

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR DAÑOS QUE AFECTAN A LOS «INTERESES LEGITIMOS» EN EL SISTEMA ITALIANO. ¿UN CAMBIO REVOLUCIONARIO? (*)

Por

ANTONELLA SALERNO y RODRIGO MORENO FUENTES (1)
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FACTORES QUE HAN INDUCIDO TRADICIONALMENTE A LA CORTE DI CASSAZIONE A EXCLUIR EL RESARCIMIENTO DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS: A) *El sistema de justicia administrativa en Italia*. B) *La responsabilidad extracontractual de la Administración*.—III. FACTORES QUE HAN LLEVADO A LA CASSAZIONE ITALIANA A MODIFICAR SU JURISPRUDENCIA Y AFIRMAR EL RESARCIMIENTO DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS: A) *La evolución jurisprudencial en la práctica: hacia una ampliación de las situaciones resarcibles*. B) *Las (tímidas) advertencias de la Corte Costituzionale*. C) *Las reformas legislativas parciales*.—IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA: A) *Antecedentes*. B) *La sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana num. 500/1999, de 22 de julio de 1999*: 1. Alegaciones del Comune de Fiesole. 2. Contenido de la sentencia: I) Fases enunciativa y destructiva. II) Fase reconstructiva: 1) Elaboración de los nuevos presupuestos sobre los que asentar el resarcimiento de daños por violación de intereses legítimos: a) La nueva interpretación del artículo 2043 c.c. b) La identificación de los intereses objeto de tutela. c) El ámbito de la resarcibilidad de los intereses legítimos. 2) Consecuencias del nuevo esquema propuesto por la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana: a) Consecuencias respecto a la Jurisdicción. b) Consecuencias respecto al fondo.—V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: A) *Introducción*. B) *Crítica respecto de la nueva interpretación del artículo 2043 c.c.* C) *Crítica respecto de la identificación de los intereses objeto de tutela*. D) *Crítica respecto de la determinación del ámbito de la resarcibilidad de los intereses legítimos*. E) *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad o imposibilidad de condenar al resarcimiento de daños a una Administración pública que ha violado los intereses legítimos de un ciudadano es uno de los problemas más controvertidos del Derecho administrativo italiano, y muestra bien a las claras el retraso comparado del ordenamiento público cisalpino en el proceso de la lucha contra las inmunidades del poder (2). Sobre esta cuestión se han enfrentado durante mucho tiempo jurisprudencia y doctrina: la primera, negando la reparación cuan-

(*) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Programa PB-97-0304, «Problemas del Derecho Administrativo ante el reto de la integración europea».

(1) Con independencia del carácter conjunto del presente trabajo, la redacción de los apartados I, II y III de este comentario corresponde a Antonella SALERNO, y la de los apartados IV y V, a Rodrigo MORENO FUENTES.

(2) Sobre este tema, es un clásico el estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979.

do una Administración viola un interés legítimo y admitiéndola solamente cuando se lesionara un derecho subjetivo (3); la segunda, afirmando la necesidad de modificar esta posición «petrificada» y «monolítica», que deja sin protección múltiples situaciones dignas de tutela, en las que el ciudadano, aunque no pueda ostentar un derecho subjetivo perfecto, es titular de una situación jurídica relevante que la actividad de la Administración ha violado, causándole un daño (4).

El principio jurisprudencial de la falta de indemnización de los intereses legítimos encuentra su explicación fundamentalmente en dos causas:

1) El peculiar sistema de justicia administrativa italiano, caracterizado por la coexistencia de dos jurisdicciones cuya competencia respectiva (con excepciones cada vez más numerosas e importantes) no se determina en función de la materia, sino de las situaciones jurídicas subjetivas invocadas por los demandantes: la ordinaria, para la tutela de los derechos subjetivos; la administrativa, para los intereses legítimos (5).

2) El sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración (que se rige por las normas de Derecho común) y, en particular, la interpretación constante de la jurisprudencia del concepto de «daño injusto», según la cual, en principio, sólo son reparables las lesiones de derechos subjetivos.

Estas dos circunstancias suponen (siempre) un auténtico calvario para el ciudadano que pretende la indemnización por actos administrativos ilícitos y lesivos: la necesidad de obtener una decisión firme del juez administrativo que declare la invalidez del acto de la Administración (que puede significar años de espera) y, sólo después, la posibilidad de dirigirse al juez civil para pedir el resarcimiento de daños cuando haya sido violado un derecho subjetivo o, como veremos después, un derecho «debilitado».

(3) Vid. la jurisprudencia más reciente de las Secciones Unidas de la Corte de Casación: de 20 de abril de 1994, núm. 3732 (*Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, 250); de 26 de abril de 1994, núm. 3963 (*Foro Italiano*, 1994, 2712); de 17 de mayo de 1996, núm. 5520 (*ivi*, 1996, I, 3736). Las decisiones más importantes sobre el tema están recogidas en la primera parte de la sentencia a la que aludiremos en este trabajo, la núm. 500 del 22 de julio de 1999.

(4) La expresión *giurisprudenza pietrificata* es de M. NIGRO, *Introduzione alla Tavola rotonda sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, «Foro Amministrativo», 1982, I, pág. 1671. De *giurisprudenza monolitica* habla, en cambio, F. BILE, *Relazione*, *ibidem*, pág. 1682.

(5) Por obvias razones de espacio, tenemos que prescindir en este lugar de intentar explicar las múltiples teorías construidas por la doctrina italiana en torno a los conceptos de «derecho subjetivo» e «interés legítimo». Baste una remisión, por todos, a M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, 4.ª ed., Bologna, Il Mulino, 1994, págs. 87 y ss.; y G. PALMA, «Le posizioni giuridiche soggettive dell'ordinamento italiano», en E. PICOZZA - G. PALMA - E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, en el vol. II de la obra colectiva dirigida por G. SANTANIELLO, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, CEDAM, 1999, págs. 73 y ss. En lengua española, existe una breve introducción en el párrafo referente a «Los derechos subjetivos del administrado», dentro del capítulo relativo a «La teoría del administrado y de sus situaciones jurídicas», del *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Madrid, Civitas, 1994, págs. 41 y ss.

En todas las demás situaciones, cuando haya sido violado un interés de tipo distinto, el ciudadano, hasta ahora, sólo podía dirigirse al juez administrativo para obtener la nulidad del acto ilegal de la Administración, pero la jurisprudencia le negaba la posibilidad de un resarcimiento, aunque hubiera sufrido un «daño injusto».

Frente a este desolador panorama, se acaba de producir un acontecimiento relevante: una sentencia de las Secciones Unidas (SS.UU.) de la Corte de Casación italiana (Corte di Cassazione, SS.UU., 22 luglio 1999, núm. 500 - Presidente: Zucconi Galli Fonseca; Ponente: Preden), llamada a decidir acerca de un conflicto de jurisdicción, admite por primera vez y con carácter general la posibilidad de que también la violación de intereses legítimos genere la responsabilidad aquiliana de la Administración y, por consiguiente, el resarcimiento del daño injusto (6). El supuesto que origina el caso, y del cual nos ocuparemos ampliamente en la segunda parte de este trabajo, aparece en realidad como un pretexto, la ocasión que permite a la Corte resolver una antigua deuda que tenía pendiente respecto a la plena protección de los ciudadanos frente a la Administración.

Si la historia es, efectivamente, como afirmaba VICO, un *sinfin* de «cursos y recursos», no es de extrañar, sino por el retraso con el que se produjo, el reconocimiento de la tutela resarcitoria también a situaciones no calificables *prima facie* como derechos subjetivos. Ya en la Francia de 1873, el *Tribunal des conflits* abre el camino —también por una cuestión de competencia entre autoridad administrativa y jueces ordinarios— al sistema de responsabilidad administrativa, con el famoso *arrêt Blanco*, una decisión «revolucionaria» en la historia del Derecho administrativo europeo (7).

