

NUEVAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA: HACIA ALGUNAS QUIEBRAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERESES LEGÍTIMOS Y DERECHOS SUBJETIVOS (*)

Por

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN
Doctor en Derecho
Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APROXIMACIÓN AL SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. LA PECULIARIDAD DE UNA DOBLE VÍA JURISDICCIONAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LOS INTERESES LEGÍTIMOS FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: II.a) *Nacimiento y consolidación del sistema.* II.b) *La jurisdicción exclusiva del juez administrativo: ¿una vía de escape a las disfunciones del sistema? La culminación del proceso en el Decreto Legislativo 80/98, la ulterior declaración de inconstitucionalidad de su artículo 33 y la subsanación final de dicha inconstitucionalidad por vía normativa:* II.b).1. La jurisdicción exclusiva y su extensión por obra del Decreto 80/98. II.b).2. La tutela dispensada al administrado en sede de jurisdicción exclusiva: recientes orientaciones. II.b).3. La Sentencia de la Corte Constitucional 292/2000 y su inmediata neutralización legislativa.—III. LA CUESTIÓN DE LA NO RESARCIBILIDAD CORRESPONDIENTE A LA LESIÓN DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS: LA SENTENCIA DE LA CASACIÓN CIVIL 500/1999 Y LA POSTERIOR RUPTURA LEGISLATIVA DE ESTE DOGMA.—IV. LA LEY DE 21 DE JULIO DE 2000, NÚM. 205, SOBRE *DISPOSIZIONI IN MATERIA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA*, COMO ÚLTIMO PASO EN EL PROCESO DE REORDENACIÓN DE ESTE SECTOR JURISDICCIONAL. OTROS ASPECTOS DESTACADOS DE LA REFORMA.

I. INTRODUCCIÓN

Que la justicia administrativa italiana se encuentra en crisis resulta ser, desde hace años, un dato incontrovertible. Aun siendo la carga de trabajo

(*) Encontrándose en pruebas este estudio se han publicado algunos trabajos y monografías en relación con algunos de los aspectos objeto del mismo y a los que conviene hacer referencia.

En primer lugar, acerca de la resarcibilidad de la lesión ocasionada a los intereses legítimos y la Sentencia de la Corte de Casación Civil 500/1999, se ha publicado recientemente entre nosotros un completo trabajo cuya consulta es recomendada: A. SALERNO y R. MORENO FUENTES, *La responsabilidad de la Administración por daños que afectan a los «intereses legítimos» en el sistema italiano. ¿Un cambio revolucionario?*, en esta REVISTA, núm. 152, 2000, págs. 421 y ss.

En segundo lugar, desde la finalización del trabajo han sido varios los comentarios publicados en torno a la Ley de 21 de julio de 2000, núm. 205, sobre *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, así como acerca de alguna de sus disposiciones más relevantes. Sin ánimo exhaustivo, pueden destacarse las siguientes: V. CERULI IRELLI (al cuidado de), *Verso un nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*. Torino, 2000; AA.VV., *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000;

de los Tribunales Administrativos Regionales italianos (1) sólo relativamente elevada, el ritmo de los tiempos procesales permite hablar de una verdadera denegación institucionalizada de Justicia en el ámbito jurisdiccional administrativo, en el que se materializa, probablemente como en ningún otro de Europa, el dramático aforismo *Justice delayed is Justice denied* (2). Frente a tan desolador panorama, los recursos con que cuenta la jurisdicción administrativa italiana no pueden ser juzgados suficientes de cara a los próximos años, ni aun acogándose a las más optimistas previsiones sobre el incremento de la litigiosidad en este sector de la justicia.

En relación con los *medios personales*, la proyección individualizada de la masiva carga de trabajo soportada por los órganos judiciales del orden administrativo en sus propios magistrados permite advertir, al menos, la necesidad de una reasignación urgente de recursos humanos en este sector (3). Buena prueba de lo afirmado puede hallarse en un cotejo con la situación existente en los ordenamientos de otras dos grandes naciones europeas, como son Alemania (4) y Francia (5).

F. CARINGELLA y M. PROTTO (al cuidado de), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2001; M. DE PAOLIS (al cuidado de), *Il nuovo processo amministrativo*, Padova, 2001, F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE y R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2000; así como D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo nel nuovo assetto della tutela dettato dal art. 3 della L. 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2001.

(1) En adelante, TAR. Se trata de órganos colegiados de base territorial regional creados y regulados por la Ley de 6 de diciembre de 1971, núm. 1034 (en adelante, Ley TAR) —antes de ella puede decirse que sus equivalentes eran las *giunte provinciali amministrative*, aunque dotadas de competencias tasadas—, que conocen de los litigios administrativos en primera instancia, quedando reservado al Consejo de Estado el conocimiento de los mismos en grado de apelación.

(2) Estudios estadísticos revelan que la probabilidad de duración media de un litigio administrativo en primera instancia ha sido, en 1997, de 4.274 días y, en grado de apelación, de unos 1.000 días. La carga de trabajo de los TAR se estima en la actualidad en unos 100.000 recursos al año, de los cuales vienen decididos cerca de 45.000. La acumulación alcanza más de 800.000 recursos en todas las instancias y se ha calculado que, aunque no se plantearan nuevos litigios, serían necesarios unos veinte años para eliminar la pendencia existente. Estos y otros datos en el interesante estudio de C. TALICE, *La giustizia amministrativa. Analisi dei caratteri e delle tendenze*, Milano, 1998.

(3) La disponibilidad de medios personales en el nivel TAR asciende a 235 magistrados, cada uno de los cuales, en función de las cifras referidas, «hereda» unos 3.500 recursos, a pesar de lo cual la «productividad» se ha incrementado; vid. C. TALICE, *op. cit.*, pág. 519.

(4) MONACILIUNI calcula que Alemania cuenta con un número de magistrados administrativos —unos 2.600— unas siete veces superior al italiano y su carga de trabajo es casi la mitad de la de sus homólogos transalpinos (A. MONACILIUNI, *I limiti della tutela cautelare nel processo amministrativo*, «Giustizia Amministrativa, Rivista Internet di diritto pubblico», núm. 10, 1999, <http://www.giust.it/articoli/monacil_sospensive.htm>, nota 15). El número de magistrados en Italia viene a ser, por tanto, prácticamente equivalente al español y la litigiosidad también aproximada. En Alemania, con una litigiosidad superior, la acumulación de pleitos administrativos puede calificarse de idílica en casi todos los niveles jurisdiccionales —*Bundesverwaltungsgericht*, *Oberverwaltungsgerichte* y *Verwaltungsgerichte*—, como ha puesto de manifiesto recientemente R. CABALLERO SÁNCHEZ, *La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania*, núm. 147 de esta REVISTA, 1998, págs. 144 y ss.

(5) Las comparaciones con Francia resultan igualmente reveladoras: con datos de 1993, mientras un proceso administrativo francés en primera instancia tenía una duración media de treinta meses, su correspondiente italiano alcanzaba los ocho años; cfr. F. P.

Si los *medios financieros* pueden ser también juzgados escasos (6), por cuanto hace a los *medios normativos*, esto es, a las normas que disciplinan el proceso administrativo italiano y a los poderes que las mismas otorgan a los Tribunales de este orden, la cuestión alcanza a ser de primera importancia para una satisfacción adecuada de las necesidades de aceleración de los procesos y de eficacia en su tramitación, pero también se convierte en el centro de un debate que tiene un objeto más amplio: la concepción misma del sistema de reparto jurisdiccional italiano en caso de actuación de la Administración Pública y, con él, del sistema de garantías de los administrados frente a la intervención administrativa.

En efecto, la revisión normativa y jurisprudencial cuya exégesis es abordada en el presente estudio se endereza al análisis de dos aspectos que, si bien se encuentran íntimamente interrelacionados, son distintos en su naturaleza: de un lado, el sistema de tutela jurisdiccional de los particulares frente a la actuación administrativa, lo que conlleva una reconsideración importante acerca de aspectos estrechamente relacionados con el Derecho material o sustantivo, como pueden ser los conceptos de interés legítimo y derecho subjetivo, y, de otro, las modificaciones en sede de desenvolvimiento del proceso administrativo, con la finalidad primordial de recuperar, en la medida de lo posible, la buena marcha de la actividad jurisdiccional. Por ello, este trabajo aborda ambas líneas de actuación, no centrándose exclusivamente, ni mucho menos, en la reforma del procedimiento judicial administrativo, la cual ha sido cronológicamente, por lo demás, la última en consumarse. Este planteamiento ha querido tener acceso al encabezamiento de este trabajo, en el que el término *justicia* denota ya la amplitud y trascendencia de unas reformas que exceden, con mucho, la mera actualización de la disciplina propiamente ritual del *proceso* administrativo.

El complejo constituido por las graves situaciones referidas ha determinado el definitivo impulso de iniciativas legislativas y jurisprudenciales orientadas a operar una reforma de amplio calado. A ello debe unirse la creciente consideración de que el modelo de división jurisdiccional italiano —y, por tanto, de poderes entre los diversos órganos integrantes del sistema— en el ámbito de la justicia administrativa no era realmente operativo de cara al otorgamiento de una tutela completa, en tanto que basado en concepciones consolidadas gracias, en gran parte, a la inercia histórica.

En realidad, la reforma del proceso y, en general, de la tutela del ciudadano frente a la conducta de las Administraciones Públicas italianas se enmarca en un contexto de permanente actualización de otras instituciones claves relacionadas con el poder público, entre las que destaca la concierne al procedimiento y la actividad administrativas e, incluso, a partes

GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, «La Revue Administrative», número especial sobre los Consejos de Estado francés e italiano, 1999, págs. 141-142.

(6) En efecto, se estima insuficiente que a la fuerte demanda existente en este sector jurisdiccional se responda con una asignación presupuestaria que constituye el 0,023 por 100 del gasto total del Estado y el 2,33 por 100 del gasto global asignado a la Administración de Justicia; vid. C. TALICE, *op. cit.*, págs. 534-535, con datos de 1997.

sustanciales y decisivas del propio texto constitucional. En efecto, por lo que hace a los primeros ámbitos mencionados, el legislador ha procedido a una profunda reorganización de la estructura de las más diversas Administraciones Públicas, de sus funciones, así como de institutos básicos del Derecho Administrativo, a través de la conocida como reforma *Bassanini* (7). Por otra parte, e incidiendo más directamente en la temática que nos ocupa, las iniciativas de reforma constitucional recientemente desarrolladas han tenido como uno de sus objetivos fundamentales la modificación de preceptos relativos a la justicia administrativa, en el marco de proyectos más amplios destinados a la revisión de la Parte II de la Constitución (8). Los más recientes intentos de reforma constitucional iniciados en Italia —al margen del que se expone seguidamente, el más próximo fue el llevado a cabo por la Comisión «de Mita-Iotti» en la XI Legislatura (9)— han venido informados por una serie de medidas tendentes, entre otras finalidades, a una profunda remodelación de la justicia administrativa, en el sentido prioritario de una definitiva superación del actual criterio de reparto basado en la conocida distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, y que será oportunamente explicado en otros apartados de este trabajo.

En efecto, a esta misma finalidad se ha orientado la *Comisión bicameral para las reformas constitucionales*, que, presidida por Masimo D'ALEMA, presentó en 1997 un Proyecto de Ley Constitucional aprobado el 31 de junio del mismo año (10). Las principales líneas de reforma, por lo que hace al proceso administrativo, pueden sintetizarse en las siguientes:

a) Superación de la clásica distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos como criterio de reparto entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa, en el bien entendido de que lo propuesto no es la desapa-

(7) La llamada reforma *Bassanini* —aún no completada— puede considerarse como la más ambiciosa de las operadas en Italia desde la aprobación de la Constitución vigente. Una exposición más profunda acerca de sus principales innovaciones, así como de los sectores más importantes sobre los que está incidiendo, puede encontrarse en algunos trabajos publicados entre nosotros. Para la primera fase de la reforma y, en general, para una visión de las modificaciones en las organizaciones administrativas, vid. J. V. MOROTE SARRIÓ, *La reforma de la Administración italiana: el proceso descentralizador de las Leyes Bassanini (Especial referencia a la Ley Bassanini 1 y a los Decretos legislativos de desarrollo)*, núm. 148 de esta REVISTA, 1999, págs. 447 y ss.; en relación con las principales novedades en materia de procedimiento administrativo, vid. C. CIERCO SEIRA, *La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia*, núm. 152 de esta REVISTA, 2000, págs. 385-420, así como M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, «La conferenza di servizi en la reforma Bassanini: un intento de modernización de las Administraciones Públicas italianas», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón MARTÍN MARTEO*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1665-1685.

(8) En adelante, CI. La Parte II de la CI abarca los artículos 55 a 139, en los que son objeto de regulación el Parlamento (Título I), el Presidente de la República (Título II), el Gobierno y la Administración Pública (Título III), el Poder Judicial (Título IV), las Regiones, Provincias y Municipios (Título V) y las Garantías constitucionales (Título VI).

(9) El 11 de enero de 1994 la Comisión presentó a las dos Cámaras un proyecto de revisión de la Parte II de la Constitución que, sin embargo, no pudo ser examinado por éstas debido a la conclusión anticipada de la legislatura.

(10) El texto definitivo es el resultante del pronunciamiento de la Comisión sobre las enmiendas presentadas (numerales N. 3931-A y N. 2583-A de la Cámara de Diputados y Senado de la República, respectivamente) aprobado el martes 4 de noviembre de 1997.

rición del concepto de interés legítimo como medio de tutela, sino, como ha quedado dicho, su eliminación como criterio determinante del reparto de litigios entre las jurisdicciones mencionadas. Así, el que pretendía ser nuevo artículo 119 CI establecía que *la jurisdicción administrativa es ejercitada [...] sobre la base de materias homogéneas, indicadas por la ley, relativas al ejercicio de poderes públicos*. De este modo, el sistema que tendencialmente se ha impuesto en el legislador italiano —por influjo clamoroso de una doctrina mayoritaria— es el de extender los ámbitos de jurisdicción exclusiva del juez administrativo, separando sus competencias por bloques de materias respecto de las asignadas al juez ordinario, con indiferencia de cuál sea la posición subjetiva de que sea titular el particular (11).

b) Tendencia a la unidad jurisdiccional y consiguiente supresión de las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas. El primero permanecería únicamente como máximo órgano consultivo del Gobierno, pero se suprimirían sus secciones jurisdiccionales, pasando las funciones de tal naturaleza a ser ejercidas por la que se habría llamado *Corte di giustizia amministrativa*, plenamente integrada en el Poder judicial ordinario. En cuanto al segundo, que en la actualidad retiene ciertas funciones jurisdiccionales —señaladamente la relativa a juicios sobre responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos—, quedaría relegado al desempeño de las clásicas tareas de control en materias financieras y de contabilidad pública, remitiéndose la competencia para enjuiciar los pleitos sobre responsabilidad de los funcionarios a la jurisdicción administrativa (12). La definitiva asimilación de la disciplina de los magis-

(11) En relación con el criterio de reparto basado en la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos y las teorías sobre una y otra posición, el diputado Marco BOLTO, ponente del Comité para el Sistema de las Garantías —integrado en la Comisión—, señalaba en el informe introductorio a las modificaciones operadas en esta parte que «se trata de teorías elaboradas en el curso de una historia ya secular, que ha visto un cambio radical de las relaciones entre particulares y Administración Pública: historia en absoluto concluida, pero que, en nuestros días, advierte una evolución casi cotidiana y, sobre todo, advierte cambios cualitativos de la relación misma, los cuales inducen a considerar superadas y no adecuadas a la realidad tales gloriosas pero ya viejas categorías jurídicas, cuya utilización muestra cada vez más los signos de la obsolescencia. El hasta ahora previsto criterio de reparto de la jurisdicción sobre la base de la posición subjetiva detentada por el particular frente a la Administración Pública refleja, por tanto, una situación que ya no responde a la evolución de la realidad social en términos de mayor complejidad, necesariamente reflejada por el ordenamiento jurídico en las normas que constituyen posiciones subjetivas en sus destinatarios, y que crea no pocos problemas». Una interpretación crítica sobre la propuesta de reforma en este punto puede verse en V. CAJANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, «Foro amministrativo», 1998, págs. 1943 y ss., en especial págs. 1950 y ss.

