona como tal «la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado ... así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de esa obligación» (FJ 6).

El Alto Tribunal esgrime que la proyección del procedimiento administrativo común, supone una competencia conexas a la que pueda tener el Estado o las Comunidades autónomas para regular el régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración, pero que, aun cuando la competencia legislativa corresponde a la Comunidad Autónoma para la aprobación de normas de procedimiento administrativo, «deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias» (FJ 5).

El Tribunal Constitucional recuerda la [STC 143/2017, de 14 de diciembre](#), como jurisprudencia a partir de la cual se establecieron las reglas sobre la aplicación de la competencia exclusiva del Estado sobre el procedimiento administrativo común, y específicamente, en lo relativo al silencio administrativo. Así, indica el Alto Tribunal, que corresponde al Estado cuando no hay referencias a sectores materiales concretos, pero también cuando sobre una materia o sector —en la que eventualmente puedan tener competencia, tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas—, se establezca «una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa» (FJ 23).

Bajo estos fundamentos jurídicos de la sentencia, se consagra así, una interpretación expansiva del alcance del procedimiento administrativo común que vincula a las Comunidades Autónomas, incluso en el ejercicio de competencias propias o de su capacidad de autoorganización y de regulación de las especialidades de procedimiento administrativo.

#### 4.2. Dudas acerca del título competencial asumido por el TC: el voto de Conde-Pumpido.

A raíz de la postura del Alto Tribunal surgen múltiples dudas, entre las que está la consideración de la LTBG como una norma cuyos contenidos se incardinan en procedimientos bajo el adjetivo «común». Refuerza esta idea que ya existe una [LPAC](#) —una norma común—, en la que el silencio en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado es estimatorio; mientras que la regulación del derecho de acceso está en una norma distinta —específica en materia de transparencia—, en la que se prevén otros efectos. Además, la LTBG contiene procedimientos especiales de reclamación que se apartan de los recursos administrativos ordinarios, y así, su artículo 24 prevé la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, disponiendo de todo un aparato de distinta configuración a los procedimientos comunes.

En el voto particular de Conde-Pumpido se asume esta postura, al considerar a la LTBG como una norma de procedimiento administrativo «específico». Así, quedaría descartada su mera consideración en el marco de un sector material concreto, un tipo de actividad administrativa o categoría de procedimientos administrativos, por lo que podría conllevar a la convivencia de las normas estatal y autonómica porque no sería aplicable la argumentación de la sentencia que se analiza. Lo que Conde-Pumpido afirma, es que se ha hecho una incorrecta interpretación de la doctrina constitucional, y en concreto, de la [STC 143/2017, de 14 de diciembre](#), en la que se sistematizaba la postura del Tribunal.

A este respecto, Conde-Pumpido señala que hay elementos que la Sentencia deja fuera de su análisis. En primer lugar el hecho de que la LTBG regula un derecho público-subjetivo y no un tipo de actividad administrativa, y que además, éste ha sido asimilado a un derecho fundamental (Piñar, 2014; Moreno, 2015; Sánchez de Diego, 2016). En segundo lugar, porque los sujetos obligados de la Ley sobrepasan las Administraciones Públicas, incorporando instituciones del Estado, partidos políticos, sindicatos y empresas, entre otros. En tercer lugar, y a consecuencia de los anteriores, porque el título habilitante del artículo 149.1.18º se mostraría insuficiente, lo que también ha generado observaciones previas por parte de la doctrina (Ridao, 2014: 10; Velasco, 2014: 13).

Sentado lo anterior, el voto particular estima que la Sentencia no contempla la autonomía política y la competencia autonómica exclusiva de regular sus instituciones de autogobierno, y llega incluso a plantear que, en caso de concebir la LTBG como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, «su condición de mínimo común denominador legislativo», no debería impedir que las Comunidades Autónomas, mediante el establecimiento de reglas de silencio positivo, reforzaran el acceso de sus ciudadanos a la información pública».