Con esta sentencia, la Corte de Casación italiana avanza un paso importante, aunque en nuestra opinión todavía no suficiente, para equiparar el sistema de justicia administrativo italiano al resto de los países europeos y para intentar terminar con un sistema de inmunidad soberana de la Administración. Quedan muchos puntos oscuros para aclarar, como se verá en la parte final del presente trabajo, pero, sobre todo, se echa de menos, en la sentencia, el reconocimiento claro de la existencia, frente a la actividad ilegal de la Administración, de situaciones subjetivas del ciudadano que, por sí mismas, requieren una reparación, con independencia de su calificación como derechos subjetivos o intereses legítimos.

Quizás las grandes revoluciones se hacen también con pequeños pasos y, sin duda alguna, esta decisión sentará un precedente importante en la complicada historia de la justicia administrativa italiana, un «impulso histórico en la vía de la justicia sustancial y de la plenitud de la tutela del ciudadano ante la Administración pública» (8).

(6) La competencia para resolver los conflictos de jurisdicción, en el ordenamiento italiano, corresponde a las Secciones Unidas (pleno) de la Corte de Casación, según el artículo 41 del Código de procedimiento civil. Vid. nota 42.

(7) Vid. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*. Torino, Einaudi, 1989, págs. 3 y ss.

(8) A. ORSI BATTAGLINI y C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, «Diritto Pubblico», 2, 1999, págs. 487 y ss.

En el presente trabajo efectuaremos un breve análisis de esta sentencia. A este propósito, y para su mejor comprensión, será necesario referir previamente las razones que han inducido a la jurisprudencia a excluir durante tanto tiempo el resarcimiento de los daños por violación de intereses legítimos (II), a saber: el sistema de justicia administrativa italiano (A) y la interpretación del sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración (B). Analizaremos después los factores que han empujado a la *Corte di Cassazione* a reconsiderar su posición (III), centrándonos, sobre todo, en la ampliación sucesiva de las situaciones resarcibles realizada por la propia jurisprudencia (A); las (tímidas) advertencias de la *Corte Costituzionale* en relación a este problema (B); y, finalmente, el empuje (obligado y parcial) del legislador (C). Sólo entonces entraremos de lleno en la exégesis de esta resolución (IV), para culminar con algunas conclusiones críticas (V).

II. FACTORES QUE HAN INDUCIDO TRADICIONALMENTE A LA *CORTE DI CASSAZIONE* A EXCLUIR EL RESARCIMIENTO DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS

En esta sentencia, la *Cassazione* italiana, a través de una especie de *mea culpa*, expresa la necesidad de sentar las bases para una nueva interpretación del principio de la «irresarcibilidad de los intereses legítimos» (9). Examinando las causas que la han inducido a mantener firme este principio durante más de cien años, no obstante las fuertes críticas de la doctrina, destaca dos elementos, uno de carácter formal o procesal y el otro de carácter sustancial (10). El primero es dado por el peculiar sistema de justicia administrativa italiano, caracterizado por la presencia de dos jurisdicciones: una ordinaria, que se preocupa de proteger las violaciones de derechos subjetivos, y la otra administrativa competente para la protección de los intereses legítimos, sistema que examinaremos con detenimiento en el apartado siguiente (A). El segundo elemento es consecuencia de la interpretación tradicional que la jurisprudencia ha hecho de la responsabilidad extracontractual de la Administración y, en particular, del artículo 2043 del Código Civil que la regula (B).

(9) Aunque en castellano esta expresión pueda parecer un «barbarismo», en Italia, y la sentencia lo confirma, se habla constantemente del principio de la *irrisarcibilità degli interessi legittimi*.

(10) Es mucha la doctrina que ha tomado parte en el debate sobre este problema. Entre las intervenciones más recientes señalamos: AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi* (atti del XLIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione: Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1997), Milano, Giuffrè, 1998; A. ROMANO-TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, «Diritto Amministrativo», 1, 1997, 35 y ss., y E. FOLLIERI, «La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi, con riferimento al d.l.vo. 31 marzo 1998, n. 80», en E. PICOZZA - G. PALMA - E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive...*, cit., págs. 174 y ss.

A) *El sistema de justicia administrativa en Italia*

El sistema de justicia administrativa italiano es un sistema llamado «dualista» o «de justicia repartida», en el que el criterio competencial es el de las situaciones jurídicas subjetivas afectadas por el acto administrativo impugnado. El ciudadano agraviado por un acto ilegal de la Administración tendrá que dirigirse al juez ordinario o al juez administrativo, según el tipo de situación que se considere violada: derechos subjetivos, en el primer caso; intereses legítimos, en el segundo.

Este reparto tiene su origen en la Ley de 20 marzo 1865, núm. 2248, Sección E, que, dictada a raíz de la unificación política italiana, pretendía hacer otro tanto con el sistema del contencioso-administrativo. El legislador italiano, siguiendo el ejemplo belga, adoptó un sistema de jurisdicción única, atribuyendo al juez ordinario el conocimiento de «todas las causas por delitos y todas las materias en las que se haga cuestión de un derecho civil o político, aunque pueda resultar interesada la Administración pública, e incluso cuando se trate de actos dictados por el poder ejecutivo o la autoridad administrativa» (art. 2). Para los restantes «intereses no elevados a derechos» (11) o, según palabras de la misma Ley, para «todos los asuntos no comprendidos en el artículo precedente» (art. 3), solamente quedó el recurso jerárquico tradicional ante las autoridades administrativas. Al mismo tiempo, al juez ordinario llamado a decidir acerca de la violación de un derecho subjetivo por parte de la Administración, se le vedaba pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo y sólo podía «conocer de los efectos del acto (...) en relación con el objeto del juicio» (art. 4, ap. 1.^o). El acto administrativo que el juez ordinario había tenido que considerar en su decisión, aunque declarado ilegal, no podía ser revocado ni modificado más que «a través del correspondiente recurso a las autoridades administrativas, las cuales deberán conformarse a la decisión del juez ordinario» (art. 4, ap. 2.^o).

Este sistema, cuyas normas están en su mayor parte todavía vigentes, era el resultado de la concepción liberal de la época, que se preocupaba sobre todo de sustraer al creciente poder de la Administración algunos «derechos naturales», principalmente el derecho de propiedad y el de libertad, prefiriendo confiarlos a la tutela de la justicia ordinaria (12). No faltó quien puso de manifiesto el peligro de esta situación y los debates sobre el proyecto de esta Ley demuestran la tensión que se creó entre los parlamen-

(11) M. NIGRO, *La giustizia ...*, cit., 63.