(12) Las reformas en este concreto aspecto, a través de las cuales se ha buscado una suerte de extirpación de residuos del viejo Estado de Derecho, se han basado, entre otros aspectos, en la manifiesta inconveniencia del actual sistema, que permite a los magistrados de ambos cuerpos el desempeño simultáneo de funciones jurisdiccionales y consultivas o de control, y que ha conducido al alzamiento de una creciente sombra de parcialidad en sus miembros por parte de la opinión pública (cfr. L. BOCCHI, *Considerazioni sul processo amministrativo: tra ipotesi di riforma costituzionale e recenti normative ordinarie*, «Foro amministrativo», 1998, pág. 289). No en vano, el Consejo de Estado, tanto en su función consultiva como jurisdiccional, viene contemplado en el artículo 100 CI, dentro del Título III, relativo al Gobierno, y no en el Título IV, relativo a la Magistratura. Por cierto que,

trados ordinarios y administrativos se plasma en la regulación unitaria de ambos cuerpos recogida en los artículos 120 y ss. del texto del proyecto, que garantizaban no sólo que la función jurisdiccional —toda ella, «ordinaria» y administrativa— constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder, sino también la incompatibilidad absoluta de la condición de juez o magistrado con la incorporación a colegios arbitrales, ministerios o cualquier otra Administración Pública.

c) Como consecuencia de la pretendida distribución de la jurisdicción entre los jueces ordinarios y administrativos sobre la base de bloques materiales, no atendiendo ya a la diferente posición subjetiva alegada, se postula una aproximación de las potestades del juez administrativo a las propias del juez ordinario (especialmente en relación con los poderes de enjuiciamiento cautelar y de emisión de resoluciones diversas de las de anulación de actos administrativos, respecto de los cuales el juez administrativo ha carecido prácticamente de facultades). En realidad, parece obvio que no hubiera tenido mucho sentido pretender una unificación jurisdiccional, procediendo a una determinación creciente de materias en las que el juez administrativo conoce sea cual sea la posición subjetiva del particular recurrente, sin establecer a favor de aquél instrumentos de tutela idénticos a los atribuidos al juez ordinario, incluyendo entre ellos la posibilidad de condena al resarcimiento del daño (13).

d) Por último, debe destacarse que el artículo 106.2 del proyecto de reforma contenía una declaración, a primera vista sorprendente, de segura incidencia en la tutela jurídica de los administrados y, con ella, en la actividad jurisdiccional misma del juez administrativo. Dicho artículo señalaba que *las Administraciones Públicas, salvo los casos previstos en la ley por razones de interés público, actúan en base a las normas del Derecho privado*, lo que supone que, de haberse consagrado tal disposición, se hubiera producido ciertamente un cambio radical en el entendimiento de las relaciones entre la sociedad y el poder público, de alcance no totalmente mensurable (14).

previamente a la aprobación del texto de la Comisión, se suscitó una cierta polémica en los medios de comunicación italianos a raíz de un artículo de Eugenio SCALFARI titulado *Consiglio di Stato da buttare*, publicado en el diario «La Repubblica» el 9 de febrero de 1997, en el que proponía la total supresión del Consejo de Estado y que determinó una contundente respuesta en el mismo medio por parte de la Asociación de Magistrados del Consejo de Estado y de la Asociación Nacional de Magistrados Administrativos.

(13) En este sentido, el que se postulaba como nuevo artículo 133 CI establecía que *frente a la Administración Pública se admite siempre la tutela jurisdiccional, incluso cautelar, con las modalidades establecidas por la ley. Dicha tutela no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o para determinadas categorías de actos. La ley determinará qué órganos jurisdiccionales pueden anular los actos de las Administraciones Públicas y disponer otros instrumentos de reintegración en los casos y con los efectos previstos en la ley misma*. Como puede observarse —y se afirma igualmente en la ponencia del diputado Marco BOATO—, el proyecto de reforma pretendió consagrar una tendencia cuya actuación concreta quedaba remitida al legislador ordinario.

(14) En tal sentido, el informe introductorio presentado por el senador Cesare SALVI, ponente del Comité sobre la Forma de Gobierno, señalaba que tal disposición «implica la superación de la característica, tradicionalmente propia de la Administración Pública, de sujeto de Derecho especial sustraído en vía de principio al "Derecho común". Invirtiendo

Como es bien sabido, la propuesta de reforma constitucional avanzada por la Comisión bicameral no ha obtenido fruto parlamentario alguno (15). No obstante, algunas de las líneas esbozadas por la misma se han visto reflejadas sucesivamente, como se verá, gracias a la labor conjunta del legislador y de la jurisprudencia, tanto ordinaria como administrativa, con la finalidad de dar un impulso definitivo a una revisión del sistema de justicia administrativa que, en el sentir de la mayoría, no admite demoras.

II. APROXIMACIÓN AL SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA. LA PECULIARIDAD DE UNA DOBLE VÍA JURISDICCIONAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LOS INTERESES LEGÍTIMOS FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

II.a) *Nacimiento y consolidación del sistema*

La explicación de la «original y sutilísima» configuración del sistema italiano de justicia administrativa (16), que ha constituido uno de los argumentos de debate más intensos que han tenido lugar en el seno de la doctrina administrativa italiana y, probablemente, en la ciencia europea del Derecho, supone básicamente ofrecer una panorámica de los criterios de distribución de competencias entre ambas jurisdicciones, como un paso previo para el entendimiento de las modificaciones en marcha.

La Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2248, procede a la supresión del sistema de justicia administrativa retenida vigente hasta entonces en Italia (17),

el principio vigente, se afirma como regla —de gran alcance democrático— el sometimiento al Derecho privado (que recupera así, bajo nuevas formas, la antigua función de ley común), requiriéndose la subsistencia de una específica razón de interés público para la atribución de poderes de autoridad. Coherentemente, se establece asimismo la responsabilidad directa, y según las reglas ordinarias civiles, de las Administraciones Públicas para el resarcimiento del daño a terceros; norma que transformará en inconstitucionales las áreas residuales de inmunidad en este campo».

(15) Para un análisis de conjunto sobre la totalidad del proyecto de reforma puede verse, entre otros, P. CARETTI (al cuidado de), *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova, 1998.

(16) Así la ha calificado con acierto E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español», en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 60. Advertir preliminarmente de la complejidad y sutileza del sistema italiano de reparto jurisdiccional y de tutela frente a la actuación administrativa no es afirmación gratuita o vacía, sino aviso necesario. Todavía hoy son muchas las incertezas de tal construcción, así como numerosas las discusiones doctrinales y las contradicciones jurisprudenciales acerca de varios de los conceptos básicos sobre los que se asienta. No debe olvidarse que, en tiempo no muy lejano, algún destacado autor italiano intentaba de nuevo precisar los perfiles definitorios del interés legítimo (vid. el ya clásico trabajo de M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi e nuovi spunti di riflessione*, «Foro italiano», 1987-V, págs. 469 y ss.).

(17) En adelante, LAC. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que dicha Ley tuvo un ámbito regulador mucho más amplio que el que implicaba la mera abolición de la jurisdicción retenida. De hecho, se trata de la norma que llevó a cabo la unificación administrativa del Estado italiano y se componía de seis anexos (*allegati*) identificados por letras —de la «A» a la «F»—. De ellos, sólo el *allegato* «E» tenía por objeto el nuevo sistema jurisdiccional. Así, cuando en el curso de este trabajo se haga referencia a la LAC, la misma debe entenderse realizada únicamente al último de los anexos citados.

unificando el conocimiento y la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos ante los órganos de la justicia ordinaria, creando así un sistema monista de tipo judicial. En un proceso histórico similar al seguido en España, el sistema italiano desconoce inicialmente la protección jurisdiccional de situaciones que no alcanzan la configuración y la intensidad de los derechos subjetivos.

La protección jurisdiccional de estas otras situaciones, generalmente concebidas como de interés jurídicamente relevante y reconocidas dignas de tutela, al tiempo que como las más comunes de entre las atribuidas a los particulares frente al ejercicio del poder público, fue consagrada con la creación de la Sección IV y primera jurisdiccional del *Consiglio di Stato* en 1889 (18), por la que se otorgaba verdadera tutela jurisdiccional a una trascendental posición jurídica —el interés legítimo— que la legislación de 1865 había mantenido en manos de la Administración activa. La distribución de jurisdicciones basada en la distinción de ambas situaciones subjetivas ha dado lugar a una teorización sobre los conceptos de interés legítimo y derecho subjetivo en Italia realmente inédita en otros países (19).

El debate sobre la identificación de los intereses legítimos comienza prontamente con la doctrina de RANELLETTI, que, entre otros autores, distingue éstos como intereses individuales que tienden a ser satisfechos indirectamente a través de la realización del interés público. Tales *intereses legítimos* obtenían tutela de modo reflejo a través de la dispensada al interés público. Si la Administración Pública actuaba en contra de la legalidad no satisfacía el interés público, lo que daba al particular acción para su restablecimiento y, con él, del suyo propio. El particular activaba con ello un mecanismo de depuración de las ilegalidades administrativas mediante el cual se protegía su interés de modo mediato, absolutamente dependiente de la tutela del interés público. Se hablaba con ello de «intereses ocasionalmente protegidos». Tal caracterización del interés legítimo, desconectada de cualquier posición personal del particular, llevó a una irremediable inclinación a la objetivación de la función jurisdiccional, defendiéndose que, en realidad, el interés del particular —cuya importancia se reducía en este contexto a un dato necesario para la identificación del legitimado a recurrir— no era el verdadero objeto del juicio administrativo, sino uno de sus presupuestos (20).

(18) Ello a través de la Ley de 31 de marzo de 1889, núm. 5992, más conocida como Ley *Crispi*, por ser éste el nombre de su definitivo impulsor.

(19) Para una panorámica sobre el reparto de jurisdicciones en materia administrativa en la legislación italiana posterior a la unificación puede verse S. CASSARINO, *El problema de la jurisdicción administrativa*, «Documentación Administrativa», núm. 248-249, 1997, págs. 213 y ss. Asimismo, también en castellano, una visión muy completa del sistema se encuentra en G. FALCÓN, «La justicia administrativa», en J. BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas-Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Madrid, 1993, págs. 207 y ss.

(20) Cfr. R. IANNOTÀ, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, Milano, 1985, pág. 292; L. PICCARDI, «Sulla "disapplicazione" degli atti amministrativi», en *Studi in memoria di Andrea TORRENTE*, vol. II, Milano, 1968, pág. 914; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, «Diritto processuale amministrativo», 4/1994, págs. 635 y ss., en especial págs. 664 y ss. Sin querer ahondar en este trabajo en la

La otra categoría elaborada frente a los derechos subjetivos fue la de los derechos *affievoliti* o debilitados, verdaderos derechos subjetivos, pero que debían ceder frente a la realización del interés público —su paradigma es el derecho de propiedad en caso de ejercicio de la potestad de expropiación—. Si la expropiación se reputaba ilegítima anulándose el acto expropiatorio, el derecho recuperaba su plenitud, «resurgía de las cenizas del interés legítimo», como recuerda expresivamente SATTA (21). No obstante, según ha sido afirmado (22), el *diritto affievolito* no podía configurarse como una categoría distinta de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos sencillamente porque —y aquí se encuentra una de las claves de bóveda del sistema italiano—, en principio, todo derecho es susceptible de ser degradado a mero interés legítimo por la actividad formal de la Administración Pública, siempre que tal eventualidad fuese prevista por la norma mediante el otorgamiento de la correspondiente potestad a la Administración Pública. No obstante, la distinción de la figura del derecho degradado o debilitado no carece ni mucho menos de relevancia pues, como se verá, la anulación del acto administrativo ilegítimo que degradó el derecho subjetivo determina la reviviscencia de éste y, con ella, la posibilidad de encontrar una tutela resarcitoria ante el juez ordinario, tutela que será negada por principio a los meros intereses legítimos (23).

Sólo posteriormente se ha cuestionado con contundencia el fenómeno de la degradación de los derechos subjetivos en intereses legítimos. En

compleja caracterización del interés legítimo, deben destacarse ahora dos aspectos relativos al mismo de común aceptación en la doctrina italiana tradicional. En primer lugar, la existencia de posiciones subjetivas no enteramente asimilables a los denominados derechos subjetivos es común a otras ramas del ordenamiento; tal es el caso de sujetos sometidos al derecho potestativo de un tercero o el de las llamadas «obligaciones de medios» (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1999, pág. 51). En segundo lugar —y derivado en gran parte de lo anterior—, el interés legítimo se ha configurado siempre, al margen de las distintas concepciones, como una posición jurídica que se concreta en una utilidad instrumental a la legitimidad del acto administrativo, pero que no garantiza en todo caso, como el derecho subjetivo, la consecución del resultado material ventajoso (así lo han expresado multitud de autores; vid. por todos E. CAPACCIOLI, «Interessi legittimi e risarcimento del danno», en *Diritto e processo. Scritti vari di Diritto pubblico*, Padova, 1978, págs. 100 y ss.).

(21) F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, 3.ª ed., Padova, 1997, pág. 27.

(22) M. S. GIANNINI y A. PIRAS, voz «Giurisdizione amministrativa», en *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, págs. 278-281.

(23) Una caracterización completa de la figura del *diritto affievolito* puede encontrarse, entre otros, en G. DE GENNARO, *Diritti affievoliti ed interessi legittimi*, «Foro amministrativo», 1943, IV, págs. 13 y ss. —posteriormente incluido en sus *Scritti di Diritto Pubblico*, Milano, 1954, págs. 57 y ss.—, así como en la doctrina allí citada. Como puede observarse, la plena reintegración del derecho subjetivo degradado como consecuencia de la anulación del acto lesivo por el juez administrativo, y la consiguiente posibilidad para el recurrente de solicitar la tutela resarcitoria (integrada dentro de los que se llaman *diritti patrimoniali conseguenziali*) ante el juez ordinario, institucionaliza un gravoso peregrinaje jurisdiccional que se erige en uno de los inconvenientes más notables del sistema. Por lo demás, no faltan autores que cuestionan seriamente el fundamento legal y racional del fenómeno de la degradación de derechos; así, A. SCHREIBER, *È mai esistita la degradazione dei diritti? Osservazioni sull'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo*, «Foro amministrativo», 1985, 3, pág. 679. Resulta en este punto igualmente conveniente la consulta del trabajo de M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa (I)*, «Rivista di diritto processuale», 1963, págs. 522 y ss.

efecto, se ha advertido que el hecho de que un propietario, frente a una resolución de expropiación, sea titular de un interés legítimo no es producto del acto administrativo de expropiación que opera un hipotético debilitamiento de su primitivo derecho dominical. El decreto de expropiación no opera una supuesta degradación del derecho en interés, sino que, simplemente, frente al ejercicio del *poder* administrativo —y por tanto antes incluso del acto expropiatorio propiamente tal— el sujeto sólo es titular de posiciones de interés legítimo, buena prueba de lo cual se encuentra en que el expropiado, antes incluso de la resolución que le priva de su propiedad, es titular de intereses legítimos en el procedimiento —lo que acredita a su vez que, durante algunas fases del mismo, derecho subjetivo e interés legítimo conviven—, de modo que si quiere recurrir actos diversos y previos a la privación, como la declaración de utilidad pública, deberá hacerlo con los medios previstos para la tutela de los intereses legítimos y, por tanto, frente al juez administrativo (24).

Aunque profundamente moduladas y criticadas con posterioridad (25), ambas categorías —interés legítimo y derecho subjetivo— daban idea aproximada de la intensidad y dinámica de las distintas posiciones subjetivas de los particulares con relación al ejercicio de potestades administrativas. El derecho subjetivo como una situación de poder reconocida en relación a un bien de la vida; el interés legítimo como una situación irremediablemente unida al ejercicio de potestades públicas y que se traduce fundamentalmente en un poder impugnatorio tendente a la anulación del acto administrativo ilegítimo ante el juez administrativo.

El problema de la determinación de la competencia correspondiente a las Jurisdicciones ordinaria y administrativa ha radicado durante mucho tiempo en el intento de establecer en qué casos subsiste el derecho subjetivo tras la intervención de la Administración Pública, habida cuenta que también los derechos podían verse degradados (26), según la constatación de que frente a los actos que suponen el ejercicio, aunque ilegítimo, de un poder discrecional disponible según la norma no subsisten derechos subjetivos (27).

(24) Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., págs. 74-76.

(25) La consideración del interés legítimo como posición indirecta u ocasionalmente protegida, cuya satisfacción se produce solamente como consecuencia de la satisfacción prevalente del interés público, puede decirse finalmente en crisis. Vid., entre otros, S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, «Foro amministrativo», 1990, 7-8, págs. 1907 y ss.; también accesible en «Giustizia Amministrativa, Rivista Internet di diritto pubblico», núm. 2, 1999, <http://www.giust.it/articoli/giacchetti_2000.htm>.

(26) «Extinguidos», como defienden M. S. GIANNINI y A. PIRAS, *op. cit.*, pág. 276. Por lo demás, los supuestos en los que se produce la degradación del derecho y la consiguiente competencia del juez administrativo no son tan escasos como pudiera pensarse en un primer momento. Al margen de los derechos subjetivos perfectos, también son degradables los derechos reconocidos por la Administración Pública a través de sus propios actos unilaterales. Así, sería igualmente competente el juez administrativo para conocer del acto de revocación de una licencia previamente otorgada a favor de un sujeto. No obstante, en relación con estas últimas posiciones se ha dudado —como se verá al estudiar la problemática relativa a la resarcibilidad de la lesión ocasionada a los intereses legítimos— de su verdadera naturaleza de derechos subjetivos *degradables*.