#### ¿Salvar el silencio positivo por la vía interpretativa?

Con las debidas prevenciones, parte de la doctrina apuntaba en la línea de que las Comunidades Autónomas podrían regular el derecho de acceso de manera más favorable al ciudadano, porque ello no tendría por qué afectar a las condiciones de igualdad (Velasco 2013: 321). Que fuese «más ventajoso que el desestimatorio» era un argumento a favor, aunque existieran dudas razonables de que tuviese cabida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas autonómicas (Fernández Ramos 2013: 278). Desde otra perspectiva, Fernández Salmerón (2014: 291) entendía que no era posible esta interpretación en aras de un ejercicio más favorable, por cuanto en el ejercicio del derecho de acceso «se produce una inevitable confrontación entre intereses privados y públicos», que también deben disponer de una adecuada tutela. Es decir, aunque fuese ventajoso desde el punto de vista del derecho de acceso, podría suponer un perjuicio para otros derechos en colisión, por lo que ya no se podría hablar de un contenido inequívocamente favorable para el ciudadano.

### La solución sería la omisión del sentido del silencio en las normas autonómicas

Así, una de las posibilidades para compatibilizar la LTBG con lo dispuesto en la norma autonómica en cuestión, podría fundamentarse en que supone una norma más favorable para el ejercicio de los derechos. Sin embargo, esta postura queda diluida ante la férrea posición del TC respecto al margen regulatorio para las Comunidades Autónomas, en lugar de una posición más proclive al principio de *favorabilia sunt amplianda*, y que además, tiene en cuenta que el sentido desestimatorio de la LTBG no solo afecta al derecho de acceso, sino que es una garantía ante la posible existencia de intereses en conflicto respecto a otros derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que reafirma su inclusión como parte del procedimiento administrativo común (FJ 5º).

«Sin embargo, tal derecho de acceso puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos o intereses protegidos que pueden limitar el mismo (derecho al honor, intimidad personal y familiar, protección de datos de carácter personal, secreto profesional, incluso la seguridad y defensa del Estado). Ante esta eventual colisión, el legislador estatal ha tomado la cautela de proteger estos derechos e intereses frente a la posibilidad de que puedan verse vulnerados o afectados como consecuencia de la falta de respuesta de la Administración a tales solicitudes, justificándose de este modo la regla del silencio negativo establecida en el artículo 20.4 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por lo que la norma estatal "cumple una función típica de las normas de "procedimiento administrativo común": "garantizar un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas" [*SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 27 y 55/2018, de 24 de mayo, FJ 9 b*)]».

En cualquier caso, al examinar la posibilidad de compatibilizar ambas normas por la vía interpretativa el Alto Tribunal lo descarta, porque el sentido del silencio es manifiestamente contradictorio: desestimatorio en la LTBG y estimatorio en la norma aragonesa. Las posibilidades de compatibilizar ambas normas podrían venir dadas de la aplicación del artículo 31.2 de la ley aragonesa, admitiendo como válida la previsión de subordinar la estimación de la solicitud «salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o en una norma de derecho comunitario».

Sin embargo, el Alto Tribunal concluye que esta interpretación supondría vaciar de contenido dicha previsión, es decir, no sería aplicable en ningún caso, por lo que opta por la declaración de inconstitucionalidad y su nulidad.

### ¿Y ahora qué? A modo de conclusión

A consecuencia de la sentencia, queda patente que el procedimiento correspondiente al ejercicio del derecho de acceso, corresponde en exclusiva al Estado y no admite contradicciones de la normativa autonómica, porque forma parte del procedimiento administrativo común. A los partidarios de la transparencia les hubiera resultado más satisfactoria la adopción de las tesis defendidas en el voto particular de Conde-Pumpido, en base a cuyos argumentos sería deseable un giro de la jurisprudencia constitucional en los próximos años. En cualquier caso y a efectos prácticos, esta interpretación del Tribunal Constitucional supone una barrera respecto a las posibilidades de reforzar el derecho de acceso por la vía de la legislación autonómica, que además estaba mostrando un mayor dinamismo y capacidad de innovación.