(12) Vid. F. BENVENUTI, «Giustizia amministrativa», en *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, págs. 589 y ss., según el cual (...) la solución del problema de la tutela del ciudadano ante la Administración se fijó sobre una base convencional: a nivel, esto es, de algunos derechos elementales conocidos y definidos justamente como derechos en aquel determinado momento histórico, de modo que se impidiera que a aquel nivel pudieran confluír derechos y relaciones de otro género, que el transcurso de la historia, sin embargo, empujaba cada vez con mayor intensidad».

tarios al momento de su aprobación (13). La desprotección de las situaciones jurídicas menores, de los demás intereses distintos de los derechos subjetivos, era evidente y fueron muchas las voces que llevaron a la reforma del 1889 (14), con la que se creó una cuarta sección del Consejo de Estado (las otras tres eran consultivas) con competencia de carácter general para decidir los recursos de legalidad contra los actos administrativos que violasen intereses legítimos y, en algunos casos expresamente contemplados, también una competencia para pronunciarse sobre el fondo. Nació de este modo la jurisdicción administrativa como jurisdicción añadida a la defensa de los derechos subjetivos, atribuida a un órgano, el Consejo de Estado, cuya naturaleza jurisdiccional no era muy clara, y que se limitaba simplemente a anular el acto impugnado (15). En realidad, ni siquiera con esta reforma se consiguió dar protección jurídica a las situaciones subjetivas distintas de los derechos, ya que los intereses «de individuos o de entes morales jurídicos» (art. 24 de la Ley citada; ahora, art. 26 del texto único sobre el Consejo de Estado) no tenían el rango de verdaderas situaciones jurídicas capaces de hacer frente al interés público (que se identificaba con el interés de la Administración), sino que eran considerados como meros factores atributivos de legitimación procesal para recurrir (16).

(13) Entre los partidarios de la tesis vencedora, esto es, de la atribución al juez ordinario de la tutela de los derechos de los ciudadanos contra la Administración, es interesante recordar las palabras de G. MANCINI, quien, durante los debates parlamentarios, afirmó: «*Bien sea que la autoridad administrativa haya fracasado en su misión, o que no haya actuado con oportunidad y sabiduría (...) bien sea que haya —e incluso sin motivos— denegado a un ciudadano un permiso, una ventaja, un favor, que cualquier razón de prudencia y buena economía aconsejara concederle (...) ya sea que este ciudadano haya sido, por tanto, herido, e incluso gravemente, en sus propios intereses: ¿y qué? (...) ¿qué ha sufrido el ciudadano en todas las hipótesis antes citadas? ¿Simplemente una lesión de sus intereses? Pues bien: ¡que se resigne!*». La cita se encuentra en V. CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli Ed., 1994, págs. 355 y ss., y en M. NIGRO, *La giustizia...*, cit., pág. 60.

(14) Ley de 31 de marzo de 1889, núm. 5992, texto único de 2 de junio 1889, núm. 6166. La reforma fue propuesta por Crispi, que ya en los debates de la Ley de 1865, con el apoyo de Cordova y Rattazzi, criticó el sistema de jurisdicción única a la que daba lugar la Ley de 1865, propugnando el mantenimiento de un sistema de contencioso-administrativo mejorado. El peligro de dejar sin protección múltiples situaciones jurídicas subjetivas fue evidenciado también por Silvio Spaventa, que en su famoso discurso «Justicia en la Administración», pronunciado el 7 de mayo de 1880 en la sede de la Asociación constitucional de Bergamo, afirmó: «*En la Administración, la libertad es esencialmente el respeto del derecho y de la justicia; (...) no sólo los derechos relativos a bienes privados, sino todo derecho o interés que cada ciudadano tiene en la administración de los bienes comunes, ya sean morales, ya sean económicos, tiene que ser a cada uno garantizado con seguridad y con imparcialidad*». La cita se encuentra en E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, págs. 13 y ss. Sobre este punto, vid. también G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, «Giustizia amministrativa», en el vol. XX de la obra colectiva dirigida por G. SANTANIELLO, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1997, págs. 8 y ss.

(15) Sobre las dudas acerca de la naturaleza del Consejo de Estado y la voluntad de mantener su naturaleza indefinida, vid. M. NIGRO, *La Giustizia...*, cit., pág. 72.

(16) Esta situación es debida, sobre todo, a la orientación de la jurisprudencia del juez ordinario, que, inmediatamente, manifestó su reluctancia a controlar la legalidad de los actos administrativos, hasta el punto de considerar limitada su jurisdicción sólo a los casos en los que, de su sentencia, no pudiera derivarse ninguna interferencia en la activi-

La sucesivas reformas no cambiaron mucho el sistema de justicia administrativa tal y como fue definido por las Leyes de 1865 y de 1889. En 1907 se añadió una nueva sección del Consejo de Estado a la que se atribuyó competencia para juzgar también en el fondo de determinadas materias y se afirmó la naturaleza jurisdiccional de este órgano (17). En 1923 se eliminó la distinción de competencias entre las secciones del Consejo de Estado y se otorgó competencia exclusiva al juez administrativo en determinadas materias en las cuales la práctica había demostrado la dificultad en distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, como, por ejemplo, en el empleo público (18).

La Constitución italiana de 1948 tampoco modificó este sistema de justicia repartida y confirmó la existencia de dos jurisdicciones diferentes para la protección de los derechos y de los intereses (19). Así se desprende del artículo 113, según el cual «contro gli atti della pubblica amministrazione é sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa». A su vez, el artículo 103, ap. 1.º, atribuye al Consejo de Estado y a los otros órganos de justicia administrativa «giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi» (20). Por otro lado, se constitucionaliza la protección de los intereses legítimos, que adquieren naturaleza sustancial como verdaderas situaciones jurídicas subjetivas. El artículo 24, norma clave de todo el sistema, atribuye la posibilidad a todos los ciudadanos de actuar en juicio para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos, reconociendo así también al juez administrativo una verdadera función judicial y ya no como juez privilegiado de la Administración.

dad de la Administración; jurisprudencia que, incluso, ha negado durante mucho tiempo que pudiera existir tutela de un derecho subjetivo cuando la ley previera su posible eliminación o ablación como efecto de un acto de ejercicio de poderes públicos. Esta tendencia jurisprudencial restrictiva ha tenido consecuencias duraderas con la afirmación de las teorías de la *degradazione dei diritti* o, en tiempos más recientes, del *affievolimento dei diritti*, las cuales, considerando la imperatividad como la característica definitoria de los actos administrativos, llegan a la conclusión de la imposibilidad de hacer valer un derecho frente a un acto administrativo. A este respecto, vid. G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *op. cit.*, págs. 19 y ss., y V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 356.

(17) Ley de 7 de marzo de 1907, núm. 62.

(18) Decreto legislativo de 30 de diciembre de 1923, núm. 2840, incorporado después al texto único de 26 de junio de 1924, núm. 1054, todavía vigente hoy para el Consejo de Estado. Para más información, vid. M. NIGRO, *La Giustizia...*, cit., pág. 72, y G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

(19) Fue rechazada la propuesta de Calamandrei de abolir el dualismo de jurisdicciones, concentrando en el juez ordinario la tutela jurisdiccional contra las Administraciones públicas, y con iguales poderes a los que dispone en las controversias entre privados. Sobre esta cuestión, vid. M. NIGRO, *La Giustizia...*, cit., pág. 77.

(20) El artículo 125 de la Constitución italiana, segundo apartado, preveía la creación de órganos de justicia administrativa regionales de primer grado, que han sido establecidos por la Ley de 6 de diciembre de 1971, núm. 1034. Esta Ley instituye en cada región un Tribunal Administrativo Regional (TAR) como juez de primer grado, y transforma el Consejo de Estado en juez de segundo grado.

La situación de la justicia administrativa italiana no ha variado mucho desde entonces. Aparte algunas reformas parciales, no se ha llegado todavía a construir un sistema satisfactorio (21). Si es verdad, como hemos visto, que la letra de la Constitución republicana de 1948 ha introducido el principio de la igualdad de protección de las situaciones jurídicas subjetivas, en el sentido de garantizar a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos jueces y procedimientos verdaderos, este principio, en la práctica, no ha servido para garantizar una tutela efectiva al ciudadano cuyo interés haya sido vulnerado por un acto ilegal de la Administración. La mayoría de las veces, a la dificultad de distinguir cuándo se ha violado un derecho subjetivo y cuándo un interés legítimo se añade la dificultad de obtener un resarcimiento de daños cuando la Administración ha violado una posición distinta a la de un verdadero derecho subjetivo. La jurisprudencia, como veremos más adelante, ha tenido que efectuar una compleja elaboración de los conceptos de interés legítimo y de derecho subjetivo y modificar estos conceptos según el paso del tiempo y la evolución de las relaciones entre Administración y ciudadano.