(27) Debe tenerse en cuenta que ha sido tradicional en Italia la consideración de que, en principio, sólo la actividad discrecional de la Administración —no la reglada— es sus-

Como ha sido claramente expuesto por GIANNINI y PIRAS (28), la irrupción de la jurisdicción administrativa en 1889 determinó un cambio radical en la concepción de los criterios de atribución competencial. Si hasta entonces la Jurisprudencia ordinaria había afirmado con coherencia que siempre que la actuación administrativa se ejerciera sobre una posición de derecho subjetivo era competente el juez ordinario y no la Administración, a partir de ese momento se defiende que la competencia de aquél permanece siempre que la posición alegada sea de derecho subjetivo pero la actuación no se haya desarrollado a través de actos administrativos (29). La presencia del acto administrativo llevaría, en la mayoría de los casos, a la

ceptible de degradar los derechos subjetivos a intereses legítimos, dado que sólo con ella la Administración goza de un poder de valoración del interés público apto para hacer ceder cualquier posición jurídica de los particulares. Tampoco lo es el ejercicio de discrecionalidad técnica (vid., entre tantas, la Sentencia del TAR Sicilia, sección II, Catania, de 7 de mayo de 1992, núm. 462, o la Sentencia del Consejo de Estado, sección VI, de 20 de mayo de 1995, núm. 479, en la que se dispone que «pertenece a la cognición de la autoridad judicial ordinaria la controversia relativa [...] a la declaración de idoneidad de la unidad productiva agraria por parte de la Administración Pública, con referencia al plano de desarrollo económico del fundo, y a la convertibilidad de la aparcería en contrato de arrendamiento, en cuanto tal declaración viene informada por valoraciones de mera discrecionalidad técnica, no idóneas para debilitar la posición jurídica del privado propietario del fundo, en modo tal que produzca la devolución de la controversia a la jurisdicción administrativa»), aunque en este último ámbito algunas sentencias distinguen la verificación o comprobación técnica (*accertamento tecnico*) de la discrecionalidad técnica, concluyendo que sólo la primera sería incapaz de degradar el derecho subjetivo (vid., entre otras, la Sentencia del Consejo de Estado, sección IV, de 20 de octubre de 1997, núm. 1212). Esto no quiere decir que siempre que la potestad de la Administración sea reglada el particular sea titular de derechos subjetivos, ya que deben distinguirse los casos en los que el poder reglado sea atribuido en beneficio del ciudadano, en cuyo caso éste será titular de un derecho subjetivo, de aquellos otros supuestos en los que el poder reglado sea atribuido en beneficio del interés público, en cuyo caso el particular es titular de un mero interés legítimo (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pág. 62).

(28) *Op. cit.*, págs. 270 y ss.

(29) En sus inicios, el criterio de reparto entre ambas jurisdicciones no se basó enteramente en la distinción objetiva entre las diversas posiciones jurídicas de que eran titulares los particulares, sino que se acudió —si bien durante escaso tiempo— al llamado criterio del *petitum*, según el cual la jurisdicción venía decidida en función de cuál fuera la pretensión dirigida al juez: si se pedía una sentencia declarativa o de condena a la Administración, la competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria; si lo solicitado era la anulación del acto, la *litis* se residenciaba ante el juez administrativo. Todo ello encontraba apoyo en una consideración, más o menos extendida en los años veinte, que retenía que el interés legítimo era una posición comprendida dentro del derecho subjetivo, con lo que el particular podía tutelar éste con los instrumentos previstos para aquél. Repárese en que el aspecto positivo de este criterio residía en que el titular de derechos subjetivos disponía, como vía alternativa al resarcimiento, de una acción de anulación ante el juez administrativo, la cual, en no pocas ocasiones, podía resultar preferible. Sin embargo, su abandono se produjo fundamentalmente tras el nacimiento de la categoría de la *carencia de poder* (vid. en el texto inmediatamente *infra*); en efecto, no tenía sentido reclamar una tutela anulatoria para el titular de un derecho subjetivo cuando, en realidad, si éste pervivía, ello suponía que o no existía acto administrativo o que el mismo adolecía de tales vicios que podía considerarse nulo o «inexistente». No obstante, el criterio de reparto que se ha consolidado —del que se da fundamentalmente cuenta en el texto— ha sido el llamado de la *causa petendi* o del *petitum sostanziale*, que, al contrario del anterior, tiene en cuenta no la pretensión avanzada por el recurrente, sino la naturaleza de la posición jurídica eventualmente lesionada de la que sea titular (cfr. S. CASSARINO, *Manuale di Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, págs. 23-25).

extinción del derecho subjetivo, subsistiendo una situación de interés protegido que debe ser tutelada ante el juez administrativo a través de un proceso de mera anulación. El contenido del artículo 2 LAC, que hacía referencia a la competencia del juez ordinario *aunque hayan sido emanadas resoluciones del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa*, debía ser entendido en el sentido de que, a pesar de haber sido emanados tales actos, el derecho subjetivo aún perviviera, y era claro que éste quedaba extinguido aun por obra del acto inválido, que es, a pesar de todo, eficaz (30).

Ante el evidente riesgo de sustraer al juez ordinario la mayor parte de las competencias que la LAC parecía atribuirle en orden a la fiscalización de la actividad administrativa, la pregunta ineludible a formular era: ¿cuándo puede decirse que, a pesar de haber intervenido un acto de la Administración, pervive la situación de derecho subjetivo y la competencia corresponde, por tanto, al juez ordinario? La respuesta era y es compleja, pero puede decirse que al respecto se llegó finalmente a un consenso más o menos explícito. En efecto, el límite a la extinción del derecho se encuentra precisamente en el ámbito de disponibilidad de la Administración Pública sobre el bien de la vida a que hace referencia el derecho subjetivo; en definitiva, el límite se halla en la mayor o menor extensión que para la potestad de la Administración Pública resulte de la norma o, para ser más precisos, según esté dotada la Administración Pública de un poder de disposición de alguna o algunas de las facultades relativas al bien de la vida que es objeto del derecho subjetivo. Así, «la regla es que el acto administrativo no encuentra derechos subjetivos, bien porque nace en contextos en los que originariamente sólo existen intereses legítimos, bien porque si existen derechos, dispone de ellos, removiéndolos, extinguiéndolos, totalmente o incluso sólo parcialmente y de nuevo encuentra intereses legítimos [...] La excepción se produce cuando la norma configura el acto administrativo como aquel que no puede disponer en orden al bien de la vida que es objeto del derecho del particular» (31).

(30) El artículo 2 LAC establece que *quedan restituidas a la jurisdicción ordinaria [...] todas las materias en que se cuestione un derecho civil o político, aunque en ellas pueda estar interesada la Administración Pública y aun cuando hayan sido emanadas resoluciones del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa*. De este y otros preceptos básicos de la justicia administrativa italiana existe traducción española a cargo de B. NARVÁEZ PEÑA y A. A. PÉREZ ANDRÉS, en J. BARNÉS VÁZQUEZ (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, cit., págs. 258 y ss.

(31) M. S. GIANNINI y A. PIRAS, *op. cit.*, pág. 277. No obstante, el sistema italiano conoce derechos que no son susceptibles de debilitamiento por parte de ningún acto administrativo (llamados *diritti soggettivi forti, primari o fondamentali*), creando así una categoría de derechos especialmente tutelada en un sistema que no conoce, en un sentido próximo al español, la noción de derechos fundamentales ni, con ella, mecanismos procesales específicos o privilegiados de tutela. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Pretura de Turín de 31 de enero de 1998 señala que «el derecho a la salud es un derecho fuerte, el cual, cuando su tutela sea solicitada frente a la Administración Pública, se sustrae al mecanismo del debilitamiento a que se refieren los artículos 2, 4 y 5 de la Ley de 10 de marzo de 1865, núm. 2248, de abolición del contencioso, sobre la división de los poderes judicial y administrativo: el derecho a la salud exige de hecho una defensa a ultranza contra toda iniciativa hostil al mismo, por lo que el juez de los derechos, entre los que se encuentra el Pretor, tiene el poder de condenar a "hacer" a la Administración Pública». En igual sentido, en

A esta situación se la ha denominado convencionalmente actividad administrativa ejercitada en *carencia absoluta de poder*. Con esta expresión se hace referencia en el ordenamiento italiano a aquellos casos en que la Administración Pública dicta un acto administrativo careciendo por completo de la potestad para disponer del objeto del derecho. Esta circunstancia podía ser reconducida a otra en la cual la Administración Pública, aun siendo titular del poder, éste no le alcanzaba para disponer del derecho (*carencia de poder en abstracto*). En ambos casos, el acto administrativo queda privado de su imperatividad; el mismo, existente aunque inválido en el segundo caso, no es imperativo en la medida en que no es apto para extinguir el derecho subjetivo del particular dado que la Administración, a pesar de ser titular del poder, había ejercitado éste fuera de los supuestos para los que fue previsto; en el supuesto de carencia de poder —así cuando una autoridad local se arroga funciones ministeriales— sencillamente no existe acto administrativo (32).

relación con los derechos a la vida e integridad física, las Sentencias de la Casación civil, sección III, de 18 de febrero de 1997, núm. 1501; secciones unidas, de 23 de junio de 1989, núm. 2999, o la Sentencia de la Pretura de Monza de 19 de julio de 1991. En cualquier caso, esta doctrina ha sido cuestionada como contradictoria con el criterio de reparto establecido, habiéndose propuesto la competencia del juez administrativo cuando no se trate de supuestos de carencia de poder, pues mientras el poder existe la degradación debe entenderse verificada en todo caso (vid. F. P. GRIFFI, *Diritto alla salute e riparto della giurisdizione: notazioni riflessive a margine di un dibattito orientamento giurisprudenziale sulla non degradabilità dei c.d. diritti fondamentali*, «Foro amministrativo», 1985, 3, págs. 665 y ss.).

(32) Que es, en nuestra opinión, cosa distinta a decir que hay «acto inexistente», expresión que, en sí misma, parece denotar una *contradictio in terminis*, en la medida que atribuye naturaleza a algo que se predica a sí mismo fuera de lo existente. Se muestra reacción a admitir la expresión «acto inexistente» el propio GIANNINI (cfr. M. S. GIANNINI, voz «Atto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, págs. 191-193), el cual reconduce la mayor parte de los supuestos actos inexistentes a actos viciados. Cuando lo que se produce es un comportamiento sin poder, lo que no hay propiamente es acto administrativo y no acto inexistente. Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal a la hora de determinar las consecuencias de ambos supuestos. Algunos autores, como GIANNINI y PIRAS (*op. cit.*, págs. 275-280), entienden que cuando la Administración Pública tiene atribuida la potestad, pero dispone del bien en contra de la ley, el acto, existente, pierde su imperatividad y, por tanto, no degrada el derecho subjetivo, persistiendo como acto inválido cuyo control corresponde al juez ordinario. Por su parte, DELL'ORCO ha señalado que lesión de derecho subjetivo y acto administrativo son nociones incompatibles (A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1965, III, pág. 685), posición que reducía a la condición de testimoniales las funciones del juez ordinario frente a la actuación administrativa. En todo caso, ha sido común en el Derecho Administrativo italiano la asimilación entre la inexistencia y la nulidad del acto administrativo: el acto del que conoce el juez ordinario, aunque con limitadas consecuencias, es un acto *nulo*, incapaz de producir los efectos imperativos propios de la generalidad de actos administrativos, caracterización del acto nulo que lo aproxima al llamado *acto inexistente* pero que se separa, como puede verse, de la concepción del acto nulo vigente en el Derecho Público español; el acto del que conoce el juez administrativo a los efectos de su eventual anulación es siempre un acto *anulable* o *ilegítimo*, afectado, por tanto, por cualquiera de los tres clásicos vicios de legitimidad (incompetencia, violación de ley o exceso de poder). Para una profundización en esta interesantísima cuestión, vid. el reciente comentario de A. BERTOLDINI, *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa*, «Diritto processuale amministrativo», 1999/3, págs. 759 y ss. No obstante —aunque no parece conveniente adentrarse ahora en esta cuestión—, debe tenerse en cuenta que, en relación con determinadas materias, el juez administrativo no es sólo juez de la *legitimidad* del acto, sino también de lo que el ordenamiento italiano denomina *merito*, que desembo-

Un nuevo y definitivo paso en el proceso de amplificación de las competencias del juez ordinario —inicialmente muy limitadas, como se ha visto— se llevó a cabo a través de la *concreción* de la figura de la carencia de poder. Así, fueron individualizados ejemplos casuísticos en los cuales se defendía que la Administración carecía de poder en el caso concreto —no ya en abstracto— cuando había ejercitado la potestad en ausencia de algunos de sus elementos esenciales. Como se advertirá, esta construcción rompe en gran medida el esquema clásico de reparto entre ambas jurisdicciones, que se había expresado en la ecuación *carencia de poder-jurisdicción ordinaria/uso ilegítimo del poder-jurisdicción administrativa*, complicando sensiblemente en adelante la determinación de la concurrencia de uno u otro supuesto, dado que en estos últimos casos el juez ordinario retenía la competencia a pesar de que se trataba de una potestad que pertenecía indiscutiblemente a la Administración. No en vano, tal proceso de confusa aproximación entre la carencia de poder y su uso ilegítimo —llevado a cabo decididamente por la jurisprudencia ordinaria— no encontró una respuesta simétrica en los jueces administrativos, que han tendido a considerar dichos supuestos como de ejercicio ilegítimo de una potestad existente y, por tanto, a atraer hacia sí su conocimiento (33).

Una doctrina que vino a complementar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, no sólo como criterio de reparto jurisdiccional, sino como índice que permitiera conocer los presupuestos de ambas posiciones, fue la basada en la distinción entre *normas de acción* y *normas de relación*. Dicha construcción, desarrollada fundamentalmente por GUICCIARDI (34), postulaba la existencia de dos tipos de normas administrativas.

caría en un juicio no jurídico sino de oportunidad que atiene al núcleo mismo de la valoración discrecional, en virtud del cual el juez puede sustituir la voluntad del órgano administrativo. Sobre el carácter anfibiológico del término *merito* en Derecho italiano, vid. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, págs. 408-409.

(33) Una referencia a las contradicciones existentes entre los órdenes jurisdiccionales en este campo en S. CASSARINO, *Manuale...*, cit., págs. 27 y 28. Diversas han sido las circunstancias que, a estos efectos, han sido valoradas de modo contradictorio por ambas jurisdicciones (expropiación de predios no incluidos en la declaración de utilidad pública, o en ausencia de dicha declaración), pero presenta especial interés la distinta consideración que ha recibido el ejercicio de potestades fuera de los límites temporales normativamente establecidos —siempre que ello no implique la formación de una voluntad administrativa por silencio—. Así ha ocurrido en materia de municipalización de servicios públicos dados en concesión o de adquisición de la nacionalidad italiana por matrimonio. En este último supuesto, la jurisdicción ordinaria ha determinado que «en cuestión de adquisición de la ciudadanía italiana *ius communicatione* el derecho subjetivo del cónyuge, extranjero o apátrida, de ciudadano italiano se degrada a interés legítimo sólo en presencia del ejercicio por la Administración Pública del poder discrecional de valorar la existencia de motivos inherentes a la seguridad de la República que obstan a dicha adquisición, con la consecuencia de que, una vez precluido el ejercicio de tal poder —por el transcurso vano del plazo previsto [...]— en caso de falta de emisión del decreto de adquisición de la ciudadanía, así como de desestimación de la solicitud, cuando se conteste la concurrencia de los demás presupuestos taxativamente previstos por la ley, subsiste el derecho subjetivo a la emanación de aquél para el solicitante, que puede acudir al juez ordinario para reclamar, previa verificación de los requisitos legales, que él es ciudadano italiano» (Sentencia de la Casación civil, secciones unidas, de 7 de julio de 1993, núm. 7441). Como puede observarse, en estos casos vuelve a aflorar la separación entre potestades discrecionales y regladas a los efectos de determinar la posición subjetiva alegada y, con ella, la jurisdicción competente.

(34) E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, págs. 33 y ss.

Las primeras, llamadas *normas de acción*, se orientarían a disciplinar la actividad interna de la Administración —cualificadamente el procedimiento administrativo—, sin tener en cuenta sus relaciones con los ciudadanos y, por tanto, considerando solamente el interés público que la Administración debe tutelar y respetar en el ejercicio de sus potestades. La infracción de estas normas por parte de aquella —la norma que exige la motivación de los actos, la necesidad de dictamen de un órgano consultivo, son todas normas de este tipo, dictadas, por tanto, en garantía del interés público, teniendo en cuenta, todo lo más de modo reflejo o indirecto, las situaciones subjetivas de los particulares— determinaría la lesión de un interés legítimo, no de un derecho subjetivo, y, por tanto, el juez competente sería el administrativo. El acto por el que la Administración desconociera una de estas normas sería entonces un acto *ilegítimo*.

Por el contrario, las *normas de relación* se encaminarían a la disciplina preferente de las relaciones entre Administración y administrados, reconociendo a ambos posiciones jurídicas contrapuestas —derechos subjetivos y obligaciones—. El acto por el que se infringieran dichas normas sería un acto *ilícito* lesivo de un derecho subjetivo y, consecuentemente, la jurisdicción correspondería al juez ordinario. A pesar de que esta doctrina encuentra todavía acogida por parte de cierta jurisprudencia (35), ha sido fuertemente criticada no sólo por constituir otro modo de expresar la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos —en sí misma de compleja precisión—, sino sobre todo por partir de una clara distinción entre ambos tipos de normas que no encuentra, ciertamente, reflejo en la realidad (36).

Ante este panorama, descrito en sus más elementales contornos, los poderes del juez ordinario frente a la intervención de la Administración Pública quedaban configurados del siguiente modo. En principio, éste, competente tan sólo para conocer de aquellas posiciones de derecho subjetivo —siempre según la consideraciones, ya expuestas, sobre las circunstancias en que dichos derechos subjetivos perviven frente a la intervención administrativa—, conoce y se pronuncia, siempre a través de una sentencia declarativa, sobre la subsistencia o no del derecho subjetivo del administrado, pudiendo emitir también, según la interpretación jurisprudencial,

(35) Así, Sentencia del TAR Campania, sección I, Nápoles, de 3 de septiembre de 1996, núm. 387, en la que se establece que «las disposiciones reglamentarias emanadas por el ente local contratante en el ejercicio de sus poderes organizatorios, para la disciplina ejecutiva de disposiciones legales en materia de concurso para el contrato de servicios, constituyen normas de acción y no de relación y, aunque vinculan a la Administración competente, cuando por ésta no hayan sido aplicadas no pueden justificar, como acto de autotutela, la anulación del concurso, en daño del adjudicatario inculparable». Asimismo, se puede encontrar un seguimiento de tal doctrina en ciertos autores españoles (cfr. R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, 13.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 167).