De ahí, que se derive una incógnita adicional, porque al considerar todo el procedimiento del ejercicio del derecho de acceso como parte integrante del procedimiento administrativo común, habrá que observar si en el futuro se producen nuevos litigios que pongan en duda contenidos de las normas autonómicas de transparencia, como podría ser la redacción de las causas de inadmisión de solicitudes, que en algunas normas autonómicas se apartan del esquema general de la LTBG.

A raíz de la sentencia y sobre los efectos del silencio administrativo, se evidencia una situación equivalente en las leyes de transparencia de Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana, así como en las eventuales ordenanzas locales que recojan un sentido positivo del mismo. Las leyes citadas siguen vigentes, lo que no impide que bajo el fundamento de la sentencia examinada, cuando se incurra en silencio administrativo, se deba entender que sus efectos son desestimatorios en concordancia a lo estipulado en la LTBG y del efecto *erga omnes* que tienen las sentencias que declaran inconstitucional una ley.

Así, se recuerda, que el [artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional](#), establece que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», motivo por el que si llega una nueva controversia a los órganos jurisdiccionales, se deben aplicar y fundamentar en el mismo sentido que la sentencia del TC (27).

Aun así, ante las normas vigentes de contenido equivalente que incurren en el mismo supuesto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional indica que «los instrumentos de depuración del Ordenamiento no se agotan con el recurso de inconstitucionalidad, ni se reducen en todo caso a los de naturaleza jurisdiccional, sin que, ... quepa olvidar la potestad de reforma del legislador democrático, en cuya correcta actuación ha de confiarse si con nuestro fallo pudieran resultar afectadas normas no expresamente recurridas ante el Tribunal Constitucional» (*STC 31/2010*, de 16 de julio, FJ 2º) (28), es decir, que perfectamente una solución coherente puede pasar por la reforma de estas leyes para su adaptación a lo establecido por la LTBG, eliminando cualquier referencia al sentido del silencio porque está fuera de su ámbito competencial.

De hecho, la omisión del sentido del silencio en las normas autonómicas sería la solución más adecuada por dos motivos. En primer lugar, para no originar una legislación reproductiva en la materia, dado que no tiene sentido porque la verdadera norma válida respecto al procedimiento administrativo del ejercicio del derecho de acceso es la LTBG, y porque además, podría sobrellevar la inconstitucionalidad de la norma, tal y como ha afirmado el TC reiteradamente (29). En segundo lugar, porque — como ya se ha citado— hay corrientes que propugnan como necesaria la modificación de la LTBG para cambiar el silencio desestimatorio de su redacción actual, lo que en caso de llevarse a cabo, ya supondría —como mínimo—, modificar las normas autonómicas que especifican expresamente ese mismo sentido del silencio (30).

Finalmente, cabe cerrar este artículo mencionando que se comparte la postura de reformar la LTBG, para permitir los efectos estimatorios del silencio administrativo y, con ello, estimular que la no respuesta sea algo más que extraordinario y no tan común como es ahora. Esta propuesta se puede compatibilizar con el respeto a los límites de la Ley y a los derechos de terceros, para lo que perfectamente se puede articular un mecanismo de ejecución del acto presunto de estimación, que se desarrolle a través de una entidad cualificada como los Consejos de Transparencia, de modo que se ponderen los intereses y derechos en colisión.

### Bibliografía



Blanes Climent, M.A. 2018. «El silencio positivo en las leyes autonómicas de transparencia es inconstitucional por invadir la competencia estatal: [STC 4/10/2018](#)» [Entrada de blog], Acceso 5 de enero de 2018: <https://miguelangelblanes.com/2018/10/18/el-silencio-positivo-en-las-leyes-autonomicas-de-transparencia-es-inconstitucional-por-invadir-la-competencia-estatal-stc-4-10-2018/>

Cotino Hueso, L. 2014a. «La nueva ley de transparencia y acceso a la información», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VII:241-256.

Cotino Hueso, L. 2014b. «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto», en Valero Torrijos, J. y Fernández Salmerón, M. (Coords.), *Régimen Jurídico de la transparencia en el sector público*. Pamplona: Aranzadi, pp. 37-71.