Es muy improbable que las normas de justicia administrativa que el legislador de 1865 y de 1889 había establecido para defender los «derechos naturales» de aquella época frente al poder de la Administración puedan valer para la defensa de las situaciones subjetivas actuales, que no se pueden tajantemente dividir entre derechos subjetivos e intereses legítimos. La Administración ya no actúa sólo en posición de supremacía, sino que, en muchas ocasiones, entabla una relación de colaboración y de acuerdo con los destinatarios de su acción (22). Esta diferente posición de la Administración conlleva inevitablemente un cambio respecto a la situación jurídica del ciudadano en sus relaciones con la misma. Los intereses legítimos, concebidos como «los otros asuntos» por la Ley de 1865, se han transformado en posiciones jurídicamente relevantes, a las que el ordenamiento debe garantizar una protección similar a la de los derechos subjetivos.

(21) En las propuestas de la Comisión bicameral para las reformas institucionales (creada con la Ley constitucional de 24 de enero de 1997), que no han culminado con éxito, se contenía un ambicioso esquema de reforma de la jurisdicción administrativa. Los Tribunales Administrativos Regionales seguirían impartíendola en primera instancia. El Consejo de Estado perdería sus funciones jurisdiccionales en beneficio de unos nuevos Tribunales de justicia administrativa, conservando sólo sus competencias de carácter consultivo. Además, se atribuía al juez administrativo la jurisdicción exclusiva sobre una serie de materias sin distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos. Para más referencias sobre las propuestas de la *Commissione bicamerale per le riforme istituzionali*, vid. E. FOLLIERI, «La tutela risarcitoria degli interessi legittimi...», *cit.*, pág. 174 y ss.; F. G. SCOCA, «Le proposte della Commissione Bicamerale sulla Giustizia Amministrativa», en E. STICCHI DAMIANI (cur.), *Evoluzione della Giustizia Amministrativa*, Atti del Convegno. Lecce, 21-22 novembre 1997, Milano, Giuffrè, 1998, 225 y ss.

(22) Vid., por ejemplo, la Ley 241/1990, sobre procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos, que, en su artículo 11, expresamente admite la posibilidad para la Administración de concluir acuerdos con los interesados para determinar el contenido discrecional del acto final.

B) *La responsabilidad extracontractual de la Administración*

El segundo factor determinante de la hasta ahora imposibilidad de exigir reparación de los daños causados por la Administración a los intereses legítimos de los ciudadanos radicaba, como hemos ya anticipado, en el infundadamente restringido concepto de responsabilidad extracontractual mantenido a capa y espada por la jurisprudencia civil.

En Italia no existe una ley general que discipline la responsabilidad de la Administración pública, sino que ésta se rige por las normas de Derecho común, las mismas que regulan la responsabilidad de los sujetos privados (23). A la Administración se le aplica el principio general de la responsabilidad civil, *alterum non laedere*, contenido en el artículo 2043 del Código Civil de 1942, según el cual «cualquier hecho doloso o culposo que cause un daño injusto obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño».

Hasta ahora, la jurisprudencia, como se desprende también de la lectura de la sentencia que analizamos, venía considerando que tan sólo existe ese «daño injusto» a que se refiere el artículo 2043 del Código Civil, y por tanto sólo existe obligación de resarcir, cuando se cumplen dos circunstancias: que el daño es *non iure et contra ius*. *Non iure*, pues se exige que sea provocado por un hecho no justificado por el ordenamiento jurídico; y *contra ius*, pues únicamente se consideran relevantes las lesiones de derechos subjetivos, no de intereses legítimos. Esta interpretación, añadida al sistema de justicia administrativa que antes hemos someramente descrito, produce un mecanismo de tutela con muchas lagunas:

- Al considerar que la responsabilidad sólo se produce cuando se viola un derecho subjetivo, se atribuye la competencia exclusiva en materia de responsabilidad al juez ordinario, que, en el sistema italiano, es el único facultado para conocer de las violaciones de los derechos subjetivos. Por ello, como decíamos antes, el ciudadano está obligado a acudir primero al juez administrativo para que anule el acto ilegal de la Administración y, después, al juez civil para el resarcimiento de los daños cuando la situación que se pretende violada es de derecho subjetivo (24).
- Si la situación que se pretende violada por el acto ilegal de la Administración no es un derecho subjetivo (con las excepciones que luego veremos), sino un interés legítimo, al ciudadano no se le concede resarcimiento alguno de daños.

(23) En materia de responsabilidad, vid. M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1989, 1085 y ss.; F. SATTA, «Responsabilità della pubblica amministrazione», *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, págs. 1369 y ss., y D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Il Mulino, Bologna, 1994.

(24) Existen casos, determinados de forma tasativa, en los que el juez administrativo conoce también de la violación de derechos subjetivos. Sobre este punto, vid. A. M. SANDUCCI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene Editore, 1984, págs. 1322 y ss.

Esta interpretación jurisprudencial, en realidad, no encuentra ningún tipo de justificación en el Derecho positivo, ya que ni el artículo 28 de la Constitución italiana, que regula la responsabilidad civil de la Administración, parece excluir el resarcimiento de daños por violación de intereses legítimos, ni tampoco el artículo 2043 del Código Civil pretende que sólo se puedan resarcir las violaciones causadas a derechos subjetivos (25). Hay que tener en cuenta, además, que la Constitución italiana, en su artículo 24, se preocupa de asegurar paridad de protección entre los intereses legítimos y los derechos subjetivos, garantizando la posibilidad a todos los ciudadanos de poder actuar en defensa de sus situaciones jurídicas subjetivas (26).

Por esta razón, la doctrina viene afirmando, desde hace tiempo, que para una correcta interpretación del artículo 2043 debe centrarse la atención en el daño injustificado (*non iure*) sufrido por el sujeto en cualquier situación que el ordenamiento considera digna de protección, independientemente de si se trata de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (eliminando, por tanto, la exigencia de que sea *contra ius*) (27). Debe tratarse, en pocas palabras, de un interés sustancial, jurídicamente relevante, subyacente a una posición activa y de efectiva potencial ventaja para el particular. Es la situación concreta la que debemos contemplar para evaluar si ha habido un «daño injusto»: en presencia de actos vinculados de la Administración, cuando concurren los requisitos necesarios para que el sujeto pueda pretender el acto que le atribuiría una posición de ventaja y la Administración ilegalmente no se la concede, entonces habrá «daño injusto» y, por lo tanto, responsabilidad pública (28).

La importancia de la sentencia núm. 500/1999 reside justamente en el hecho de que la *Cassazione* admite, por vez primera, la posibilidad de resarcir también las situaciones subjetivas distintas de los derechos subjetivos que la actividad o la pasividad de la Administración hayan ilegalmente violado, produciendo un «daño injusto».

(25) El artículo 28 de la Constitución italiana afirma: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». La referencia de este artículo únicamente a los «derechos» no significa que excluya de la tutela resarcitoria las situaciones distintas a los derechos. Vid., en este sentido, L. MAZZAROLLI, G. PERICU *et al.* (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi Ed., 1993, y también, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, págs. 680 y ss.

(26) El artículo 24 de la Constitución italiana, similar al español del mismo número, establece: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

(27) Vid. L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birmani*, «Giornale di Diritto Amministrativo», 1999, 9, págs. 832 y ss.; y los *Atti della tavola rotonda sulla Responsabilità per lesione di interessi legittimi*, «Foro Amministrativo», 1982, I, 1671.