(36) El límite entre uno y otro tipo de norma se ha presentado siempre incierto. Por lo demás, la propia doctrina que la propugnó detectó la posibilidad, nada desdeñable, de que un mismo acto fuera, al tiempo, ilícito e ilegítimo, reconociendo en tales casos la posibilidad de una doble tutela (*doppia tutela*) ante el juez ordinario o administrativo. Las críticas doctrinales vertidas en relación con este criterio han sido numerosas; vid., por todas, P. STELLA RICHTER, comentario a la Sentencia de la Corte de Casación de 9 de marzo de 1965, núm. 377, «Giustizia civile», 1965-1, págs. 906-907.

sentencias de condena al pago de sumas de dinero, pero no así de condena a hacer o no hacer y, en general, aquellas que impliquen un comportamiento de la Administración Pública, limitación ésta que, sin embargo, ha sido revisada con posterioridad (37).

En todo caso, la competencia inicial del juez administrativo se limita a la posibilidad de anular los actos administrativos viciados por incompetencia, exceso de poder o violación de ley, sin perjuicio de que otros eventuales pronunciamientos le hayan sido atribuidos (38). Más confusión surge

(37) Cfr. S. CASSARINO, *Manuale...*, cit., págs. 86-92. El fundamento de esta prohibición, que se encuentra en la concepción decimonónica clásica de la división de poderes, puede hallarse hoy en el artículo 4 LAC, que establece que *cuando la demanda verse sobre un derecho que se pretenda lesionado por un acto de la autoridad administrativa, los Tribunales se limitarán a conocer de los efectos del acto mismo en relación con el objeto deducido en juicio. El acto administrativo no podrá ser revocado o modificado sino a través de recurso a las autoridades administrativas competentes, las cuales se conformarán a la sentencia de los Tribunales por cuanto se refiere al caso decidido*. El corolario posterior viene explicado, *ex plurimis*, por E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giurisdiziativa del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, págs. 117 y 118. Para el autor, determinadas condenas que no hagan relación al cumplimiento de las funciones públicas del ente, distintas a las condenas pecuniarias, serían admisibles. Tales supuestos —v.g., reconstrucción de un muro indebidamente construido—, no suponiendo una interferencia de la sentencia en las funciones públicas discrecionales, que es la *ratio* de la prohibición de los pronunciamientos de condena no pecuniarios, serían perfectamente admisibles. Como se ha visto con anterioridad, la jurisprudencia ordinaria viene reconociendo la posibilidad de condenar a «hacer» a la Administración Pública. Dicha posibilidad viene admitida ampliamente cuando la Administración ha actuado a través de actos de naturaleza privada (*atti paritetici*), en casos de inactividad material o actuaciones constitutivas de vía de hecho y, en general, siempre que no se produzca interferencia con algún acto discrecional previamente emanado por la Administración. En igual sentido, entre muchas otras, Sentencias de la Casación civil, secciones unidas, de 7 de agosto de 1991, núm. 8584; 17 de octubre de 1991, núm. 10961; 5 de junio de 1989, núm. 2692; 2 de octubre de 1989, núm. 3950; 6 de noviembre de 1989, núm. 4625; 12 de diciembre de 1988, núm. 6745; 6 de octubre de 1988, núm. 5394; 29 de noviembre de 1988, núm. 647; 12 de noviembre de 1988, núm. 6117, y 15 de julio de 1988, núm. 4631. En todo caso, la condena puede serlo a un hacer fungible, en la medida en que el mismo puede ser ejercitado por un tercero, con lo que la condena queda reducida de hecho al pago de una cantidad de dinero (cfr. R. GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1996, pág. 1099).

(38) Acerca de la posibilidad para el juez administrativo de emitir pronunciamientos diversos de los de anulación de actos y, singularmente, sentencias declarativas antes incluso de que el acto haya ocasionado una lesión al interés del particular (*accertamento preventivo*), al margen de las materias sobre las que dicho juez ejerce la llamada *jurisdicción esclusiva* —analizada sucesivamente en el texto—, vid. V. CAJANIELLO, «Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo», en V. SPAGNOLO VIGORJTA (al cuidado de), *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, Napoli, 1983, págs. 57 y ss. El autor destaca la laguna de que adolece el sistema italiano al impedir al juez administrativo la emisión de sentencias declarativas en relación con posiciones de interés legítimo, e ilustra su argumentación con expresivos ejemplos: «exámínese el caso de aquel que obtenga una licencia urbanística a través de un procedimiento ilegítimo, sin que por ejemplo haya sido oída la Comisión urbanística; exámínese el otro caso de aquel que haya conseguido un nombramiento como consecuencia de un procedimiento de concurso irregular; o bien el caso de la adjudicación de un concurso desarrollado ilegítimamente por hechos imputables a la Administración. En todos estos supuestos es evidente cómo el beneficiario de la licencia, del nombramiento o de la adjudicación, se expone al riesgo de ver caducados los beneficios que para él derivan de aquellos actos, en cuanto ilegítimos, en sede jurisdiccional o de autotutela. En efecto, aun no pudiéndose negar que el sujeto detente en relación con el acto situaciones de interés legítimo [...] el proceso administrativo no presenta la posibili-

acerca del papel que corresponde al juez ordinario en cuanto a los actos administrativos y reglamentos de los que ha de conocer al hilo de las controversias suscitadas por violación de derechos subjetivos por parte de la Administración Pública. Tales poderes han sido tradicionalmente incluidos en el llamado género de la *disapplicazione*, consagrada legislativamente en el artículo 5 LAC, esto es, de la inaplicación o desconocimiento puntual de los efectos del acto, quedándole reservado en exclusiva el pronunciamiento sobre la resarcibilidad correspondiente a la lesión de derechos subjetivos o eventualmente, como se ha visto, otras formas de condena a la Administración (39).

Por tanto, la cuestión del reparto de jurisdicciones, una vez nacido y consolidado el orden administrativo para la tutela de los intereses legítimos, quedaba configurada a grandes líneas como sigue. El juez ordinario es competente para conocer de aquellas actuaciones administrativas que recaigan sobre posiciones de derecho subjetivo, actuaciones que no puede anular ni en vía principal ni incidental, conservando, sin embargo, competencia para la condena a la Administración al resarcimiento del daño eventualmente ocasionado, pudiéndose acudir a dicho juez en el plazo de prescripción del derecho de que se trate. El juez administrativo se configura, en cambio, como juez exclusivo de anulación de actos administrativos y, por tanto y según lo expuesto, de actuaciones administrativas que incidan sobre posiciones diversas de la del derecho subjetivo perfecto y reconducibles al interés legítimo, debiendo acudir al juez administrativo, en tales casos, en el breve plazo de caducidad establecido para la interposición del recurso contencioso. Dicha concepción de ambas posiciones subjetivas, apoyada ciertamente en la normativa, ha partido siempre de la exclusiva resarcibilidad de la lesión ocasionada a los derechos subjetivos, negándose la misma a las producidas en posiciones de interés legítimo (40). Cuestión ésta sobre la que se volverá en el curso de este trabajo.

dad de ser utilizado con el fin de obtener una sentencia que elimine tal estado de incerteza, para obligar a la Administración a enmendar, acaso a través de la repetición del procedimiento, los vicios del acto que hacen precaria la posición ventajosa por él adquirida» (*ibidem*, pág. 82).

(39) El artículo 5 LAC establece que *en este, como en cualquier otro caso, las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y los reglamentos generales y locales en cuanto sean conformes a las leyes*.

(40) La razón se presentaba, según la concepción clásica del interés legítimo, como obvia: en tales casos no existía esfera jurídica que restaurar, dado que se trataba de una posición subjetiva no enteramente autónoma, carente de sustantividad e íntimamente ligada al interés público, cuya tutela se limitaba, por tanto, a la mera eliminación de la actuación ilegal lesiva. La jurisprudencia administrativa ha reiterado sucesivamente esta doctrina, tratando de reconducir el argumento a términos técnicos. Así, la Sentencia del TAR Lombardía, sección Brescia, de 5 de julio de 1993, núm. 595, que afirma con contundencia que «los intereses legítimos no son resarcibles ya que su lesión no determina un daño injusto». Vid. sucesivamente en el texto.

II.b) *La jurisdicción exclusiva del juez administrativo: ¿una vía de escape a las disfunciones del sistema? La culminación del proceso en el Decreto Legislativo 80/98, la ulterior declaración de inconstitucionalidad de su artículo 33 y la subsanación final de dicha inconstitucionalidad por vía normativa*

II.b).1. *La jurisdicción exclusiva y su extensión por obra del Decreto 80/98.*

El juez administrativo, por tanto, no ha estado dotado por el ordenamiento italiano, en principio y como regla general, de la jurisdicción para conocer en vía principal de cuestiones relativas a derechos subjetivos (sí puede, en cambio, conocer de cuestiones relativas a éstos en vía incidental), ejerciendo, de ese modo, la llamada *jurisdicción de legitimidad* (41). Sin embargo, en determinadas materias, el juez administrativo puede conocer directamente tanto de posiciones de interés legítimo como de derecho subjetivo; sobre las mismas, dicho juez ejerce la que se llama *jurisdicción exclusiva* (42).

La jurisdicción exclusiva nace a través de la Ley de 30 de diciembre de 1923, núm. 2840, que introdujo, asimismo, la otra competencia excepcional del juez administrativo, consistente en el enjuiciamiento incidental de cuestiones relativas a derechos subjetivos que acaba de referirse. La jurisdicción exclusiva supone, por tanto, la introducción de un criterio inédito de reparto entre los órdenes implicados, que se desplaza desde la posición subjetiva atribuida al particular hacia un grupo o grupos de *materias* que,

(41) La competencia del juez administrativo para conocer incidentalmente de cuestiones relativas a derechos subjetivos se encuentra sancionada en el artículo 28 del Decreto de 26 de junio de 1924, núm. 1054, por el que se aprobó el texto refundido de las leyes sobre el Consejo de Estado, el cual dispone que *en las materias sobre las cuales el Consejo de Estado en sede jurisdiccional no tiene competencia exclusiva en los términos del artículo siguiente, el mismo está autorizado a decidir todas las cuestiones prejudiciales o incidentales relativas a derechos, cuya resolución sea necesaria para pronunciarse sobre la cuestión principal de su competencia*. En el tercer párrafo de este artículo se excluyen, sin embargo, ciertos asuntos del enjuiciamiento prejudicial del juez administrativo, debiendo los mismos ser resueltos siempre por el juez ordinario. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que el otorgamiento de licencias, autorizaciones, etc., queda supeditado por la norma a la titularidad dominical de un cierto bien por parte del solicitante: si aquélla resulta controvertida, es el juez administrativo el competente para decidirla con carácter incidental.

(42) La razón principal de su introducción, apuntada embrionariamente con anterioridad al comentar la cuestión de la doble tutela, se encontraba en la constatación de que, en ciertas materias —singularmente la relativa a la Función pública, clásico ámbito reservado a la competencia exclusiva del juez administrativo—, los derechos subjetivos y los intereses legítimos se encontraban sumamente interrelacionados, con lo que, de no existir esta institución, se obligaba al particular a la instauración de dos procesos, uno ante el juez ordinario, otro ante el administrativo. Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., págs. 38 y ss. La jurisdicción exclusiva del juez administrativo quedó posteriormente consagrada en la propia Constitución vigente, cuyo artículo 103 dispone que *el Consejo de Estado y los demás órganos de justicia administrativa tienen, frente a la Administración Pública, jurisdicción para la tutela de los intereses legítimos y, en particulares materias indicadas por la Ley, también de los derechos subjetivos*.

de ese modo, se atribuyen a la *exclusiva* cognición del juez administrativo. Tales materias se han incrementado con el devenir de los años. Si el sector típico de esta jurisdicción ha sido tradicionalmente la Función pública, son hoy día muchos otros los que entran en dicha categoría, aunque se trata de un conjunto heterogéneo de asuntos, algunos remitidos por materias enteras, otros sólo en relación con actuaciones administrativas concretas dentro de un sector específico (43). Así, entran a formar parte de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, entre otras, las cuestiones relativas a concesiones de bienes públicos, las formas de terminación convencional del procedimiento previstas en los artículos 11 y 15 de la Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, el derecho de acceso a los documentos administrativos, los actos de ciertas autoridades independientes, como la Autoridad para la Garantía en las Telecomunicaciones, etcétera.

Con la finalidad de ir reduciendo progresivamente la operatividad del criterio de reparto basado en la posición subjetiva del particular, que tantos inconvenientes ha generado, dada la extrema dificultad existente en numerosos casos para adscribir aquélla con seguridad a las especies «interés legítimo» o «derecho subjetivo», recientemente fue el controvertido Decreto Legislativo de 31 de marzo de 1998, núm. 80, sobre *Nuevas disposiciones en materia de organización y de relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas, de jurisdicción en las controversias de trabajo y de jurisdicción administrativa, emanadas en actuación del artículo 11.4 de la Ley 59/97*, el que, en cumplimiento de la delegación operada por dicha Ley —Ley Bassanini I—, ha transferido a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo una serie de materias que, debido a su trascendencia y a la litigiosidad que en relación con ellas se origina, bien puede decirse que han venido a alzaprimar de modo notable el papel del juez administrativo en la

(43) Curiosamente, la tradicional materia de Función pública ha visto drásticamente disminuido el contenido de asuntos remitidos a la competencia exclusiva del juez administrativo, como consecuencia de la llamada *privatizzazione* del empleo público italiano, operada primordialmente a partir del Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29, y, más tarde, por el conocido Decreto Legislativo de 31 de marzo de 1998, núm. 80, dictado en actuación de la Ley de 15 de marzo de 1997, núm. 59 —Bassanini I—, que proceden a una reforma de amplio calado consistente en un cambio radical de la disciplina sustantiva a que debían quedar sometidas las relaciones de servicio de la mayor parte de los empleados públicos, los cuales pasan a regirse por la normativa laboral. Sin embargo, algunas categorías de funcionarios permanecen sometidas a la normativa pública y, consiguientemente, los pleitos que se instauren con ocasión de dichas relaciones quedan remitidos a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo (magistrados, abogados del Estado, militares, policías, profesores universitarios). No obstante, permanecen sometidas al Derecho público ciertas actuaciones verificadas en las —ahora— relaciones contractuales de trabajo que, a modo de cuestiones separables, son conocidas por el juez administrativo —singularmente los procedimientos de selección—. Por último, señalar que se ha producido un desfase entre el cambio de normativa sustantiva y el cambio de tutela jurisdiccional, en el sentido de que, si bien la disciplina de los funcionarios públicos pasó inmediatamente después de la intervención normativa a ser la propia del Derecho del Trabajo, se estableció un plazo —que venció finalmente el 30 de junio de 1998— para que la tutela jurisdiccional de dichas relaciones pasase a manos del juez ordinario, con lo que, durante algún tiempo al menos, se ha dado la curiosa circunstancia de que el juez administrativo ha conocido de litigios sobre relaciones regidas por el Derecho privado (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto amministrativo*, cit., págs. 140-141).

resolución de las controversias entre particulares y Administración Pública, dotándole prácticamente de una jurisdicción general sobre los litigios administrativos. En efecto, los artículos 33 y 34 de dicha norma transferían a la competencia exclusiva del juez administrativo las controversias relativas a las materias de *servicios públicos, urbanismo y edificación* (44).

No obstante, como se analizará con mayor detenimiento en el apartado siguiente, la verdadera novedad del Decreto 80/98 consistió en la atribución al juez administrativo en las materias indicadas, por primera vez, de un poder que le había estado tradicionalmente vedado: *el pronunciamiento sobre el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta de la Administra-*

(44) La masiva transferencia de materias a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, convirtiendo a éste el legislador ordinario, progresivamente, en el juez general de la Administración, aun siendo indudablemente la tendencia actual, no ha dejado de ser mirada con cautela por ciertos autores si previamente no se procedía a una reforma constitucional. En efecto, como se ha visto, el artículo 103 CI establece claramente el carácter excepcional de la competencia exclusiva del juez administrativo, atribuyéndole como función principal la tutela de los intereses legítimos y, *en particulares materias indicadas por la ley*, también de los derechos subjetivos. Ya lo advirtió así prontamente M. NIGRO, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, pág. 121; recoge igualmente esta objeción A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pág. 168. Por otra parte, la remisión realizada por el Decreto 80/98 a la competencia exclusiva del juez administrativo de todas las controversias en materia de *servicios públicos* resulta considerable. El artículo 33 de la norma, tras indicar que entre dichos servicios se encuentran los relativos al crédito, vigilancia sobre la aseguración, mercado mobiliario, servicio farmacéutico, transportes, telecomunicaciones, etc., indica, a título ejemplificativo, algunas de las controversias asignadas: las concernientes a la constitución, modificación y extinción de sujetos gestores de servicios públicos, comprendidos los entes, instituciones y sociedades de capital incluso de transformación urbana; entre las Administraciones Públicas y los gestores de servicios públicos, cualquiera que sea su denominación; en materia de vigilancia y control de los gestores de servicios públicos; las que tengan por objeto los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, servicios o suministros, desarrollados por sujetos en todo caso obligados a la aplicación de las normas comunitarias o de la normativa nacional o regional; las relativas a las actividades o las prestaciones de cualquier género, incluso de naturaleza patrimonial, desarrolladas en el desenvolvimiento de servicios públicos, incluidas las desarrolladas en el ámbito del Servicio Sanitario Nacional y de la instrucción pública.