Cotino Hueso, L. 2018. «Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información», *Dilemata*, 27:263-279.

De la Nuéz Sánchez-Casado, E. 2017. «La transparencia pendiente: consideraciones sobre la consulta pública del borrador de Reglamento de la Ley de Transparencia». *Revista Española de la Transparencia*, 4: 6-8.

Enériz Olaechea, F.J. 2013 (coord.). 2013. *Comentarios a la Ley Foral de Transparencia y del Gobierno Abierto*. Pamplona: Defensor del Pueblo de Navarra.

Fernández Salmerón, M. 2014. «Procedimiento administrativo e información del sector público», en Valero Torrijos, Julián y Fernández Salmerón, Manuel (Coords.), *Régimen Jurídico de la transparencia en el sector público*. Pamplona: Aranzadi, pp. 281-321.

Fernández Ramos, S. 2013. «El acceso a la información en el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIV: 233-208.

Fernández Ramos, S. 2017. «El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador», *Revista Española de la Transparencia*, 6:46-65

Ferreres Comella, V. 2010. «Afectación de la sentencia a otros Estatutos de Autonomía», *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial [STC 31/2010](#) del TC sobre el [Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006](#), pp. 471-474.

Guichot Reina, E. 2014. «La nueva ley de transparencia, un reto para la gestión de las organizaciones públicas», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 6:90-107.

Moreno González, G. 2015. «El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 8:93-125.

Morillo Velarde-Pérez, J.I. 2017. «La reforma del silencio administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo desde la perspectiva del silencio estimatorio», en Laguna de Paz, José Carlos, Sanz Rubiales, Iñigo y De los Mozos y Touya, Isabel María (coords.), *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luís Martínez López-Muñoz*. Madrid:REUS, pp. 843-862.

Piñar Mañas, J.L. 2014. «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la [Ley 19/2013, de transparencia](#), acceso a la información y buen gobierno», *Revista Catalana de Dret Públic*, 49:1-19.

Rams Ramos, L. 2016. «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública». *Revista General de Derecho Administrativo*, 41:1-46

Ridao Martín, J. 2014. «La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica. Un estudio comparado», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 19, 2014, pp. 1-31.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. 2014. «El día después de la ley de transparencia», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33:1-20.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. 2016. «El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública», en Cascajo Castro, J.L. y Martín de la Vega, A., *Participación, Representación y Democracia XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 297-318.

Velasco Rico, C.I. 2013. «Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *REAF*, 17:279-328.

Velasco Rico, C.I. 2014. «La cuestión competencial en la [Ley 19/2013, de 9 de diciembre](#) ¿de qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33:1-34

Villoria Mendieta, M. 2015. «La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7:85-103.

