

Voto Particular que formula el Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5228-2017.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente Voto Particular para expresar mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la Sentencia estimatoria de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

En este proceso promovido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se suscita la posible contradicción entre el art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón y el art. 20.4 de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con relación a un punto concreto: el sentido del silencio ante la falta de resolución de las solicitudes de acceso a la información pública, que la norma aragonesa dispone que sea positivo y que la norma estatal establece como negativo.

La Sentencia considera que la norma estatal se encuadra en la materia del procedimiento administrativo común y es básica, esto es, está amparada por el art. 149.1.18 CE. Y que la norma autonómica incurre en una contradicción insalvable con la norma estatal, razón por la cual se estima la cuestión.

Discrepo del presupuesto de la Sentencia, que asume de forma acrítica el criterio sostenido por algunas de las partes personadas en este proceso de que la regulación del sentido del silencio contenida en el precepto estatal invocado constituye “procedimiento administrativo común” en el sentido del art. 149.1.18 CE.

Para fundamentar ese criterio, la Sentencia se limita a afirmar en el FJ 5 que el Estado puede establecer el sentido del silencio frente a la falta de resolución expresa de la Administración, como norma atinente al procedimiento administrativo común, y que la regla del silencio negativo se dirige a proteger derechos e intereses que pueden limitar el acceso a la información pública, lo que vendría a cumplir “una función típica” de las normas de procedimiento administrativo común, la de “garantizar un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas”.

Considero que esa acrítica asunción del criterio sostenida por algunas de las partes no refleja plenamente nuestra doctrina constitucional sobre la distribución de competencias normativas para la determinación del sentido del silencio, que este Tribunal sistematizó en la STC 143/2017, de 14 de diciembre, y aplicó en la reciente STC 70/2018, de 21 de junio. Aunque las cita, no aplica correctamente, a mi juicio, la doctrina sentada en ellas.

En el FJ 23 de la STC 143/2017, de 14 de diciembre, se afirmó la siguiente distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con el silencio administrativo:

a) En virtud de su competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, al Estado le corresponde establecer las reglas que regulan el sentido del silencio administrativo en dos supuestos: “tanto cuando se hace sin referencia a sectores materiales concretos (como, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público o los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones), como cuando, aun afectando a una materia o sector concreto —ordenación del territorio y urbanismo—, se establece una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa (como, por ejemplo, en relación con el trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25.c)], o el régimen del silencio en los procedimientos bifásicos de aprobación de los planes urbanísticos [STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8 B) c)]).”

b) Más allá de esas reglas comunes, la determinación del sentido del silencio para concretos procedimientos administrativos constituiría “una especialidad procedimental *ratione materiae*, vinculada al concreto régimen sustantivo de la materia de que se trate”. De acuerdo con la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos *ratione materiae*, que el texto constitucional no reserva en exclusiva al Estado, “hay que entender que esta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración”.

Esta doctrina impone ciertos límites a la capacidad del legislador estatal de establecer el sentido del silencio en cualesquiera procedimientos administrativos, pues la determinación del

sentido del silencio puede invadir la competencia autonómica para regular los procedimientos *ratione materiae*.

Implícitamente se deduce que la Sentencia descarta que el legislador estatal hubiera regulado el sentido del silencio en el marco de una competencia legislativa sustantiva. Por tanto, podría entenderse que nos encontramos en la primera situación, la de considerar que la norma estatal puede establecer el sentido desestimatorio del silencio con arreglo a la competencia para regular el “procedimiento administrativo común”.

Sin embargo, la Sentencia no aclara en cuál de los dos supuestos expresamente diferenciados por la STC 143/2017 (FJ 23) encaja la norma estatal: ¿debe considerarse dictada al amparo del art. 149.1.18 CE porque no hace referencia a un “sector material concreto” o porque, afectando a una materia o sector concreto “establece una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa”? En mi opinión, ninguno de los dos entendimientos resulta adecuado, porque el procedimiento de acceso a la información pública no constituye un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos, sino un procedimiento administrativo específico.

En la regulación sustantiva en la que se inserta la norma estatal que establece el sentido desestimatorio del silencio concurren, además, dos importantes dimensiones que la Sentencia no considera. En primer lugar, la norma estatal no está regulando un tipo de actividad administrativa, sino el ejercicio de un derecho público-subjetivo, del que son titulares todas las personas, consistente en el acceso a la información pública. Este “derecho a saber”, que solo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley, tiene importantes vinculaciones con derechos constitucionales y fundamentales: tiene una vinculación estrecha con el derecho constitucional autónomo de acceso a archivos y registros administrativos [art. 105 b) CE]; y vinculaciones indirectas, en cuanto dotado de carácter instrumental para su ejercicio, con derechos fundamentales como las libertades de información, de expresión y de participación o el derecho a la tutela judicial efectiva. El acceso a los documentos de las instituciones de la Unión ha sido incluso expresamente reconocido como derecho fundamental por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 42).

Que su objeto de regulación no se reduce a una mera actividad administrativa, lo corrobora también la determinación legal de los sujetos obligados. La Ley 19/2013 no se aplica solo a las Administraciones públicas, sino también a múltiples sujetos que no son Administración ni desempeñan funciones administrativas, incluidas sociedades mercantiles y la Casa Real (art. 2); e incluso, por lo que respecta a la llamada “publicidad pasiva”, se aplica también a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones de empresarios (art. 3). Atendiendo al objeto y los destinatarios de la regulación en la que se inserta la norma estatal, el fundamento competencial del art. 149.1.18 CE resulta, en mi opinión, insuficiente.

La segunda dimensión concernida por la regulación de la transparencia y el acceso a la información pública, que la Sentencia no considera, es la de la autonomía política: el acceso a la información pública afecta a la competencia autonómica exclusiva de organización de las instituciones de autogobierno. Parece razonable sostener que la Comunidad Autónoma –su legislador– debe tener algo que decir en la decisión de hasta qué punto se accede a la información pública que poseen sus instituciones. A fin de cuentas, como apunta el propio título de la Ley estatal, que las leyes autonómicas suelen reproducir, la finalidad de la regulación es el “buen gobierno”.

En consecuencia, teniendo en cuenta el objeto de la regulación considero que hubiera sido jurídicamente más conforme con el orden constitucional de competencias concluir que el procedimiento de acceso a la información pública representa un procedimiento administrativo específico y no un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos, por lo que la regulación del sentido del silencio en dicho procedimiento solo puede fundamentarse en una competencia sustantiva. Es ilustrativo que el título competencial principal de la Ley estatal 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, que constituye el otro pilar jurídico del “derecho a saber” de los ciudadanos, es el de medio ambiente (art. 149.1.23 CE), no el de procedimiento administrativo común (el art. 149.1.18 CE solo ampara las disposiciones relativas a los recursos administrativos). Si la regulación del acceso a la información ambiental se encuadra, desde el punto de vista competencial, en la materia de medio ambiente, la del acceso a la información pública no ambiental no puede encuadrarse sin más en el art. 149.1.18 CE.

A mi juicio, el título competencial del art. 149.1.18 CE que invoca la Ley 19/2013 resulta insuficiente no solo para amparar la amplia y detallada regulación que contiene la Ley 19/2013, sino también, en particular, para establecer el sentido negativo del silencio administrativo en el procedimiento de acceso a la información pública, que es la cuestión controvertida en este proceso.

Incluso concibiendo la regla del silencio negativo contenida en el art. 20.4 de la Ley 19/2013 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 y el cumplimiento de la obligación de la Administración de resolver en plazo.

Madrid, a cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

Cándido Conde-Pumpido Tourón