La sustitución de un criterio problemático, como era el que distinguía entre intereses legítimos y derechos subjetivos, por otro no menos complejo como el basado en el concepto de *servicio público*, ha determinado el inevitable nacimiento también en esta materia de contradicciones jurisprudenciales. Vid., entre otras, para el alcance del concepto de *servicio público*, la Sentencia del Tribunale di Roma de 8 de mayo de 2000; las contradicciones jurisprudenciales han sido especialmente intensas en relación con los contratos, centrándose el debate en si los contratos de obras, servicios o suministros a que hace referencia el artículo 33 del Decreto 80/98 entran en la competencia exclusiva del juez administrativo al margen de que su destinación ulterior sea o no un servicio público (Sentencia TAR Puglia-Bari, sección I, de 4 de abril de 2000, núm. 1401) o si, por el contrario, la competencia del juez administrativo se reduce a aquellos supuestos en que el destino del contrato sea propiamente un servicio público (Sentencia Tribunale Foggia, sección distrital de Trinitapoli, de 13 de abril de 2000, núm. 51); asimismo, la discrepancia se ha extendido a la interpretación de si las controversias sobre créditos de los farmacéuticos concertados por suministros al Servicio Sanitario Nacional pueden considerarse comprendidas dentro del servicio público, con consiguiente jurisdicción del juez administrativo (Auto del Consejo de Estado, asamblea plenaria, de 30 de marzo de 2000, núm. 1), o si, por el contrario, dichas controversias patrimoniales deben considerarse excluidas de la actividad prestacional propiamente dicha, correspondiendo su conocimiento al juez ordinario (Sentencia de la Casación Civil, secciones unidas, de 30 de marzo de 2000, núm. 71).

ción Pública (45). En todo caso, para comprender la trascendencia y alcance verdaderos de dichos preceptos, resulta oportuna una breve explicación de los poderes que han correspondido al juez administrativo en los conflictos relativos a las materias sobre las que ejerce competencia exclusiva.

II.b).2. *La tutela dispensada al administrado en sede de jurisdicción exclusiva: recientes orientaciones.*

Al contrario de lo que pudiera en buena lógica esperarse, el hecho de que el juez administrativo disponga de competencia exclusiva sobre una materia no supone que, en el caso de que la posición en que se encuentre el particular sea de derecho subjetivo, aquél disponga de los mismos *instrumentos de tutela* que el juez ordinario. En realidad, al menos originariamente, la jurisdicción exclusiva implica la tutela del derecho subjetivo a través de los instrumentos de que dispone el juez administrativo para la tutela de los intereses legítimos; no obstante, con algún pronunciamiento añadido de no escasa importancia, como es la posibilidad de emitir sentencias declarativas y de condena a la Administración al pago de las cantidades líquidas de que resulte deudora, siempre que no tengan la consideración de resarcimiento por los daños ocasionados (46).

Así, se entendió prontamente que, a pesar de que la posición del particular en esta sede fuera de derecho subjetivo, si mediaba un acto administrativo que incidiera en tal posición, aquél debía acudir al juez administrativo impugnando dicho acto en los breves plazos de caducidad establecidos para el juicio administrativo de legitimidad; de modo que al juez administrativo, en materias de jurisdicción exclusiva, no le era permitida sino la anulación del acto administrativo lesivo del derecho subjetivo, estándole vedada la «inaplicación» del mismo, permitida, sin embargo, por la LAC al juez ordinario, con lo que, aun siendo de derecho subjetivo la posición del particular, los límites alzados para su tutela eran diversos según que —y no siempre por designios escrutables— el legislador hubiera trans-

(45) El artículo 35 estableció claramente que *el juez administrativo, en las controversias remitidas a su jurisdicción exclusiva en el sentido de los artículos 33 y 34, dispone, incluso a través de la reintegración en forma específica, el resarcimiento del daño injusto*. Debe tenerse en cuenta que, en materia de Función pública, el Decreto 80/98 (art. 29) asignó igualmente al juez administrativo la competencia para pronunciarse sobre los *derechos patrimoniales conexos*, lo que debe entenderse como una nueva atribución en materia de resarcimiento del daño, aunque limitada a las escasas relaciones que permanecen dentro de su ámbito de jurisdicción exclusiva (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pág. 292).

(46) Vid. artículo 26, § 3.º, de la Ley TAR, La reserva en exclusiva del pronunciamiento sobre los llamados *diritti patrimoniali conseguenziali* al juez ordinario, entre los que se encuentra el resarcimiento del daño, ha estado vigente en los artículos 7, § 3.º, de la Ley TAR —en este caso sólo hasta la emanación del Decreto 80/98, como se verá en el próximo apartado— y 30, § 2.º, del texto refundido de las leyes sobre el Consejo de Estado.

ferido o no esa concreta materia a la cognición exclusiva del juez administrativo (47).

A partir de 1939 (48) se estableció un doble criterio en relación con esta cuestión. En efecto, la impugnación del acto administrativo en los plazos de caducidad seguiría siendo precisa sólo en aquellos casos en los que la satisfacción del derecho del particular requiriera la mediación de un acto administrativo, mientras que en aquellos otros en los que el contenido del derecho del ciudadano se desprendiese agotadoramente de la norma se podía acudir al juez administrativo en el plazo de prescripción del derecho, sin necesidad de impugnación alguna de un acto que, en realidad —se decía—, no es ejercicio de un poder, sino consecuencia de una actuación automática de la norma a la que está obligado cualquier sujeto de Derecho, lo que permitiría calificarlo de acto de Derecho común (*atto paritetico*), dado que a través de él la Administración no procede a la satisfacción de interés público alguno. Aunque, al margen de que el acto constituya o no el ejercicio de una verdadera potestad, el esquema referido se ha extendido a supuestos en los que lo definitivo es la existencia o no de discrecionalidad en su ejercicio (49).

Por lo que hace a los *poderes instructorios* del juez administrativo, ya se trate de jurisdicción de legitimidad o exclusiva, éstos han sido muy limitados en relación con aquellos de que ha dispuesto el juez ordinario. Salvo en los casos en que el juez administrativo extiende su juicio también al *merito* del acto, los medios de prueba que ha podido emplear se limitan a solicitar a la Administración nuevas aclaraciones o documentos, así como ordenarle la práctica de nuevas verificaciones, con lo que, básicamente, el juez ha partido de los hechos tal y como son presentados por la Administración (50). En realidad, cuando el proceso mayormente desarrollado ante el juez administrativo era el de legitimidad, esto es, el que versaba sobre un acto administrativo, podía no considerarse descabellado que aquél tuviera limitados por la norma los medios de prueba a emplear, pero cuando se trata de su jurisdicción exclusiva, esto es, de un poder de enjuiciamiento ligado a posiciones de derecho subjetivo, cuya lesión puede provenir de actos administrativos pero también de simples conductas de la Administración, resulta razonable extender sus medios instructorios hasta equipararlos con los del juez ordinario (51). En efecto, así ha sido: en rela-

(47) Una completa exposición del criterio doctrinal y jurisprudencial seguido en esta primera etapa interpretativa del alcance de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, en M. BRACCI, «La giurisdizione amministrativa con competenza esclusiva e l'atto amministrativo impugnabile», en *Studi in memoria del Prof. PIETRO ROSSI*, Siena, 1932, págs. 493 y ss.

(48) Por Sentencia del Consejo de Estado, sección V, de 1 de diciembre de 1939, núm. 795.

(49) Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pág. 166.

(50) Vid. artículo 44 del texto refundido de las leyes sobre el Consejo de Estado —Decreto de 26 de junio de 1924, núm. 1054—.

(51) Que el Decreto 80/98 extendía la jurisdicción exclusiva del juez administrativo también a meros comportamientos —cuando los mismos no determinen una resolución por silencio, pues entonces pueden entenderse comprendidos dentro de la categoría de las

ción con las materias transferidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo por el Decreto 80/98 —servicios públicos, urbanismo y edificación—, el artículo 35.3 de dicha norma establece que *el juez administrativo, en las controversias referidas en el apartado 1, puede disponer la admisión de los medios de prueba previstos por el codice di procedura civile, así como de la consulenza tecnica d'ufficio (pericia), excluidos el interrogatorio formal y el juramento. La admisión de los medios de prueba y la práctica de la pericia se rigen, cuando sea necesario, por el reglamento contenido en el Real Decreto de 17 de agosto de 1907, núm. 642 (Reglamento de procedimiento ante el Consejo de Estado en sede jurisdiccional), teniendo en cuenta las especificidades del proceso administrativo en relación con las exigencias de celeridad y concentración del juicio (52).*

resoluciones (*provvedimenti*)— quedaba expresamente sancionado en su artículo 34: *son remitidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo las controversias que tengan por objeto los actos, las resoluciones y los comportamientos de las Amministrazioni Pubbliche en materia urbanística y de edificación. No obstante, la parquedad de la redacción del precepto transcrito, que terminaba por afirmar, en su apartado 2, que a los efectos del presente decreto, la materia urbanística concierne todos los aspectos del uso del territorio, ha determinado el nacimiento de una creciente inseguridad acerca de cuál es la autoridad judicial competente en determinados casos en los que los particulares han solicitado la tutela de su propiedad o posesión frente a la conducta de la Administración Pública, en la medida en que no queda claro si la tutela posesoria o dominical pueda considerarse comprendida en todos los aspectos del uso del territorio, al margen de que existan o no actos de transformación urbanística. Vid. las posiciones contradictorias del Auto de la Casación Civil, secciones unidas, de 25 de mayo de 2000, núm. 43; Auto del Tribunale di Torre Annunziata de 15-26 de abril de 2000, que defienden la competencia del juez administrativo, así como, entre otros, Auto del Tribunale della Spezia de 18 de mayo de 2000, que defiende la competencia de la autoridad judicial ordinaria. Esta controversia se ha extendido a los supuestos de *expropiación forzosa sin título* por parte de la Administración; de hecho, la primera de las resoluciones citadas considera de competencia exclusiva del juez administrativo dichos supuestos, cuando lo que se pretenda sea *el derecho a la readquisición del bien ocupado sin título (por originaria carencia o sucesiva ineficacia del título mismo), el derecho al resarcimiento del daño por ocupación ilegítima, o el derecho al resarcimiento del daño producido por la traducción de la ocupación misma en la llamada accesión invertida o expropiación sustancial*, permaneciendo de competencia del juez ordinario, por expresa disposición del artículo 33.3.b del Decreto 80/98, sólo las controversias relativas a la determinación y retribución de los justiprecios como consecuencia de la adopción de actos de naturaleza expropiatoria o ablatoria. No obstante, el auto citado de la Corte de Casación, a pesar de reconocer la nueva competencia del juez administrativo para el conocimiento de todos aquellos derechos patrimoniales, distintos de los relativos al justiprecio, derivados de comportamientos (derechos restitutorios, resarcitorios), ha elevado a la Corte Constitucional cuestión de legitimidad sobre el artículo 34 del Decreto 80/98, por entender que incurre en un exceso de delegación, en la medida en que el artículo 11.4.g de la Ley de bases de 15 de marzo de 1997, núm. 59, contemplaba «la extensión de la jurisdicción del juez administrativo a las controversias que tengan por objeto *diritti patrimoniali conseguenziali*, comprendidos los relativos al resarcimiento del daño en materia urbanística», «de modo que —señala el auto—, ciñéndose la reforma en tema de jurisdicción a los derechos subjetivos *conseguenziali* (de contenido patrimonial), esto es, a los derechos determinados por el ejercicio de la jurisdicción de legitimidad sobre actos o resoluciones, sin ninguna mención a los derechos nacidos de hechos o comportamientos, como los derechos restitutorios o resarcitorios, podría expresar una posición contraria a la devolución de las controversias sobre tales últimos derechos a la cognición del juez administrativo».*

(52) En realidad, en determinadas materias en las que quedaba patente la desigualdad de medios instructorios entre el juez administrativo y el ordinario, dado que en las mismas nacían relaciones sustantivamente idénticas, la Corte Constitucional ha introduci-

Como en otras modificaciones introducidas por el Decreto 80/98 —cualificadamente la relativa al pronunciamiento del juez administrativo sobre el resarcimiento del daño, como se verá—, se ha presentado, en relación con la cuestión de los nuevos medios de prueba admisibles, la duda de si los mismos pueden emplearse sólo en juicios que tengan por objeto derechos subjetivos o también en aquellos que versen sobre intereses legítimos, por lo que la misma puede calificarse como una cuestión abierta, salvo en lo relativo a la pericia, cuya extensión a la jurisdicción de legitimidad ha sido llevada a cabo, como se verá, por la nueva ley en materia de justicia administrativa (53).

En cuanto a las *medidas cautelares y de tutela sumaria* de que dispone el juez administrativo, debe decirse otro tanto: las mismas han sido notoriamente más limitadas que las permitidas al juez ordinario, a pesar de ciertos avances llevados a cabo fundamentalmente por obra de la Corte Constitucional, aunque sólo en relación con concretos asuntos (54). Así, la

do serios correctivos a la normativa vigente. Así, en materia de Función pública, para evitar que la tutela del empleado público pudiera desmerecer seriamente respecto de la acordada en atención a las relaciones privadas de trabajo por el juez laboral, la Corte Constitucional (Sentencia de 10 de abril de 1987, núm. 146) declaró inconstitucional el artículo 44.1 del texto refundido de las leyes sobre el Consejo de Estado, en la medida que impedía en los litigios sobre empleo público el recurso a los medios de prueba admitidos en el proceso laboral.

Por otra parte, la exclusión del interrogatorio formal y el juramento del arsenal probatorio de que puede disponer el juez administrativo en las materias transferidas a su competencia exclusiva se encuentra en dos motivos: de un lado, la consideración de que en el proceso administrativo está ausente el requisito de la disponibilidad del derecho controvertido y, de otro, la incompatibilidad entre su naturaleza de pruebas legales y el principio de libre convencimiento del juez administrativo en la valoración del material probatorio (cfr. S. VENEZIANO, *L'art. 35, commi 2 e 3, del D. Leg.vo n. 80/1998 ed alcuni altri profili processuali della riforma*, «Diritto & Diritti. Rivista Giuridica online», <http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/Rel80_98.htm>).

(53) A favor de reconocer la extensión de los nuevos medios de prueba solamente a los juicios en que se debatan derechos subjetivos, S. VENEZIANO, *op. cit.*, véase el encabezado en que se comenta el apartado 3 del artículo 35 del Decreto 80/98, letra «A», *in fine*; por el contrario, extiende dichos medios a todos los litigios sobre materias de competencia exclusiva del juez administrativo, sea cual sea la posición subjetiva controvertida, N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, «Diritto processuale amministrativo», 1/2000, pág. 61. Sin embargo, alguno de los más recientes pronunciamientos pareció inclinarse por la primera alternativa; vid. en este sentido la Sentencia del TAR Emilia Romagna-Bolonia, sección I, de 2 de febrero de 2000, núm. 86, que excluye la *consulenza tecnica d'ufficio* en las materias de jurisdicción exclusiva cuando la pretensión accionada tenga naturaleza de interés legítimo; no obstante, como se ha advertido, este medio de prueba acaba de ser extendido al juicio de legitimidad por la nueva Ley en materia de justicia administrativa.

(54) Se trata de la Sentencia de la Corte Constitucional de 28 de junio de 1985, núm. 190 —a la que vendría a complementar posteriormente su Sentencia de 10 de abril de 1987, núm. 146, en materia de instrucción y medios de prueba—, que extendió al juez administrativo, en el ejercicio de su jurisdicción exclusiva sobre pretensiones patrimoniales en materia de empleo público —y sólo en ella—, los poderes cautelares de que gozaba el juez ordinario *ex artículo 700 del codice di procedura civile* (en adelante, c.p.c.), esto es, declarando inconstitucional el artículo 21, último apartado, de la Ley TAR, extendía en este punto al juez administrativo la aplicación de una cláusula general de medidas inominadas. Un comentario a esta sentencia y, en general, al proceso cautelar italiano puede verse, entre nosotros, en T. QUINTANA LÓPEZ, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, «REDA», núm. 64, 1989, págs. 533-546.

única medida cautelar prevista normativamente hasta hace bien poco tiempo para el juez administrativo era la *suspensión de la eficacia del acto impugnado* (art. 39 del texto refundido de las Leyes sobre el Consejo de Estado y art. 21 *in fine* de la Ley TAR), la cual, como resulta obvio, presenta virtualidad tan sólo en evitación de que un acto administrativo despliegue sus efectos modificativos, esto es, en el caso de los llamados intereses de oposición (*oppositivi*), pero que resultaba inútil en el caso de actos administrativos negativos o presuntos, respecto de los cuales el sujeto es titular de un interés de pretensión (*pretensivo*) frente a la Administración Pública (55). Por otra parte, el juez administrativo ha carecido en principio de la posibilidad de acordar remedios sumarios para la tutela del crédito incluso ante el nuevo panorama de reparto jurisdiccional, que incluía en la jurisdicción exclusiva del juez administrativo las controversias relativas a las *actividades o las prestaciones de cualquier género, incluso de naturaleza patrimonial, desarrolladas en el desenvolvimiento de servicios públicos* (56).