- (1) Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración. Es profesor en la Universidad de Murcia y Secretario Académico de la Revista Española de la Transparencia. Forma parte del Comité Organizador del Congreso Internacional de Transparencia cuya tercera edición se ha celebrado en la Universidad de Cádiz en 2018. Actualmente participa en proyectos de investigación sobre el régimen jurídico de la transparencia y la participación ciudadana.
- (2) Pleno. [Sentencia 104/2018, de 4 de octubre de 2018](#). Cuestión de inconstitucionalidad 5228-2017. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón respecto al [artículo 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo](#), de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón. Competencias sobre procedimiento administrativo; nulidad del precepto legal autonómico que establece el silencio positivo para las peticiones de acceso a la documentación administrativa. Voto particular (BOE núm. 264/2018, de 1 de noviembre).
- (3) Llama la atención, que la entidad sobre la que se solicitaba la información, ARAMÓN SA (sociedad participada por la Comunidad Autónoma de Aragón), en lugar de mantenerse al margen del proceso, actuó con una iniciativa inusitada para personarse en el procedimiento y defender la inconstitucionalidad de la norma aragonesa. Aunque dicha personación sea fruto del ejercicio de un interés legítimo, sin duda, se adapta al caso prototípico al que De la Nuez (2017: 6) se refiere cuando las entidades que deben suministrar información (en este caso sobre las que versa la información) prefieren recurrir o litigar bajo un afán de «dificultar o dilatar el acceso a una información que se considera sensible desde un punto de vista político». Sea o no sensible la información desde esa perspectiva, la proactividad de la ARAMÓN SA en luchar contra la validez de su norma autonómica de transparencia es un indicador de su más que probable oposición a la obtención de la información.
- (4) En la misma línea se expresaba la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), que en su preámbulo afirmaba: «El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado».
- (5) Como argumento adicional Rams (2016: 41-42) entiende que si la Administración no responde, igualmente va a ser complicado formalizar el acceso, por lo que el sentido negativo es, para esta autora, el mecanismo que mejor responde a la finalidad de dotar de garantías a los ciudadanos «siempre que se articule un correcto sistema de recursos ante denegaciones presuntas».
- (6) «Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos».
- (7) La previsión de una ley de transparencia en la que se establecía el silencio administrativo negativo, ya originó las críticas tempranas de la doctrina y de los participantes en los procesos de información pública del borrador de la norma y de tramitación parlamentaria (Villoria, 2015: 97; Guichot, 2014: 96; Rams, 2016: 41). El Dictamen 707/2012, de 19 de julio, del Consejo de Estado justificaba la apuesta por el silencio desestimatorio por la proyección que podía tener la información pública sobre «una multiplicidad de actividades públicas y puede incluir en muchos casos datos relativos a materias o a terceros dignos de una especial protección», y así, añadía que su justificación radicaba en que «puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses» de modo que los efectos desestimatorios eran la opción más adecuada para preservarlos.
- (8) La LTBG en su artículo 20.6 se despacha con una referencia a la consideración como infracción grave del incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo, sobre cuya materialización se puede adoptar una posición más bien pesimista bajo la expectativa de que solo vaya a tener consecuencias ante casos flagrantes y manifiestos, pero no ante la utilización desvirtuada del silencio como mecanismo de desestimación.
- (9) Para otra ocasión dejamos las consideraciones respecto a aquellas situaciones en las que, tras una denegación presunta por silencio administrativo, ya en sede judicial y de manera extemporánea, la administración ha pretendido alegar la existencia de causas de inadmisión y la necesidad de aplicación de los límites al derecho de acceso. Véase las pretensiones de la Corporación Radiotelevisión Española en la SJCCA núm. 6, de 18 de mayo de 2016, núm. 60/2016, FJ 3º.
- (10) Morillo-Velarde (2017:852) sitúa a la [Ley 25/2009, de 22 de diciembre](#), que trasponía aspectos relativos a la armonización del mercado interior ([Directiva 2006/123/CE](#)), como la reforma que impulsó el sentido positivo del silencio como regla general. Por ello, estando vigente ya desde 2009 esa corriente hacia la estimación ante el silencio administrativo, se refuerza la idea del contrasentido que se produce en una ley de transparencia diseñada para abrir las Administraciones Públicas y que, sin embargo, venga a convalidar de este modo la *callada* por respuesta ante solicitudes de información de los ciudadanos.
- (11) [Ley 19/2014, de 29 de diciembre](#), de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.
- (12) [Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo](#), de Transparencia, acceso a la información. Anteriormente redactado en los mismos términos del [Ley Foral 11/2012, de 21 de junio](#), de Transparencia y del Gobierno abierto de Navarra.
- (13) [Ley 2/2015, de 2 de abril](#), de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.
- (14) Velasco (2013:308) aventura que en el caso navarro fuese una previsión ante los contenidos que iba a tener posteriormente la LTBG.