(28) Vid. L. MAZZAROLLI, *op. cit.*, págs. 1415 y ss. Esta doctrina cree que es muy distinto el caso cuando el acto de la Administración presente márgenes de discrecionalidad, ya que en estas hipótesis, aunque existan todos los presupuestos de hecho y de derecho para que la Administración diete el acto de ventaja, no es posible determinar *a priori* si este acto tenía o no que ser dictado sin sustituir a la Administración, actividad esta última que en el ordenamiento italiano no es posible ni siquiera para el juez administrativo.

III. FACTORES QUE HAN LLEVADO A LA CASSAZIONE ITALIANA A MODIFICAR SU JURISPRUDENCIA Y AFIRMAR EL RESARCIMIENTO DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS

Entre los factores que han llevado a la *Cassazione* a cambiar de opinión y afirmar la posibilidad de resarcir los daños causados por la violación de intereses legítimos (además de la oposición constante y radical de la doctrina científica, que desde siempre ha criticado esta jurisprudencia, denunciando la *injusticia que implicaba por la «sustancial inmunidad de la Administración»*, como recuerda el propio párrafo 2 de la sentencia) (29), la sentencia enumera:

- La misma jurisprudencia, que ha ido ampliando el área de las situaciones consideradas resarcibles, extendiendo la protección también a situaciones distintas de los derechos subjetivos que encerraban un interés sustancial relevante (A).
- Las (tímidas) advertencias de la *Corte Costituzionale* al legislador para que encontrara una solución al problema (B).
- Las intervenciones sectoriales del legislador dirigidas a extender la posibilidad del resarcimiento también a situaciones de interés legítimo y a atribuir al juez administrativo competencia exclusiva (incluso en materia de responsabilidad) en muchos sectores importantes (C).

A) *La evolución jurisprudencial en la práctica: hacia una ampliación de las situaciones resarcibles*

En realidad, hace ya tiempo que la jurisprudencia, ante la flagrante desprotección de muchas situaciones, ha tenido que modificar su tradicional posición negativa, ampliando el área de las situaciones consideradas resarcibles, de modo que, como se reconoce en la sentencia 500/1999, se ha producido «una progresiva erosión del carácter absoluto del principio que, en virtud del artículo 2043 del Código Civil, sólo pretende resarcible la violación de un derecho subjetivo» (párrafo núm. 4). Esta evolución, cuyos pasajes más significativos son descritos en la misma sentencia, se ha manifestado sobre todo en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados, donde la *Cassazione* ha extendido el área de las situaciones susceptibles de resarcimiento también a los derechos «relativos» (30). El paso siguiente ha sido el de «elevar a la dignidad de derechos subjetivos» (*ibidem*) diversas situaciones jurídicas que no tenían propiamente la consistencia

(29) Vid. nota 10.

(30) Es famoso el caso, calificado ya de «histórico», del jugador Meroni, que perdió la vida en un accidente de coche. El responsable del accidente fue reconocido culpable y condenado a resarcir al club futbolístico de Turín, al que el jugador pertenecía, los daños producidos por la pérdida de sus prestaciones atléticas. Vid. Sent. Cass. SS.UU. 26.1.1971, núm. 174. La referencia está tomada del libro de V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 672.

de tales. Así, para evocar algunos ejemplos citados en la sentencia que comentamos, se ha reconocido la posibilidad de resarcir el «derecho a la integridad del patrimonio», a la «libre autonomía contractual» (con respecto de la cual se ha reconocido, asimismo, la posibilidad de resarcir los daños causados por la «pérdida de oportunidad», entendida como probabilidad efectiva de conseguir un resultado útil); igualmente, se ha admitido la posibilidad de indemnizar las lesiones de legítimas expectativas de naturaleza patrimonial en el ámbito de las relaciones familiares y de la familia de hecho. En todas estas situaciones, la Corte de Casación confiesa que ha «disfrazado» de derecho subjetivo situaciones que no lo eran propiamente, ampliando *de facto* el área de situaciones resarcibles.

En el campo de las relaciones entre ciudadanos y la Administración, la jurisprudencia había considerado siempre hasta ahora que los derechos subjetivos del ciudadano se extinguen frente al ejercicio —legal o ilegal— de las potestades administrativas. El individuo cuyo interés se ve lesionado tiene únicamente la posibilidad de recurrir ante el juez administrativo para conseguir la declaración de ilegalidad del acto administrativo y su consiguiente nulidad. Después de la anulación del acto administrativo, el ciudadano recobra la titularidad de su originario derecho subjetivo, que había sido «debilitado» (*affievolito*) por la actuación administrativa, y puede, por tanto, acudir al juez ordinario para impetrar el resarcimiento de los daños. Esta compleja teoría de los «derechos debilitados», ideada justamente para ampliar el área de las situaciones resarcibles, ha permitido a la jurisprudencia condenar a la Administración al resarcimiento de daños por una expropiación ilegal, por la revocación contraria a Derecho de una concesión o de una autorización de comercio, etc. (31). Frente a estas situaciones jurídicas subjetivas, denominadas también intereses legítimos «opositivos», para referirse a la posición de quienes se *oponen* a la alteración de una situación de ventaja ya adquirida, la jurisprudencia reconoce desde hace tiempo la posibilidad de su resarcimiento mediante el mismo mecanismo de los derechos debilitados.

El problema se complica en presencia de los denominados intereses legítimos «pretensivos», esto es, las situaciones en las que el interés del sujeto se dirige a (*pretende*) la adquisición de un bien. La jurisprudencia hasta ahora ha rechazado constantemente la posibilidad de resarcir los daños cuando al sujeto interesado le haya sido ilegalmente denegado un acto por parte de la Administración. Piénsese, por ejemplo, en supuestos en que ilegalmente no se otorga una autorización para el ejercicio de una actividad comercial, una concesión o una licencia para construir en una zona edificable. En todos estos casos, el ciudadano puede obtener el bien o derecho perseguido sólo si la Administración dicta el acto atributivo correspondiente. Si la Administración, actuando contra la legalidad, no adopta el acto favorable, el juez administrativo italiano puede anular el acto negati-

(31) La sentencia que estamos comentando cita muchas sentencias de este tipo. Vid., en cualquier caso, E. FOLLIERI. «La tutela risarcitoria...», *cit.*, pág. 151, y V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, pág. 681.

vo ilegal, pero no puede sustituir a la Administración y adoptar directamente el acto que favorece al ciudadano (32).

Esta sentencia viene a hacer justicia justamente respecto a los intereses «pretensivos». Por fin, la *Cassazione* reconoce a estas situaciones naturaleza sustancial y permite su resarcimiento aunque no tengan la calificación de derechos subjetivos.

B) *Las (tímidas) advertencias de la Corte Costituzionale*

La Casación incluye, entre los factores que le han llevado a modificar su orientación respecto al problema del resarcimiento de los intereses legítimos, también «la perplejidad expresada varias veces por la Corte Constitucional en relación a la adecuación de la tradicional solución dada a este arduo problema (...)» (parágrafo 2 de la sentencia).

En realidad, la *Corte Costituzionale* italiana ha preferido no pronunciarse directamente sobre el tema y se ha limitado simplemente a enviar un débil mensaje al legislador sobre la importancia del fenómeno y la necesidad de regularlo cuanto antes, como se desprende de su doctrina en las dos únicas resoluciones al respecto: la sentencia 35/1980 y el auto 165/1998.