Frente a ello, el juez ordinario ha dispuesto tradicionalmente no sólo de una cláusula general de medidas cautelares innominadas (57), que permite la adopción de medidas positivas —siguiendo, por ejemplo, el modelo francés del *référé*—, sino en general de toda una serie de instrumentos sumarios que, bien dentro de un proceso principal (58), bien como procedimiento autónomo (59), permiten al juez ordinario, en determinadas circunstancias, dictar órdenes o mandamientos de pago de deudas.

(55) La jurisprudencia ha ido corrigiendo tal deficiencia. Si bien es claro que la suspensión de un acto de denegación de una autorización no equivale al otorgamiento de la misma, los tribunales administrativos, distinguiendo entre actos *meramente negativos* —como el apenas citado— y actos *negativos con efectos positivos*, comenzaron a suspender los efectos de ciertos actos reconducibles a la segunda categoría (denegaciones de renovación de concesiones sobre bienes, lo que implicaba interinamente la continuidad de la relación, esto es, la conservación de un beneficio que ya disfrutaba el particular recurrente; denegaciones de exención del servicio militar, suponiendo la suspensión una prohibición para la Administración de realizar el sucesivo llamamiento a filas mientras no se decida en el fondo el recurso; denegaciones de admisión a pruebas, exámenes o concursos, lo que permitía al interesado la mera participación a las pruebas correspondientes). Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., págs. 235-237.

(56) Vid. nota 44.

(57) Recogida, como se vio, en el artículo 700 c.p.c., el cual dispone que *al margen de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo* (De los procedimientos cautelares: en general, secuestro, denuncia de obra nueva y daño temido e instrucción preventiva), *quien tenga motivo fundado de temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, éste venga amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar mediante recurso al juez las resoluciones de urgencia que aparezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo*.

(58) Es el caso de los artículos 186 *bis*, *ter* y *quater* c.p.c., que contemplan respectivamente la *ordinanza per il pagamento di somme non contestate*, la *istanza di ingiunzione* para el pago o consignación de créditos asistidos de prueba escrita y la *ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, que consiste en una orden de pago o consignación de cantidades o entrega de bienes posterior a la instrucción de la causa.

(59) Es el caso de los artículos 633 y ss. c.p.c., en los que se regula el llamado *procedimento di ingiunzione*. Se trata de un proceso monitorio de breve duración: si se admite la demanda, se emplaza al deudor para que proceda al pago en un plazo de cuarenta días, dentro del cual puede oponerse; si no hay oposición, procede la ejecución forzosa.

Si, como ha sido adelantado, es cierto que normativamente el juez administrativo ha carecido tradicionalmente del poder de utilizar cualquiera de los medios mencionados que corresponden al juez ordinario, lo es igualmente que la jurisprudencia ha llevado a cabo intentos de avanzar en este ámbito, el cual no ha sido, curiosamente, objeto de regulación por el Decreto 80/98, ni siquiera en relación con las materias por él transferidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo. Con ello, la jurisprudencia ha tratado de neutralizar lo que, al menos sobre el papel, no era sino un aminoramiento significativo de la tutela del juez administrativo en relación con la dispensada por el juez ordinario. Así, por cuanto se refiere a la adopción por aquél de medidas cautelares *ante causam* o de naturaleza positiva incluso *inaudita altera parte*, el TAR Lombardía ha dictado varias sentencias en las que admitía la adopción de medidas cautelares atípicas (ex art. 700 c.p.c.), con fundamento no sólo ya en la normativa y jurisprudencia comunitarias, sino además en el artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, habiendo encontrado inicialmente, sin embargo, serios obstáculos a su admisión (60).

No obstante, los avances jurisprudenciales se han incrementado en este concreto sector, aunque no todos ellos se han orientado en la misma dirección. Así, en primer lugar, como modo de suplir la inercia legislativa en este ámbito y ante la necesidad de otorgar completa tutela a las nuevas situaciones nacidas al amparo de las recientes transferencias operadas a favor del juez administrativo, algunos pronunciamientos —especialmente en la materia, ya referida a otros efectos, relativa a los créditos de los farmacéuticos frente al Sistema Sanitario Nacional— (61) han postulado la posibilidad de adopción en el proceso administrativo de cualesquiera instrumentos de tutela cautelar atípica, incluidas las órdenes al pago anticipado de sumas de dinero, con apoyo en el artículo 21 de la Ley TAR según fue

(60) Autos del TAR Lombardía, sección III, de 27 de octubre de 1997, núm. 727/d, y de 30 de diciembre de 1997, núm. 814/d. El Consejo de Estado ha rechazado drásticamente la posición del Tribunal lombardo, acudiendo, entre otros, a un argumento formal: mientras en la jurisdicción ordinaria la competencia para la adopción de instrumentos sumarios y medidas cautelares es monocrática, en la jurisdicción administrativa corresponde al colegio, lo que lleva al Consejo de Estado a rechazar de plano la medida dado que había sido adoptada por un solo magistrado, el presidente del Tribunal (Auto del Consejo de Estado, sección V, de 20 de abril de 1998, núm. 781). Finalmente y tras la oposición del Consejo de Estado, por Auto de 30 de junio de 1998, núm. 1, el presidente de la sección III del TAR Lombardía ha remitido a la Corte Constitucional cuestión incidental de legitimidad relativa al artículo 21 de la Ley TAR, en la medida en que excluiría la posibilidad de una tutela cautelar *ante causam*, tal y como viene disciplinada por los artículos 669 y ss. y 700 y ss. c.p.c., con referencia a los artículos 3 (principio de igualdad), 24 (tutela judicial) y 113 (tutela jurisdiccional plena frente a la Administración) de la CI. Cfr. C. E. GALLO, *Alla Corte Costituzionale il problema della possibilità di provvedimenti cautelari ante causam nel processo amministrativo*, «Diritto processuale amministrativo», 4/1998, págs. 856 y ss., así como F. F. TUCCARI, *Considerazioni sulla tutela preventiva nel processo amministrativo*, «Diritto processuale amministrativo», 3/1999, págs. 869 y ss., y R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2000, 1, págs. 91-94.

(61) Vid. nuevamente nota 44.

interpretado por la Sentencia de la Corte Constitucional de 28 de junio de 1985, núm. 190 (62), cuyos fundamentos deben considerarse aplicables a todas las materias remitidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo (63). En segundo lugar, otras decisiones, ampliando la cuestión a la tutela sumaria no cautelar, han considerado aplicables analógicamente al proceso administrativo tanto el procedimiento monitorio disciplinado en los artículos 633 y ss. c.p.c., así como los pronunciamientos anticipatorios de condena *ex* artículos 186 *bis* y ss. c.p.c. (64). Finalmente, una tercera solución, poco decidida a afrontar la cuestión de modo precipitado, ha consistido en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 35.3 del Decreto 80/98, en la parte en la que no prevé que el juez administrativo, en las materias remitidas a su jurisdicción exclusiva, pueda disponer de las resoluciones previstas en el artículo 186 *ter* c.p.c. (65).

La controversia fue posteriormente solventada por la asamblea plenaria del Consejo de Estado, la cual, en un auto que puede considerarse paradigmático, optó por la primera de las opciones propuestas (66). En efecto, a través de tal pronunciamiento, la máxima instancia judicial administrativa rechazó la posibilidad de aplicar en el proceso administrativo cualquiera de los instrumentos de tutela sumaria no cautelar previstos en el c.p.c.; aunque admitiendo, sin embargo, el empleo de cualquier forma de tutela cautelar sumaria atípica, incluso las órdenes de pago anticipado de cantidades de que resulte deudora la Administración. Tal criterio ha sido a su vez, como se verá, oportunamente corregido por la reciente ley en materia de justicia administrativa (67).

(62) Vid. nota 54.

(63) Así, entre otros, Auto TAR Calabria, sección Reggio Calabria, de 24 de marzo de 1999, núm. 184.

(64) Así, Autos TAR Lazio, sección I-*ter*, de 10 de diciembre de 1998 y TAR Sicilia-Catania, sección III, de 8 de noviembre de 1999, núm. 2392.

(65) Auto TAR Campania-Nápoles, sección I, de 18 de febrero de 1999, núm. 445.

(66) Se trata del ya mencionado Auto del Consejo de Estado, asamblea plenaria, de 30 de marzo de 2000, núm. 1, dictado como consecuencia de la resolución de ciertas cuestiones remitidas por Auto del Consejo de Estado, sección V, de 9 de noviembre de 1999, núm. 2440.

(67) La diferencia entre instrumentos de tutela sumaria cautelar y tutela sumaria no cautelar resulta trascendental en este ámbito (piénsese en que los primeros requieren la verificación de la concurrencia de un *periculum*, mientras no así los segundos; en el carácter interino de los primeros y en el tendencialmente definitivo de los segundos, definitividad que queda supeditada a la mera inercia procesal del deudor demandado; etc.). No obstante, la solución técnica arbitrada por el Consejo de Estado viene a ser un híbrido entre tutela sumaria cautelar y no cautelar, en la medida en que vienen flexibilizados los requisitos del *periculum* y del *fumus*, al modo del *référé provision* francés. Vid. para una explicación completa de esta reciente decisión del Consejo de Estado, M. PROTTO, *La tutela anticipatoria dei crediti verso la P.A.: tra tutela cautela e tutela sommaria*, «Giustizia Amministrativa, Rivista Internet di diritto pubblico», núm. 6, 2000, <http://giust.it/articoli/protto_adplen1-2000.htm>.

II.b).3. *La Sentencia de la Corte Constitucional 292/2000 y su inmediata neutralización legislativa.*

A pesar de la decidida intención del legislador italiano de proseguir en la sustitución del criterio de reparto clásico, fundado en la distinta posición subjetiva atribuida al particular, por el criterio basado en la materia, dicha orientación se ha visto en fecha reciente seriamente obstaculizada como consecuencia de la *Sentencia de la Corte Constitucional de 17 de julio de 2000, núm. 292*, que ha declarado inconstitucionales, por exceso de delegación, todos los apartados —1, 2 y 3— del artículo 33 del Decreto 80/98, en la medida en que extendían la jurisdicción exclusiva del juez administrativo a toda la materia de servicios públicos. El razonamiento desarrollado por el Alto Tribunal se fundamenta en que el artículo 11.4 de la Ley de bases de 15 de marzo de 1997, núm. 59 —artículo delegante—, instaba al legislador delegado a extender los poderes del juez administrativo al pronunciamiento sobre el resarcimiento del daño ocasionado en las materias de servicios públicos, urbanismo y edificación, pero dentro del ámbito en el que dichas materias pertenecían ya al juez administrativo —bien a título de jurisdicción exclusiva o de legitimidad—, esto es, la ley de delegación no permitía incrementar los ámbitos de jurisdicción exclusiva del juez administrativo, sino sólo extender sus poderes al pronunciamiento sobre el resarcimiento del daño ocasionado por la Administración en tales materias, tal y como éstas quedaban configuradas antes de la Ley de bases (68).

La situación derivada de la sentencia apenas mencionada de la Corte Constitucional hubiera supuesto un verdadero retroceso en el camino emprendido si no se hubiera producido la inmediata intervención del legislador. Así, el artículo 7 de la recientemente aprobada Ley de 21 de julio de 2000, núm. 205, sobre *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, ha dado nueva redacción —con escasos aunque significativos cambios, como se verá— a los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 80/98, salvando con ello no sólo los efectos de la sentencia constitucional en relación con el exceso de delegación en la materia de los servicios públicos, sino las eventuales sentencias de inconstitucionalidad que, a buen seguro, hubieran sido emanadas en relación con las otras dos: urbanismo y edificación (69).

(68) En efecto, el artículo 11.4.g de la Ley 59/97 establecía la *extensión de la jurisdicción del juez administrativo a las controversias que tengan por objeto diritti patrimoniali conseguenziali, comprendidas las relativas al resarcimiento del daño, en materia edificatoria, urbanística y de servicios públicos, previendo asimismo un régimen procesal transitorio para los procedimientos pendientes.*

(69) La nueva Ley en materia de justicia administrativa contiene, además, una acotación final fruto de un acuerdo de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, por la que se trata de aminorar en lo posible las consecuencias que la Sentencia referida haya podido producir en orden a la jurisdicción del juez administrativo y con relación a las causas ya pendientes en el momento de su emanación. Así, establece la Comisión: *que por efecto de la citada decisión el juez administrativo debería declinar su jurisdicción en todas las controversias pendientes, de que haya sido investido en los ámbitos de jurisdicción exclusiva nuevamente introducidos por las normas declaradas inconstitucionales; que el nuevo texto*

En realidad, como ha podido observarse, el Decreto 80/98, al margen de la declaración de inconstitucionalidad de su artículo 33 —ciertamente sanada por la nueva ley en materia de justicia administrativa—, ha demostrado que la sustitución de criterios de distribución de competencias entre los diversos órdenes no resulta satisfactoria si el legislador no introduce un mínimo de certeza en la descripción de los sectores o materias remitidos. La insuficiencia del Decreto 80/98 en esta concreta labor ha determinado, como se ha visto, el despliegue de una apresurada y contradictoria tarea hermenéutica por parte de los dos órdenes jurisdiccionales implicados, tendente a la introducción de una mínima certeza en la determinación del juez natural en las materias que son objeto de la norma controvertida, pero que ha conducido a posturas jurisprudenciales por el momento irreconciliables (70). A dicha situación debe unirse la falta de adecuación entre la amplitud e intensidad de las situaciones que pueden derivar de las nuevas materias asignadas y la estructura del ya obsoleto proceso administrativo italiano con los poderes que el mismo otorga al juez, todo ello ante la pasiva mirada de un legislador que ha intervenido tardíamente. Los intentos de una jurisprudencia pretoria valiente de aplicar al proceso admi-

legal sobre disposiciones en materia de justicia administrativa introduce en el artículo 7 modificaciones al Decreto legislativo de 31 de marzo de 1998, núm. 80, dictando textos íntegramente sustitutivos de sus artículos 33, 34 y 35; que de ese modo los efectos negativos derivados de la citada sentencia de la Corte Constitucional vendrían a quedar fuertemente reducidos, dado que, según el más reciente pronunciamiento de las Secciones unidas de la Casación civil (Sentencia de 27 de julio de 1999, núm. 516), exigencias de economía procesal imponen la atribución de relevancia a la jurisdicción sobrevenida incluso a la luz del nuevo artículo 5 c.p.c.; considerando que, sin embargo, el texto del artículo 5 c.p.c., asumido en su tenor literal, podría al extremo autorizar una interpretación diversa, atribuyendo en cuestión de jurisdicción relevancia exclusiva a la situación, no sólo de hecho, sino también de derecho existente en el momento de la presentación de la demanda; que es oportuno evitar en esta materia incertezas y contrastes jurisprudenciales; presupuesto y considerado todo lo cual, encomienda al Gobierno la asunción de toda iniciativa oportuna que, a fin de evitar eventuales riesgos de un contraste jurisprudencial, conduzca a la emanación de normas interpretativas idóneas para cristalizar el principio de relevancia de la jurisdicción sobrevenida ya afirmado por el Derecho vigente. Por su parte, el artículo 5 c.p.c. establece que la jurisdicción y la competencia se determinan en atención a la ley vigente y a la situación de hecho existente en el momento de la presentación de la demanda, no teniendo relevancia respecto de aquéllas las sucesivas alteraciones de la ley o de la situación misma.

(70) Por lo demás, el propio Consejo de Estado en sede consultiva había ya advertido que las dificultades interpretativas de una asignación de competencias a través de la atribución de vastas áreas materiales no bien definidas implicaría dificultades aplicativas nada despreciables; pero lo que resulta ciertamente interesante es que el máximo órgano consultivo expresa ya el que cree ser un criterio técnicamente más sencillo y adecuado: la presencia o no de una Administración Pública en la controversia. El dictamen sobre el que luego sería Decreto legislativo 80/98 —Dictamen del Consejo de Estado, asamblea general, de 12 de marzo de 1998— señala expresamente que «se advierte, a través de esta referencia a las técnicas de determinación de las materias, cómo un criterio de reparto de la jurisdicción fundado sobre materias suscita problemas seguramente no más sencillos que los suscitados por el criterio fundado sobre las situaciones jurídicas subjetivas, mientras el criterio más simple parece ser el fundado en la presencia del sujeto público como parte de la controversia». Algunos autores se inclinan, sin embargo, por un criterio más próximo al español: jurisdicción ordinaria para las relaciones de Derecho privado, jurisdicción administrativa para las relaciones de Derecho público (cfr. F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, «Foro amministrativo», 1999, 11-12, págs. 2715-2716).

nistrativo algunos de los remedios de que goza el juez ordinario han encontrado finalmente eco en el legislador, que ha tratado nuevamente de paliar aquella inadecuación, como se verá, con la ulterior emanación de la ley sobre disposiciones en materia de justicia administrativa.

III. LA CUESTIÓN DE LA NO RESARCIBILIDAD CORRESPONDIENTE A LA LESIÓN DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS: LA SENTENCIA DE LA CASACIÓN CIVIL 500/1999 Y LA POSTERIOR RUPTURA LEGISLATIVA DE ESTE DOGMA

La problemática relativa a la posibilidad de resarcimiento del daño ocasionado por la Administración Pública ha recibido, hasta fechas relativamente recientes, un tratamiento unívoco por parte de la jurisprudencia administrativa italiana. En efecto, ha sido afirmación constante la defensa de que la condena al resarcimiento del daño sólo podía ser pronunciada cuando éste había sido infligido a una posición de derecho subjetivo, pero no cuando la situación eventualmente lesionada podía reconducirse a la de interés legítimo (71).