- (15) En el mismo sentido se manifiesta Rams (2016: 5-6), quien además alerta de la inseguridad jurídica y de la confusión que puede originarse al ciudadano de lo que procede o no, en relación a una solicitud no respondida y a tenor de lo diferente de las regulaciones en juego que difícilmente conocerá en detalle ([LPAC](#), LTAIP, etc.).
- (16) No parece entenderlo así el tribunal en la STC a examen, que da por producido el acto administrativo en el caso aragonés en litio desde el momento en que se produce el transcurso del tiempo (FJ 2º, párrafo 4 y 5).
- (17) Aragón: «Art. 31.2. Si en el plazo máximo establecido no se hubiera notificado resolución expresa, el interesado o la interesada podrá entender estimada la solicitud, salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o en una norma de derecho comunitario».
- (18) Comunidad Valenciana: «Art. 17.3. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución, la solicitud se entenderá estimada. El órgano competente quedará obligado a proporcionar la información solicitada, excepto aquella que pudiera entrar en conflicto evidente con otros derechos protegidos, o aquella cuya denegación total o parcial, viniera expresamente impuesta en una ley. En tales casos la información será disociada, dando cuenta motivadamente de esta circunstancia».
- (19) Cataluña «Art. 35. Artículo 35. Silencio administrativo. 1. Si la Administración no resuelve y notifica dentro del plazo establecido, la solicitud se entiende estimada, salvo que una norma con rango de ley establezca expresamente un efecto desestimatorio, total o parcial, con relación a una determinada información. 2. No se puede adquirir por silencio administrativo el derecho de acceso si concurre alguno de los límites establecidos por esta u otras leyes para tener acceso a la información pública. 3. En el caso de silencio administrativo estimatorio, la Administración está obligada a facilitar el acceso a la información pública en el plazo establecido por el artículo 36, a contar desde el momento en que el solicitante lo pide. 4. La denegación de acceso a la información habiéndose producido silencio administrativo estimatorio puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad, de acuerdo con lo establecido por el título VII».
- (20) Sobre la aplicación de este artículo en Cataluña existe un criterio interpretativo de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP), de 7 de enero de 2016, que aborda las reclamaciones sustentadas en casos de silencio administrativo y que ya expresaba las dudas existentes entre la coexistencia de la LTBG y las previsiones autonómicas respecto al sentido del silencio. Disponible en: <http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/Silenci-administratiu>
- (21) *Vid* entre otras, [SSTC 39/2014, de 11 de marzo](#), FJ 3, y [94/2014, de 12 de junio](#), FJ 2.
- (22) en sus apartados aludidos, junto con el 13º relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica,
- (23) Artículo 149.1.1.ª «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».
- (24) Artículo 149.1.18.ª «Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».
- (25) [SSTC 319/1993, de 27 de octubre](#), FJ 5 y [251/2006, de 25 de julio](#), FJ 11. Aparte, tal y como se concibe el derecho de acceso, no estamos ante un derecho fundamental de las secciones 1ª y 2ª del Capítulo II del Título I de la CE.
- (26) Pese a que el Alto Tribunal lo analiza desde la perspectiva del procedimiento administrativo común, podían existir dudas en torno a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» como título habilitante, aunque tendría efectos similares, habida cuenta que de la amplia interrelación de éste con el procedimiento administrativo común y del énfasis que el texto constitucional realiza al establecer que dichas bases «garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas». De ahí que Velasco (2014: 13 y ss.) recuerde que, en atención a la interpretación del Tribunal Constitucional, las bases pueden tener un carácter exhaustivo cuando «tienen impacto en los derechos o en la posición de los ciudadanos ante las AA.PP., o bien regula la actividad externa de la Administración».
- (27) A este respecto se recuerda el artículo 5.2. de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#): «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».
- (28) Véase un análisis de Ferreres (2010) sobre esta cuestión respecto a la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña tras la [STC 31/2010](#).
- (29) Véase [SSTC 102/2016, de 25 de mayo](#), FJ 5º; y [341/2005, de 21 de diciembre](#).
- (30) Canarias ([Ley 12/2014, de 26 de diciembre](#)), Cantabria ([Ley 1/2018, de 21 de marzo](#)), Castilla La Mancha ([Ley 4/2016, de 15 de diciembre](#)) o Galicia ([Ley 2/2016, de 18 de enero](#)).