La sentencia 35/1980 se dicta para resolver una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 31 de la Ley urbanística núm. 1150 de 1942, en la parte en que no permite el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños frente a la Administración que haya ilegalmente negado, suspendido o revocado una licencia para edificar. El supuesto de hecho que juzgaba el Tribunal que suscitó la cuestión es muy representativo de la situación en materia de resarcimiento de los intereses legítimos y muestra bien a las claras las evidentes paradojas de este sistema kálfkiano. Se trata de una señora siciliana que lleva más de treinta y cinco años, desde 1948, intentando obtener del Ayuntamiento de Canicattí (Agrigento) un permiso de construcción. El municipio le deniega, sin embargo, ese permiso. El Consejo de Justicia Administrativa de la Región siciliana (el Tribunal Administrativo de primer grado de esta región) declara dos veces que la denegación del permiso es ilegal, pero el Ayuntamiento hace oídos sordos también al juicio de *ottemperanza* y al nombramiento de un *commisario ad acta* (33).

(32) Sobre el tema de la sustitución de la Administración por el juez en la ejecución de las sentencias, en España, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997 (primera edición de 1994), págs. 92 a 96, 101 a 107 y 161 a 187, y M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995.

(33) Muchas veces la Administración, aunque esté obligada, se niega a ejecutar las decisiones del juez administrativo con actitudes omisivas, obstruccionistas o elusivas que hacen inoperante el precedente juicio administrativo. El juicio de *ottemperanza* es un remedio para asegurar la efectividad de la decisión del juez administrativo y que permite al juez sustituir a la Administración incumplidora mediante el nombramiento de un *commisario ad acta* para realizar la actividad que aquella estaba obligada a cumplir. Sobre la efectividad de este remedio existen muchas dudas, como demuestra la sentencia 35/1980.

Finalmente, la pobre ciudadana, desesperada, decide presentar recurso al juez civil para pedirle al Ayuntamiento responsabilidad por daños. Este declara su falta de jurisdicción, por tratarse *simplemente* de intereses legítimos y no de derechos subjetivos. La señora interpone recurso a la *Corte d'Appello* de Palermo y ésta vuelve a declarar su defecto de jurisdicción, por tratarse de materia relativa a intereses legítimos, pero eleva la cuestión al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la Ley urbanística en relación a los artículos 42 de la Constitución italiana (que garantiza el derecho de propiedad), 24 y 113 (que garantizan la protección judicial de los derechos e intereses legítimos). El Tribunal Constitucional, pese a esta óptima oportunidad para pronunciarse y resolver, por fin, este problema, prefirió, sin embargo, no entrar en el fondo de la cuestión, limitándose a realizar unas poco comprometedoras afirmaciones:

«Son comprensibles las razones que han llevado al Tribunal de instancia, ante el deplorable comportamiento observado por una administración comunal, responsable de una serie de actos ilegales reiterados, con desprecio a las decisiones del juez administrativo y grave perjuicio de un propietario particular, a suscitar el arduo problema, tan discutido en la doctrina como en la jurisprudencia, de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas para el resarcimiento de los daños producidos a sujetos privados como consecuencia de actos administrativos ilegales, lesivos de situaciones de interés legítimo. Problema de indubitada gravedad y de particular actualidad en relación a las restricciones conexas a la moderna disciplina urbanística, que, también en opinión de este Tribunal, se impone ahora a la atención del legislador. Pero se trata de un problema complejo, que exige prudentes soluciones normativas, no sólo en la regulación de fondo, sino también en la ordenación de las competencias jurisdiccionales: problema de orden general que no puede, obviamente, ser resuelto por este Tribunal en un juicio sobre la constitucionalidad del artículo 31 de la Ley urbanística, en relación a la hipótesis de una denegación ilegal de una licencia de construcción.»

En la siguiente resolución, contenida en el auto 165/1998, que traía causa de un caso similar, el Tribunal prefirió remitirse a la sentencia 35/1980, inadmitiendo la cuestión de constitucionalidad suscitada.

Con estos ejemplos, resulta claro que el Tribunal Constitucional italia-

ya que cuando se quiera obligar efectivamente a la Administración a ejecutar la decisión del juez puede ser demasiado tarde. Y, en este caso, como se puede ver en esta sentencia, al pobre ciudadano ni siquiera le queda la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños. Sobre la ejecución de la sentencia administrativa en general y el juicio de *ottemperanza*, vid. L. MAZZAROLLI - G. PERICU, *Diritto amministrativo*, op. cit., págs. 1752 y ss.

no, aunque tuvo la posibilidad de dar una solución definitiva al problema, se ha limitado a emitir algunas consideraciones de carácter general sobre las dificultades derivadas de la tradicional interpretación en materia de resarcimiento de intereses legítimos y ha hecho una simple advertencia al legislador para que sea él quien decida cambiar el sistema.

C) *Las reformas legislativas parciales*

La *Cassazione* incluye, entre las razones que la han llevado a modificar su jurisprudencia, también «las intervenciones legislativas de signo contrario a la irresarcibilidad, culminadas en el Decreto legislativo núm. 80 de 1998, que, al efectuar una ingente redistribución de la competencia jurisdiccional entre juez ordinario y juez administrativo según el criterio de la jurisdicción exclusiva por materia, ha atribuido al juez administrativo jurisdicción exclusiva (comprendiendo, así pues, tanto las cuestiones relativas a los intereses legítimos cuanto a los derechos subjetivos) en sectores significativos, otorgándole el poder de condenar al resarcimiento del daño injusto, también mediante la reintegración en forma específica» (párrafo 2).

Vamos a enumerar, de forma muy esquemática, algunas de estas intervenciones del legislador:

- En primer lugar, y como ejemplo particularmente relevante, la Ley de 19 de febrero de 1992, núm. 142, que incorporó la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de obras y suministros. Su artículo 13 preveía la posibilidad de que los participantes en las licitaciones de estos contratos pudieran pedir el resarcimiento de los daños a la Administración adjudicante cuando hubieran sufrido una lesión por actos contrarios al Derecho comunitario (34). Es importante esta norma ya que, en el ordenamiento italiano, la posición del sujeto que participa en una licitación pública para intentar obtener la adjudicación de un contrato y es injustamente excluido se ha considerado tradicionalmente de interés legítimo. No obstante, esta ampliación del ámbito tutelado adolecía de dos limitaciones sustanciales. La primera, de carácter material: que sólo se protegían los intereses derivados de la aplicación de normas comunita-

(34) Por otro lado, el principio de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados a los ciudadanos como consecuencia de la falta de incorporación de directivas comunitarias, afirmado en la famosa sentencia *Francoovich* (Tribunal de Justicia 19.11.1991, c/6/90, c/9/90), ha llevado a una muy aguda doctrina a subrayar que la situación subjetiva lesionada por el incumplimiento de la obligación de incorporar una directiva no es, seguramente, un derecho subjetivo, por lo que sería necesario que el ordenamiento italiano ampliara el área de las situaciones resarcibles también a los intereses legítimos: vid. D. SORACE, «La responsabilità extracontrattuale pubblica: spunti comparatistici nella prospettiva della europeizzazione», en D. SORACE (dir.), *La responsabilità pubblica...*, cit., págs. 15 y ss.

rias, no los derivados de normas estrictamente nacionales (35). La segunda, de carácter procedimental pero que podía convertir en humo de paja la importancia de la reforma, era que el procedimiento para exigir responsabilidad y obtener el resarcimiento seguía siendo el tradicional, que, como ya hemos visto, deja mucho que desear desde la perspectiva de la *real* protección del ciudadano: la competencia correspondía al juez ordinario, el único facultado para condenar al resarcimiento de los daños (aparte las escasas excepciones que veremos a continuación), después de que el particular hubiera obtenido del juez administrativo una sentencia firme de condena de la Administración.