A ello ayudó notablemente, en un principio, la mera consideración *procesal* del interés legítimo, entendido como una posición subjetiva cuya lesión se resolvía —y agotaba— en una tutela anulatoria del acto administrativo lesivo. Tal concepción, que reputaba el interés legítimo como una posición subjetiva no enteramente autónoma e íntimamente ligada a la tutela del interés público protegido por la norma, pero no a un interés sustancial en sí mismo susceptible de tutela plena, ha llevado constantemente a la exclusión de un pronunciamiento resarcitorio en relación con los intereses legítimos (72). De este modo, el resarcimiento del daño sólo ha podido ser acordado en relación con posiciones de derecho subjetivo y, además, úni-

(71) La jurisprudencia es, en este campo, desbordante. Vid., *ex plurimis*, Sentencias de la Casación civil, secciones unidas, de 16 de enero de 1987, núm. 307; 5 de diciembre de 1987, núm. 9096; 21 de enero de 1988, núm. 435; 21 de enero de 1988, núm. 442; 5 de febrero de 1988, núm. 1202; 25 de marzo de 1988, núm. 2579; 29 de noviembre de 1988, núm. 6485; 13 de marzo de 1989, núm. 1254; 28 de abril de 1989, núm. 2033; 3 de julio de 1989, núm. 3183; 9 de noviembre de 1989, núm. 4708; 3 de febrero de 1998, núm. 1096. El razonamiento es siempre el mismo: el «daño injusto» al que se refiere el artículo 2043 del código civil italiano (en adelante, c.c.) sólo se produce cuando la posición lesionada es de derecho subjetivo. Los escasos cambios jurisprudenciales en esta materia no dejan de reforzar la misma posición; así, a partir de los años ochenta, la Corte de Casación, en los casos en los que se solicita el resarcimiento de una posición de interés legítimo, abandona el pronunciamiento clásico de inadmisión por defecto de jurisdicción y lo sustituye por el de desestimación en el fondo por ausencia de derecho subjetivo (cfr. B. DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, «Foro amministrativo», 1999, 10, pág. 2013).

(72) Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pág. 76. El debate sobre la resarcibilidad de los intereses legítimos ha sido intenso en Italia, sobre todo desde los años sesenta, y la bibliografía muy copiosa; de entre todas, pueden ser destacadas ahora dos contribuciones: AA.VV., *Atti del convegno nazionale sull'ammisibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, y M. NIGRO et alii, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, «Foro amministrativo», 1982, 9-10, págs. 1671 y ss.

camente por el juez ordinario. Ello ha supuesto, por tanto, que el resarcimiento también puede ser decidido en el caso de los llamados *derechos debilitados o extinguidos*, esto es, una vez que el juez administrativo hubiera anulado el acto ilegítimo que degradó el derecho a interés legítimo —y la sentencia que así lo dispusiera hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada—, aquél recuperaba su plenitud y era posible acudir al juez ordinario para la obtención de una tutela resarcitoria, con la carga que dicho peregrinaje implica para el afectado (73).

En verdad, el profundo debate científico que ha surgido como consecuencia de esta interpretación debe ser reconducido a una clara opción político-económica por parte del legislador italiano que, en la configuración originaria del sistema, sentó las bases para un cuantioso ahorro de recursos en relación con las actuaciones ilegales de la Administración Pública, fundamentalmente a través de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos, y que sólo la posterior emanación de la Constitución italiana vigente vino a reducir parcialmente, reconociendo en su artículo 24 igual dignidad y tutela a ambas posiciones subjetivas (74).

Diversas circunstancias han contribuido progresivamente a una flexibi-

(73) Así, el propietario privado de un bien por un acto ilegítimo de expropiación, una vez anulado éste por el juez administrativo, podía acudir al juez ordinario para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por dicha actuación ilegítima. El sistema ha resultado, de este modo, casi impracticable por gravoso; como ha señalado MERUSI, son «rarísimos» los supuestos en los que el afectado, después de años para la obtención de la tutela anulatoria, ha solicitado una segunda tutela que podía llegar en el arco de un decenio (F. MERUSI, «L'«ingustizia amministrativa» in Italia», en F. MERUSI y G. SANVITI, *L'«ingustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, pág. 25). Por el contrario —a modo de ejemplo para advertir lo paradójico del sistema—, «si una empresa de distribución comercial obtiene una licencia para la construcción de un supermercado y, una vez terminada la construcción, ve denegada con pretextos la autorización para la apertura del supermercado, cuando, después de años, alcance a obtener la autorización en ejecución de una sentencia del juez administrativo, nadie le resarcirá los daños, de por sí evidentes y fácilmente cuantificables, derivados de la forzosa inactividad ocasionada por el comportamiento ilegítimo de la Administración municipal» (*ibidem*), porque en tales casos la posición del particular es de mero interés legítimo. En un reciente comentario de prensa, un destacado profesor todavía se cuestionaba las razones de tal discriminación: «un peatón es embestido por un vehículo de la Policía, recibe un daño y tiene derecho a pedir al juez civil el resarcimiento del daño ocasionado. La misma persona solicita una licencia de comercio —cuando la misma era necesaria para ejercitar el comercio minorista—, si se le niega injustamente, sufre un daño pero no puede dirigirse al juez para obtener el resarcimiento. ¿Por qué este diferente tratamiento?» (G. CORSO, *Pubblica Amministrazione in ritirata?*, «CittadinoLex», <<http://www.cittadinolex.kataweb.it/CommentView/0,1527,1696163,00.html>>).

(74) F. MERUSI, «L'«ingustizia amministrativa» in Italia», en F. MERUSI y G. SANVITI, *op. cit.*, págs. 26 y 27. Por su parte, SATTA, después de negar carácter esencial a la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, afirma que «ha sido utilizada sólo para crear áreas de privilegio a favor de la Administración, eximiendo de responsabilidad vastísimos sectores de actividad de la Administración. La misma es, por lo demás, desconocida en el Derecho comunitario (para el cual rige la regla de que a poder corresponde responsabilidad) y, por tanto, en cuanto inútilmente limitativa de los derechos del ciudadano, incompatible con él» (F. SATTA, «Il Decreto legislativo n. 80 del 1998», contribución al encuentro de estudio organizado por las Asociaciones de Magistrados del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos el 5 de junio de 1998, Palazzo Spada, Roma, «Diritto & Diritti. Rivista Giuridica online», <<http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/satta/htm>>).

lización, exigua pero de notable trascendencia, del dogma de la no resarcibilidad de los intereses legítimos. En efecto, la paulatina caracterización de éstos como posiciones subjetivas de carácter *sustancial* equiparadas, por lo que a su tutela se refiere, al derecho subjetivo, así como la ineludible necesidad de adaptar el ordenamiento interno al Derecho comunitario, determinaron una cierta apertura de este rígido criterio.

Así, en primer lugar, la jurisprudencia ha pronunciado condenas al resarcimiento de los daños ocasionados a posiciones de interés legítimo, aunque calificándolas de derechos subjetivos; tal ha ocurrido con los llamados intereses legítimos *oppositivi*, como contrapuestos a los llamados intereses legítimos *pretensivi* (75). A partir de fines de los años setenta, la jurisprudencia comenzó a reconocer el resarcimiento de los daños ocasionados a situaciones de ventaja adquiridas gracias a ciertos actos administrativos, cuando éstos hubieran sido ulterior e ilegítimamente eliminados por la Administración a través de cualquier procedimiento de segundo grado. En tales casos —piénsese en el otorgamiento de una licencia y posterior revocación ilegal de la misma—, una vez anulado el acto anulatorio o revocatorio por el juez administrativo —bien por vicios de forma o contenido—, el juez ordinario reconocía, si era procedente, el resarcimiento del daño. Tales situaciones, reconducibles a los llamados intereses legítimos de oposición, han sido sin embargo calificadas por la jurisprudencia como derechos subjetivos *affievoliti*, con lo que la cuestión pendiente en adelante sería fundamentalmente la relativa a la resarcibilidad de la lesión producida a posiciones de interés legítimo de pretensión (76).

(75) Los intereses *oppositivi* son definidos como aquellos enderezados a impedir un acto ampliativo de la esfera jurídica de otros sujetos o a impedir un acto restrictivo de la propia esfera jurídica; los intereses *pretensivi* son aquellos que se tienen frente a la desestimación de un acto ampliativo de la propia esfera jurídica o restrictivo de la esfera jurídica de otros (S. CASSARINO, *Manuale di Diritto processuale amministrativo*, cit., págs. 128 y ss.).

(76) Cfr. E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, «Diritto processuale amministrativo», 2/1998, págs. 262 y ss. El autor pone de manifiesto cómo, en tales casos, se produce una discriminación entre la situación del sujeto que primero ve concedida la licencia y posteriormente la ve revocada o anulada —el cual puede obtener tutela resarcitoria— y aquel otro al que directamente le viene negada la licencia, el cual carece de dicha tutela pues, según la construcción clásica, es titular de un mero interés legítimo *pretensivo*. Con anterioridad a la implantación de esta línea jurisprudencial, el juez ordinario distinguía los que podrían llamarse *derechos perfectos debilitados*, susceptibles de tutela resarcitoria en caso de anulación del acto administrativo que los degradó —es el caso de un acto de expropiación ilegítimo—, y aquellas otras posiciones que derivaban de actos administrativos ampliativos de la esfera jurídica de los interesados. En estos últimos supuestos, en caso de anulación del acto que eliminase tal situación de ventaja —acto de revocación o anulación—, el particular no podía obtener tutela resarcitoria alguna, pues originariamente la posición de que era titular no podía adscribirse a la categoría del derecho subjetivo perfecto —es el caso de autorizaciones o licencias que ulteriormente eran revocadas o anuladas ilegítimamente por la Administración—. La explicación parecía convincente: si podía decirse que en esos casos la licencia o la autorización constituían a favor del sujeto verdaderos derechos subjetivos, lo cierto es que los mismos sólo recibían una tutela incondicionada frente a terceros, pero no frente a la Administración Pública, la cual podía siempre ejercitar sus potestades de autotutela decisoria, con lo que no quedaba más remedio que calificar la posición del particular frente a la Administración como de interés legítimo (cfr. R. GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., págs. 78-81).

En segundo lugar, como consecuencia de la adaptación al Derecho interno italiano de la *Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras*, el legislador italiano, al dictar la Ley de 19 de febrero de 1992, núm. 142, sobre disposiciones para el cumplimiento de obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas (Ley comunitaria para 1991), introdujo un artículo 13 en el cual, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 2.1.c de dicha Directiva (77), se establecía el derecho al resarcimiento del daño ocasionado por actos emanados en violación de las normas de Derecho comunitario o de sus normas de recepción, con independencia de cuál fuese la posición subjetiva lesionada, dado que al Derecho europeo es extraña tal distinción a los efectos de otorgar una tutela resarcitoria. No obstante, la jurisprudencia ordinaria ha tenido ocasión de oponerse a una interpretación extensiva del precepto, negando no sólo su ampliación a cualquier lesión de intereses legítimos, sino incluso a las lesiones ocasionadas en procedimientos de adjudicación de contratos de obras o suministros en los que no se alcanzara el llamado «umbral» comunitario (78).

La situación descrita, que se caracteriza por una tímida pero progresiva quiebra del dogma de la no resarcibilidad de la lesión producida a los intereses legítimos, no ha conducido, sin embargo, a una ruptura definitiva del mismo hasta la emanación del Decreto 80/98 y, sobre todo, hasta la reciente intervención de la Sentencia de la Corte de Casación (civil), secciones unidas, de 22 de julio de 1999, núm. 500. Por lo que hace al primero, cuya accidentada existencia ha sido ya expuesta en parte, su artículo 35.1 estableció originariamente que *el juez administrativo, en las controversias remitidas a su jurisdicción exclusiva, en el sentido de los artículos 33 y 34 —servicios públicos, urbanismo y edificación—, dispone, incluso a través de la reintegración en forma específica, el resarcimiento del daño injusto*. En el segundo apartado se establecía la posibilidad de resarcimiento por equivalente en los casos previstos en el apartado 1 (79), derogándose en su

(77) En dicho artículo se establecía que *los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios: [...] c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción*.

(78) Vid., entre otras, Sentencias de la Casación civil, secciones unidas, de 5 de marzo de 1993, núm. 2667, o 16 de diciembre de 1994, núm. 10800. Cfr. L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, «Diritto processuale amministrativo», 4/1998, págs. 804 y 805.

(79) El artículo 35.2 disponía que *en los casos previstos en el apartado 1, el juez administrativo puede establecer los criterios basándose en los cuales la Administración Pública o el gestor del servicio público deben proponer a favor del que tenga título el pago de una suma dentro de un plazo razonable. Si las partes no llegan a un acuerdo, con el recurso previsto en el artículo 27, apartado primero, núm. 4, del texto refundido aprobado con Real Decreto de 26 de junio de 1924, núm. 1054, puede ser solicitada la determinación de la suma debida. La primera de las dudas que se planteaban ante tal redacción —despejada con posterioridad, como se verá— era la de si la referencia a los «casos previstos en el apartado 1» debía entenderse realizada sólo a las materias de servicios públicos, urbanismo y edificación o, por*

apartado quinto el artículo 13 de la Ley de 19 de febrero de 1992, núm. 142, y cualquier otra disposición que prevea la devolución al juez ordinario de las controversias sobre el resarcimiento del daño consiguiente a la anulación de actos administrativos en las materias señaladas en el apartado 1.

El problema del alcance del artículo 35 del Decreto 80/98 ha quedado definitivamente solventado por la Ley de 21 de julio de 2000, núm. 205, sobre *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, que, en su artículo 7, ha dado nueva redacción a dicho precepto. Así, el primer apartado atribuye ahora al juez administrativo el poder de pronunciar sobre el resarcimiento del daño en todas las materias de jurisdicción exclusiva y no ya sólo en las de servicios públicos, urbanismo y edificación, lo cual permite extender el apartado segundo, relativo al resarcimiento por equivalente, a todas esas materias. En consonancia con esta ampliación, en el apartado quinto se ha suprimido el inciso final «en las materias señaladas en el apartado 1».

Pero la más trascendental de las dudas suscitadas inicialmente por el artículo 35 del Decreto 80/98 fue la relativa a si dicho precepto había consagrado definitivamente la posibilidad de pronunciar el resarcimiento del daño ocasionado a posiciones de interés legítimo. Los argumentos han sido, en tal sentido, diversos pero mayoritariamente orientados a una interpretación favorable a la resarcibilidad de dichas posiciones subjetivas. A igual conclusión llegó cierta jurisprudencia tras la emanación del Decreto 80/98 (80). La cuestión, sin embargo, no se reducía tanto a la determinación de si la posición de interés legítimo era susceptible de tutela resarcitoria, lo cual parecía derivarse no sólo de las exigencias del Derecho comunitario, sino del propio tenor literal de su apartado quinto —aunque,

el contrario, a todos los supuestos en los que el juez administrativo, dentro de su jurisdicción exclusiva, pudiera también pronunciarse sobre el resarcimiento del daño. Una interpretación literal de la norma, salvándola de eventuales dudas de inconstitucionalidad por exceso de delegación, parecía llevar a la primera solución. No obstante, la no extensión del artículo 35.2 a los demás casos de jurisdicción exclusiva parecía ponerse en contradicción, por injustificada, con los principios de tutela judicial efectiva e igualdad, así como con el propio apartado 4 de dicho artículo 35, que establecía que *el artículo 7, apartado tercero, de la Ley de 6 de diciembre de 1971, núm. 1034, es sustituido por el siguiente: «el tribunal administrativo regional, en las materias remitidas a su jurisdicción exclusiva, conoce también de todas las cuestiones relativas a derechos. Quedan reservadas a la autoridad judicial ordinaria las cuestiones prejudiciales relativas al estado y capacidad de los particulares, salvo que se trate de la capacidad de estar en juicio, y la resolución del incidente de falsedad»*, lo que implicaba la privación definitiva y con carácter general al juez ordinario del pronunciamiento sobre el resarcimiento del daño en todas las materias remitidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo (cfr. S. VENEZIANO, *op. cit.*; véase el epígrafe en el que se comenta el art. 35.2).

(80) Expresaron su opinión favorable a la resarcibilidad de la lesión de intereses legítimos, derivada del tenor literal del artículo 35 del Decreto 80/98, entre otros, L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, cit., págs. 817 y ss., y F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia amministrativa rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, «Diritto processuale amministrativo», 1999/3, pág. 620. En cuanto a la jurisprudencia, vid. Sentencia TAR Veneto, sección I, de 4 de mayo de 1999, núm. 542, reproducida y comentada por E. M. BARBIERI, *La reiterazione di vincoli preordinati all'espropriazione fra indennizzo e risarcimento: verso la risarcibilità degli interessi legittimi*, «Foro amministrativo», 1999-9, págs. 1839 y ss.

en este último caso, limitadamente a las materias remitidas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo por dicho Decreto—, sino a cuál sería la posición del juez ordinario en relación con tal cuestión, habida cuenta que, en las restantes materias que no eran objeto del Decreto 80/98, el juez administrativo seguía sin poder pronunciar el resarcimiento del daño ocasionado a tales posiciones subjetivas.