- El mismo principio y mecanismo resarcitorio, también para cumplir con las obligaciones dimanantes de las Directivas comunitarias, se extendió por la Ley de 19 de diciembre de 1992, núm. 489, a los contratos de los entes públicos suministradores de agua, energía, transportes y servicios de telecomunicaciones y por el Decreto legislativo de 17 de marzo de 1995, núm. 157, a los contratos públicos de servicios.
- Finalmente, el Decreto legislativo 80/1998, que deroga expresamente las regulaciones sectoriales en materia de contratos públicos antes citadas, ha atribuido al juez administrativo competencia exclusiva (tanto para las cuestiones relativas a los derechos subjetivos como para las atinentes a los intereses legítimos) y el poder para condenar al resarcimiento del daño injusto, en numerosos sectores significativos. Es una norma importante porque atribuye a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo todas las controversias en materia de servicios públicos, incluidos los relativos al crédito, a la vigilancia en materia de seguros, al mercado mobiliario, al servicio farmacéutico, transportes y telecomunicaciones y en materia urbanística (arts. 33 y 34). En todos estos sectores el juez administrativo, además de importantes poderes decisorios e instructorios, podrá condenar, «incluso a través de la reintegración en forma específica, al resarcimiento del daño injusto» (art. 35).

Estamos en presencia de otra «pequeña revolución» en el Derecho administrativo italiano, ya que el juez administrativo está autorizado, por primera vez y en materias tan importantes, a condenar a la Administración a un *facere* específico, no limitándose solamente a anular el acto ilegal como había hecho hasta ahora (36).

(35) El artículo 32.3 de la Ley de 11 de febrero de 1994, núm. 109, pareció querer extender la misma responsabilidad también a la violación de los intereses legítimos derivados de las disposiciones nacionales en materia de contratos públicos; pero esa previsión fue suspendida menos de tres meses después de su aprobación por el Decreto-Ley de 31 de mayo de 1994, núm. 331, y luego sustituida por el artículo 9 bis de la Ley de 2 de junio de 1995, núm. 216, que ya olvidó definitivamente las «veleidades» de la Ley de 11 de febrero de 1994.

(36) Vid. W. PELINO - A. BARTONE, *La risarcibilità degli interessi legittimi alla luce delle novità introdotte dal DLGS 80/98*. «Riv. Amministrativa della Repubblica Italiana», 1998,

De cuanto se ha dicho se desprende que la equivalencia jurisprudencial entre daño injusto *ex* artículo 2043 del Código Civil y derecho subjetivo y el peculiar sistema de justicia administrativa italiana han creado un mecanismo de responsabilidad de la Administración muy limitado. Una limitación que se contradice con la nueva posición de la Administración, con la proliferación de sus centros de interés y su actuación como sujeto *iure privatorum* (37). Continuar considerando inmune a la Administración en sus relaciones con los ciudadanos en virtud del antiguo axioma propio del Estado absolutista, *the King can do not wrong*, implica un obstáculo para la plena efectividad del artículo 24 (38) de la Constitución italiana y del mismo artículo 2043 del Código Civil.

Con la sentencia que estamos analizando, la Corte de Casación italiana destruye «el último residuo de inmunidad soberana todavía escondido detrás del baluarte de la especial responsabilidad de la Administración en relación a la responsabilidad de los demás sujetos del ordenamiento» (39). Esta decisión, ya calificada por la doctrina como «evento sísmico» y «sentencia revolucionaria» (40), tiene el mérito de haber destruido un edificio de más de cien años de antigüedad que ya no tenía cimientos sólidos para continuar en pie. El problema radica ahora en construir un nuevo sistema que garantice efectivamente la posibilidad de un resarcimiento independientemente de la naturaleza de la situación jurídica violada, por el solo hecho de que la actividad ilegal de la Administración haya producido un «daño injusto».

IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) Antecedentes

Los antecedentes de la sentencia se retrotraen al año 1964, momento en el que el Ayuntamiento de la ciudad italiana de Fiesole firma un convenio con un particular, el señor Giorgio Vitali, acerca de unas fincas propiedad de este último. Dicho acuerdo es incumplido al aprobar el citado mu-

12, págs. 1037 y ss. Vid. también E. FOLLIERI, «La tutela risarcitoria degli interessi legittimi...», *cit.*, págs. 177 y ss.

(37) M. NIGRO, en *Introduzione agli Atti della tavola rotonda sulla responsabilità...*, *cit.*, págs. 1671 y ss., afirma que la limitación de la responsabilidad administrativa ya no tiene sentido desde el momento en que la Administración ha comenzado a pluralizarse: «é scesa dal suo elevato scanno, spesso si é fatta addirittura impresa, in genere si é avvicinata al cittadino tecnicizzandosi e umanizzandosi».

(38) Cuyo primer párrafo, ya mencionado anteriormente, garantiza literalmente que «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

(39) L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi...*, *cit.*, pág. 843.

(40) De «evento sísmico» hablan A. ORSI BATTAGLINI y C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione...*, *cit.*, págs. 487 y ss.; de «sentencia revolucionaria» habla P. BALDUCCI, *Una sentenza rivoluzionaria*, «<http://www.repubblica.it/cittadino.lex/>», 28/10/99, págs. 1 y ss. Vid. también G. CORSO, *Pubblica amministrazione in ritirata?*, «<http://www.repubblica.it/cittadino.lex/>», 28/10/99, págs. 1 y ss.

nicipio, en 1971, el Plan Regulador General sin incluir los terrenos de aquél entre los destinados a la edificación. El mismo consejo de gobierno de la citada ciudad italiana procede después, en el año 1984, a modificar dicho Plan, en modo que impida con carácter general la realización misma de convenios del tipo descrito (41).

El propietario de los terrenos acude entonces al Consejo de Estado reclamando la anulación del Plan, el cual, en decisión de 22 de enero de 1990, le da la razón, basando dicha anulación en un defecto de motivación, ante la ausencia de mención de las razones que habían inducido a la administración municipal a desatender el acuerdo alcanzado con el señor Vitali. El Ayuntamiento de Fiesole procede entonces, con fecha de 20 de marzo de 1990, a aprobar de nuevo el Plan, modificando la parte a la que se refería la decisión del Consejo de Estado. Conforme a la misma, la nueva reglamentación contempla una específica motivación acerca de la falta de inclusión del área de propiedad del recurrente en el Plan Regulador, «en cuanto ésta se encontraba destinada a un uso agrícola».

Lejos de desanimarse, el señor Vitali insta al Consejo de Estado, en sede de juicio de *ottemperanza* de la decisión de 22 de enero de 1990, la ejecución de la misma, pero obtiene de éste una resolución contraria a sus intereses (decisión 800/1995). Se desestima su recurso con el argumento principal de que la anulación del primitivo Plan, operada por la sentencia de la que se solicita la ejecución, no impide a la Administración la reproducción del acto desprovisto ya del vicio que había originado su invalidez; en este caso, la ausencia de motivación mencionada.

El origen de la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación objeto del presente comentario se encuentra en la pretensión del particular, una vez agotada la vía ante el juez administrativo, de ver indemnizados los daños que le ocasionó la falta de inclusión de los terrenos de su propiedad en el Plan Regulador General. Tal pretensión se apoyaba en la decisión del Consejo de Estado de 22 de enero de 1990 de anular dicho instrumento regulador precisamente por la ausencia de motivación sobre el incumplimiento del convenio que el señor Vitali y el Municipio de Fiesole habían suscrito.