La respuesta llegó de la mano de la trascendental *Sentencia de la Corte de Casación (civil), secciones unidas, de 22 de julio de 1999, núm. 500* (81). El pronunciamiento reconoce que la clásica negativa a la resarcibilidad de los intereses legítimos se ha basado en dos circunstancias: la tradicional división jurisdiccional fundada en la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos —con los correspondientes poderes que la misma otorga a cada juez—, y la concepción según la cual la responsabilidad aquiliana contemplada en el artículo 2043 c.c. requería para su verificación que el daño fuera no sólo *non iure*, sino *contra ius*, esto es, ocasionado a un interés protegido por el ordenamiento que tuviera la consistencia del derecho subjetivo. Los postulados más importantes de la sentencia, en relación con esta cuestión, pueden resumirse en los siguientes:

a) En principio, es resarcible cualquier lesión producida a un interés jurídicamente relevante, con independencia de que sea adscribible a la categoría del derecho subjetivo o del interés legítimo, porque ése es el alcance que debe otorgarse a la expresión «daño injusto» a que hace referencia el artículo 2043 c.c. El Alto Tribunal confirma definitivamente la resarcibilidad de los llamados intereses de oposición, e introduce *ex novo* la tutela resarcitoria de los intereses legítimos de pretensión.

Si para que se considere injusto el daño en relación con los primeros debe concurrir *el sacrificio del interés a la conservación del bien o de la situación de ventaja consistente al ilegítimo ejercicio del poder* (82), la cuestión se presenta diversa en relación con los intereses de pretensión. Para que pueda existir daño injusto en relación con tales posiciones subjetivas, es preciso que el juez lleve a cabo un juicio de *prognosis* enderezado a advertir si la pretensión del ciudadano hubiera estado destinada, según criterios de normalidad, a obtener un éxito positivo. Ello conduce a dos conclusiones: en primer lugar, que la ilegitimidad que puede dar lugar a resarcimiento por lesión de intereses legítimos de pretensión podrá ser preferentemente una ilegitimidad de contenido, no de mera forma, que implique una contradicción con la normativa sectorial aplicable tal de haber supuesto la privación ilegal al sujeto de la utilidad o bien de la vida subya-

(81) Los comentarios a este pronunciamiento han sido numerosos. Vid., por todos, además de algunos de los ya citados, R. IANNOTTA, *Osservazione a Cass., sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500*, «Foro amministrativo», 1999-10, págs. 2004-2007; V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, «Foro amministrativo», 1999-10, págs. 2034 y ss.; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, «Diritto processuale amministrativo», 1/2000, págs. 1 y ss.; G. ROMEO, *La giurisdizione amministrativa tra presente e futuro*, «Diritto processuale amministrativo», 1/2000, págs. 121 y ss.

(82) Fundamento jurídico 9.º.

cente a su posición de interés legítimo (83). En segundo lugar, que la posibilidad de que el juicio de prognosis llevado a cabo por el juez llegue a una conclusión cierta sobre el éxito de la pretensión del ciudadano se ve reducida, si no eliminada, cuando se trata del ejercicio de potestades fuertemente discrecionales (84).

b) En segundo lugar, la Corte de Casación considera que, a los efectos de determinar el resarcimiento de posiciones de interés legítimo, ya no es necesario que el pronunciamiento sobre la ilegitimidad del acto por el juez administrativo siga siendo una cuestión prejudicial para el juez ordinario, esto es, si en el caso de acción de resarcimiento de posiciones de derecho subjetivo era imprescindible el previo pronunciamiento de anulación por parte del juez administrativo, pues sólo a través del mismo podía decirse repuesta la posición a su primitiva consistencia de derecho subjetivo, el reconocimiento de la resarcibilidad de los intereses legítimos ya no exige tal pronunciamiento previo, pues la Corte Suprema considera que la ilegitimidad de la acción administrativa se erige en uno de los elementos constitutivos del supuesto de hecho del artículo 2043 c.c., con lo que ella misma puede determinar la ilegitimidad del acto, procediendo a su inaplicación, como paso previo al otorgamiento de la tutela resarcitoria. Como puede advertirse, este criterio suponía institucionalizar la posibilidad de contrastes jurisprudenciales, que restaba gran parte de su operatividad al nuevo sistema diseñado por la sentencia.

No obstante, esta cuestión parece haber quedado solventada con la nueva redacción que el artículo 7 de la Ley 205/2000 ha dado al apartado cuarto del artículo 35 del Decreto 80/98, que, a partir de ahora, dispone que *la primera parte del apartado tercero del artículo 7 de la Ley de 6 de di-*

(83) En consecuencia, la denegación de una licencia o de cualquier otra pretensión del ciudadano frente a la Administración Pública, ilegítima porque emanada sin la concurrencia de un dictamen preceptivo, no es título suficiente para el resarcimiento, si la pretensión debiera haber sido en cualquier caso rechazada por razones de orden sustancial (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pág. 80). Algunos autores se han mostrado contrarios a este criterio; así, F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, cit., pág. 2714. Ello no significa que no existan intereses formales que incidan indirectamente en el interés sustancial al que aspira el sujeto. En tales casos, la Corte Suprema no niega el resarcimiento, pero advierte que para que proceda el mismo es preciso verificar si existe la relación entre dicho interés formal y el bien de la vida y si concurre un nexo de causalidad entre la lesión del interés legítimo y el daño. Sería el caso de que el retraso en la emanación de una licencia urbanística haya comportado la imposibilidad para el sujeto solicitante de conseguir la licencia misma a causa de un instrumento urbanístico adoptado *medio tempore*. En tales supuestos, además, el ordenamiento italiano ha previsto (art. 17.1.h de la Ley de 15 de marzo de 1997, núm. 59 —Bassanini I—), para los casos de incumplimiento del plazo del procedimiento, de ausencia o retraso en la adopción de la resolución, de tardía o incompleta realización de las obligaciones y de las prestaciones por parte de la Administración Pública, formas de indemnización automática a favor de los sujetos que hubieran instado la adopción de la resolución. Ello plantea la cuestión de la compatibilidad entre la adopción de esta medida de indemnización automática y el derecho al pleno resarcimiento de la posición sustantiva lesionada, reconocido por la Sentencia que comentamos (cfr. G. VIRGA, *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*, «Giustizia Amministrativa, Rivista Internet di diritto pubblico», <http://www.giust.it/articoli/virgag_sleepingjudge.htm>; apartado 6).

(84) Cfr. A. TRAVI, *ibidem*, pág. 81.

ciembre de 1971, núm. 1034, queda sustituido por el siguiente: «el tribunal administrativo regional, en el ámbito de su jurisdicción, conoce también de todas las cuestiones relativas al eventual resarcimiento del daño, incluso a través de la reintegración en forma específica, y a los restantes derechos patrimoniales consiguientes». La nueva redacción, de alcance verdaderamente revolucionario, eliminaría con la referencia al «ámbito de su jurisdicción» (tanto de legitimidad como exclusiva, por tanto) cualquier ulterior interferencia entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa en materia de resarcimiento del daño, correspondiendo siempre a esta última, en consecuencia, el pronunciamiento sobre el resarcimiento de las lesiones a los intereses legítimos. Sin embargo, cabría una interpretación diversa: dado que el artículo 7 de la nueva Ley no ha desmentido expresamente la doctrina de la Sentencia 500/1999, según la cual el pronunciamiento del juez ordinario sobre el resarcimiento del daño a los intereses legítimos es autónomo respecto del pronunciamiento de anulación del juez administrativo, podría entenderse que este último se pronunciará sobre tal resarcimiento sólo cuando le sea solicitada la anulación de un acto administrativo; cuando no sea así, la acción de resarcimiento debería ejercitarse ante el juez ordinario. Para ver cuál de las interpretaciones prevalece habrá de esperarse la intervención ulterior de la jurisprudencia.

c) Por último, al contrario que la doctrina tradicional en materia de resarcimiento de lesiones a derechos subjetivos, en las cuales no era precisa la averiguación de la concurrencia de dolo o culpa en la conducta de la Administración Pública, sino que dicho elemento subjetivo se entendía *in re ipsa* por el mero pronunciamiento de ilegitimidad del acto administrativo, el resarcimiento de los intereses legítimos requiere —según señala la Corte de Casación— la constatación efectiva de un elemento culpabilístico reconducible no a criterios individuales de negligencia o impericia del funcionario agente, sino a la violación de las reglas de *imparcialidad, corrección y buena administración en las cuales la función administrativa debe inspirarse* (85).

IV. LA LEY DE 21 DE JULIO DE 2000, NÚM. 205, SOBRE
DISPOSIZIONI IN MATERIA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA,
 COMO ÚLTIMO PASO EN EL PROCESO DE REORDENACIÓN DE ESTE SECTOR
 JURISDICCIONAL. OTROS ASPECTOS DESTACADOS DE LA REFORMA

Como consecuencia de la ya citada Sentencia de la Corte Constitucional de 17 de julio de 2000, núm. 292, y ante la urgente necesidad de salvar por vía legislativa la declaración de inconstitucionalidad que la misma había realizado del artículo 33 del Decreto 80/98, el legislador italiano ha acelerado recientemente los trámites parlamentarios conducentes a la emanación de una ley que, al tiempo, cristalizara toda la serie de reformas y nuevos planteamientos suscitados, tanto en sede normativa como

(85) Fundamento jurídico 11.º.

jurisprudencial y doctrinal, acerca de aspectos esenciales del proceso administrativo y de la tutela ofrecida por el juez de este orden frente a la actuación de las Administraciones Públicas. En efecto, tras más de un año en espera de su aprobación definitiva por la Cámara de Diputados (86), ha sido dictada la Ley de 21 de julio de 2000, núm. 205, sobre *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa* (87).

Dado el breve espacio de tiempo transcurrido desde su promulgación, el aparato bibliográfico generado en torno a esta norma es prácticamente inexistente. No obstante, puede decirse que se trata de una Ley breve —contiene 22 artículos— cuyo espectro regulador es heterogéneo, conteniendo desde normas relativas a la estructura del proceso administrativo y al desenvolvimiento de fases concretas del mismo, hasta otras sobre cuestiones tan dispares como los recursos contra el silencio administrativo, la ampliación de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, disposiciones sobre el personal de los órganos jurisdiccionales o las relativas a la cobertura financiera de sus actividades. Al margen de las innovaciones de esta Ley que se han ido exponiendo a lo largo de este trabajo, procede ahora dar cuenta, sin ánimo de exhaustividad, de los aspectos más destacados de la misma:

a) El artículo 2 introduce un nuevo artículo 21 *bis* en la Ley TAR por el que se regulan los *recursos contra el silencio de la Administración*. En virtud del mismo, los recursos contra el silencio deben ser decididos en sala dentro de los treinta días posteriores a la expiración del plazo para el depósito del recurso. En caso de ser estimado, el juez administrativo ordenará a la Administración que resuelva expresamente en un plazo no superior a treinta días. En el supuesto de que la Administración permanezca inerte más allá de dicho plazo, el juez, a instancia de parte, nombrará un comisario que emane una resolución en vía sustitutiva. Como puede comprobarse, se trata de una medida positiva destinada a acelerar los procesos que tengan por objeto comportamientos inertes de la Administración frente a su obligación de resolver los procedimientos.

b) En relación con las medidas cautelares, el artículo 3 introduce definitivamente en la Ley TAR una *cláusula general de medidas innominadas*, incluida expresamente la orden de pago de deudas. La adopción o denegación de la medida cautelar puede quedar sometida, asimismo, a la prestación de una caución, salvo que se trate de «intereses» esenciales de la persona, como el derecho a la salud, a un medio ambiente adecuado, así como otros bienes de relevancia constitucional primaria. Se prevé, asimismo, la posibilidad de solicitud y adopción de *medidas cautelares provisionales* antes de la discusión de la demanda cautelar, incluso en ausencia de

(86) El Proyecto de Ley núm. 2934, sobre *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, una vez aprobado por el pleno del Senado, fue remitido el 22 de abril de 1999 a la Cámara de Diputados para su aprobación definitiva.

(87) Publicada en la «Gazzetta Ufficiale», serie general núm. 173, del miércoles 26 de julio de 2000.

contradicción efectiva. Por otra parte, en sede de decisión de la demanda cautelar, el Tribunal, comprobada la complitud del contradictorio y de la instrucción y con audiencia de las partes, puede decidir el recurso en el fondo. Por último, en el caso de que la Administración no haya procedido a cumplir la medida cautelar concedida, la parte interesada puede solicitar al Tribunal la adopción de las medidas oportunas que, en su caso, se llevarán a cabo a través del *giudizio di ottemperanza* o de ejecución de la sentencia, pudiéndose llegar a la virtual sustitución de la Administración a través del nombramiento de un comisario *ad acta* (88). El impulso que con este precepto se ha otorgado a la tutela cautelar resulta evidente si tenemos en cuenta que el proceso administrativo italiano, como se ha visto, sólo reconocía expresamente hasta la fecha la posibilidad de suspensión del acto impugnado.

c) Para determinadas materias —entre ellas, los actos de autoridades administrativas independientes, resoluciones relativas a procedimientos de privatización de empresas públicas, resoluciones de nombramiento adoptadas previa deliberación del Consejo de Ministros o resoluciones de disolución de órganos de los entes locales—, el artículo 4, que introduce un nuevo artículo 23 *bis* en la Ley TAR, *reduce todos los plazos procesales a la mitad*, salvo el plazo para la presentación del recurso, que permanece en sesenta días.

Dentro de este extenso artículo se prevé igualmente que, en los juicios relativos al derecho de acceso a documentos administrativos, el recurrente pueda acudir personalmente sin necesidad de asistencia letrada y la Administración pueda estar representada por un agente, siempre que tenga la cualificación de *dirigente* y haya sido autorizado por el representante legal del ente (89).

d) El artículo 8, rebatiendo la posición ya analizada del Consejo de Estado — Auto del Consejo de Estado, asamblea plenaria, de 30 de marzo de 2000, núm. 1—, admite el empleo en los procesos administrativos en los que se debatan derechos subjetivos de naturaleza patrimonial de la *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* (art. 186 *bis* c.p.c.), la *istanza di ingiunzione* para el pago o consignación de créditos asistidos de prueba escrita (art. 186 *ter* c.p.c.), así como del procedimiento monitorio *di ingiunzione* regulado en los artículos 633 y ss. c.p.c. Por lo demás, todos estos remedios sumarios deben ser adoptados por órgano monocrático, con lo que desaparece la salvedad que, en este punto, realizó en su día el Consejo de Estado (90). Con ello se completa el marco para el otorgamien-

(88) Sobre el *giudizio di ottemperanza* y los poderes que el mismo otorga al juez de cara a la ejecución de las sentencias puede verse C. CHINCHILLA MARÍN, *La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: «Il giudizio di ottemperanza»*, «REDA», núm. 59, 1988, págs. 427 y ss.

(89) El derecho de acceso a los documentos administrativos se regula en el Capítulo V (arts. 22 a 28) de la Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, sobre *Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos*.

(90) Vid. nota 60.

to de una tutela sumaria plena en relación con los créditos de que sean titulares los ciudadanos frente a la Administración Pública, a lo que ha de añadirse la ampliación de los medios instructorios en sede de jurisdicción de legitimidad, permitiéndose a partir de ahora la práctica de la pericia (art. 16).

e) El artículo 9 prevé la *decisión simplificada* de los procesos en aquellos casos en los que el Tribunal advierta la manifiesta inadmisibilidad o falta de fundamento del recurso. En tales casos, la Ley habilita para decidir el juicio con sentencia sucintamente motivada. La motivación puede consistir en una sintética referencia a los hechos y fundamentos de Derecho, o bien en la remisión a un precedente.

Este precepto contiene, además, una norma especialmente relevante consistente en que en el caso de recursos que hayan sido *presentados hace más de diez años*, la oficina judicial procederá a dar aviso en virtud del cual corresponderá a las partes recurrentes renovar su intención de proseguir con el juicio en el plazo de seis meses desde la práctica de la notificación. De no renovar tal intención en dicho plazo el recurso se declarará perimido. Este precepto se encontraba ya presente en el proyecto de ley inicialmente aprobado y ha permanecido en la redacción definitiva a pesar de las críticas vertidas por algún autor (91).

f) Por último, la Ley contiene una serie de normas sobre cuestiones de personal y financieras en relación con la Jurisdicción administrativa. Así, el artículo 14 dispone a partir del 1 de enero de 2001 un aumento de tres presidentes de sección del Consejo de Estado, cuarenta consejeros de Estado y sesenta magistrados de TAR con la categoría de *referendari*; igualmente se aumenta en cuarenta unidades el personal administrativo del Consejo de Estado y de los TAR. Los fondos destinados a costear dicho incremento alcanzan los 16.600 millones de liras. Con estas medidas se pretende una aceleración de los tiempos procesales, siendo la escasez de personal una de las carencias más importantes de la estructura de la justicia administrativa italiana, tal y como ha sido expuesto al inicio de este trabajo, sobre todo teniendo en cuenta el considerable incremento de asuntos sobre los que deberá pronunciarse el juez de este orden tras las reformas operadas.

(91) En relación con la que la Ley denomina *perenzione dei ricorsi ultradecenal*i, vid. N. D'ALESSANDRO, *Una norma barbara*, «Giustizia Amministrativa, Rivista Internet di diritto pubblico», <http://www.giust.it/articoli/dalessandron_DDL.htm>.