En este sentido, el particular acude ante el Tribunal de Florencia (juez ordinario) y, con fecha de 1 de abril de 1996, solicita el resarcimiento de los daños ocasionados en su patrimonio por la ilegalidad del acto administrativo en examen; en concreto, por los perjuicios por él soportados desde 1971, momento de la aprobación del Plan, hasta 1984, año en el que acuerdos del tipo mencionado dejan de ser admitidos en el mismo instrumento de ordenación. La Administración municipal estima, sin embargo, que en el Tribunal de Florencia concurre, en cuanto juez ordinario, un defecto de jurisdicción, y en el curso del proceso solicita el planteamiento de la co-

(41) Sobre la celebración por parte de la Administración de convenios con los particulares en el ejercicio de sus potestades, y sobre todos los problemas que se presentan en este controvertido tema, ver, con amplias referencias al ordenamiento italiano, A. HUERGO, *Los convenios sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998.

respondiente cuestión para que sobre la misma se pronuncien las Secciones Unidas de la Corte de Casación (42). El contenido de la decisión sobre este asunto por parte del órgano de la jurisdicción constituye el objeto de nuestro comentario en las líneas que siguen.

B) *La sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana núm. 500/1999, de 22 de julio de 1999*

1. *Alegaciones del Comune de Fiesole.*

La representación procesal del Ayuntamiento de Fiesole sostiene el defecto absoluto de jurisdicción del Tribunal de Florencia encargado de juzgar el caso. Alega en este sentido que, «según una consolidada jurisprudencia, el particular que aspire a la realización de iniciativas urbanísticas es titular frente a la Administración de una posición de mero interés legítimo, y no de derecho subjetivo». La posición de interés legítimo se consolida desde el momento en que el particular se encuentra frente al ejercicio de potestades administrativas, como lo es, en el caso en examen, la de disciplina de ordenación del territorio.

Alega también que «tal posición no cambia ni siquiera después de la realización de un convenio con la Administración municipal, ya que dicho acuerdo no determina el nacimiento de un derecho subjetivo frente a la misma». Así pues, el *Comune* de Fiesole mantiene la potestad de cambiar la disciplina de ordenación del territorio y, por lo tanto, de eliminar las posibilidades de edificación previstas en el acuerdo alcanzado con el titular de los terrenos. Por lo cual, concluye, «aun después del convenio suscrito, la iniciativa del particular a edificar (la cual, en todo caso, hubiera necesitado de la obtención de la correspondiente licencia) sigue teniendo la configuración de un interés legítimo, de modo que el eventual ejercicio ilegítimo de la potestad de planificación del territorio por parte de la Administración nunca podría ser denunciado frente al juez ordinario, competente

(42) El órgano competente para dirimir los conflictos que se planteen entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción administrativa o «especial», conforme a la Ley de 31 de marzo de 1877, núm. 3761, y al Código de Procedimiento Civil, son las Secciones Unidas de la Corte de Casación. Estas poseen dos instrumentos para resolver las cuestiones sobre la jurisdicción: en primer lugar, el llamado «reglamento preventivo de jurisdicción» (*regolamento preventivo di giurisdizione*) y, en segundo lugar, el «recurso por casación» (*ricorso per cassazione*). La controversia planteada en este caso corresponde al primero de los instrumentos, el cual se refiere, según la doctrina italiana, a conflictos «virtuales», en cuanto a que todavía ningún juez se ha pronunciado sobre la jurisdicción, salvo el que conoce del caso, de modo que no puede hablarse en realidad de un verdadero conflicto. El «reglamento preventivo de jurisdicción» puede plantearse hasta el momento en que se haya decidido sobre el fondo en primera instancia, y está previsto, según el artículo 41 del Código de Procedimiento Civil, frente al juez ordinario. Sobre la posibilidad de su planteamiento también ante el juez administrativo, la Ley de 6 de diciembre de 1971, núm. 1034, que instituye los Tribunales Administrativos Regionales, permite en su artículo 30 tal posibilidad frente a los mismos. Vid. S. CASSARINO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè Ed., Milano, 1990, págs. 39 y ss., y 390 y ss.

para decidir sobre cuestiones referidas a derechos subjetivos, sino frente al juez administrativo».

Por último, y respecto a la anulación del Plan General Regulador por el Consejo de Estado en su decisión de 22 de enero de 1990, estima la Administración municipal que la anulación de un acto administrativo, denunciado por el particular como lesivo de un interés legítimo, «tampoco es idóneo para cambiar la calificación de la posición del particular frente a la potestad de la que el acto es expresión, la cual, siendo en origen de interés legítimo, se mantiene como tal».

Como conclusión de las alegaciones del *Comune* de Fiesole, el mismo afirma que «teniendo naturaleza indiscutible de interés legítimo la posición jurídica subjetiva que fundamenta la pretensión del particular de ver indemnizados los daños ocasionados por el acto administrativo ilegítimo, y siendo constante e invariable jurisprudencia de las SS.UU. de la Corte de Casación desde su origen la exclusión de cualquier resarcimiento referido a dicha situación subjetiva, debe negarse la subsistencia de una posición tutelada por el ordenamiento, en modo que sea declarado el defecto absoluto de jurisdicción por inadmisibilidad de la demanda» (43).

2. *Contenido de la sentencia.*

La decisión del Tribunal de la jurisdicción llama la atención al menos desde dos puntos de vista. En primer lugar, por la razón obvia de constituir un cambio radical y sorprendente de una línea jurisprudencial ya secular, variando completamente los presupuestos sobre los que se asentaba la solución judicial al problema del resarcimiento de los intereses legítimos. En segundo lugar, dicha voluntad de cambio se hace explícita en el modo mismo de estructurar la sentencia, en tanto que sólo el primero de los trece párrafos numerados por la que se articula hace referencia directa al supuesto en examen (con exclusión del último, donde se contiene el fallo), dedicándose el resto a analizar la doctrina jurisprudencial y científica sobre el tema concreto del resarcimiento de los intereses legítimos y a enunciar una nueva posición, de carácter general, conforme a la cual la pretensión del recurrente es admitida.

Ello permite deducir que, lejos de ser una oscilación en la línea jurisprudencial mencionada, la presente decisión nace con la intención principal de cancelar todo el sistema anterior y sustituirlo por uno de nueva planta. Para cumplir dicho objetivo, la motivación de la suprema Corte sigue de modo implícito un esquema en el cual es posible advertir el desarrollo de distintas fases:

En primer lugar, una fase inicial, a la que llamaremos «enunciativa», en la que se exponen los fundamentos en los que se basa la presunta irresarcibilidad de los intereses legítimos y se identifica el núcleo del problema.

(43) Todas las comillas corresponden al párrafo 1 de la sentencia.

En segundo lugar, una fase, a la que llamaremos «destructiva», en la que se procede a la crítica del planteamiento tradicional y se identifican los elementos en los que ha de basarse la nueva formulación de la materia.

Por último, una tercera fase, a la que llamaremos «reconstructiva», en la que se reelabora todo el sistema y se exponen las consecuencias del nuevo planteamiento.

D) *Fases enunciativa y destructiva.*

La Corte de Casación admite todas las alegaciones presentadas por el *Comune* de Fiesole y se centra de modo completo en la última de las razones expuestas por éste para fundamentar el defecto absoluto de jurisdicción del Tribunal de Florencia, esto es, la exclusión por parte de la misma Corte, a través de una jurisprudencia inmutable y asentadísima, del resarcimiento de daños por violación de intereses legítimos.

Lo primero que hace la sentencia es enunciar en sus adecuados términos el problema que se presenta, esto es,

«el problema de la configuración de la responsabilidad civil de la Administración, conforme al artículo 2043 del c.c., por el resarcimiento de daños producidos a sujetos privados, derivados de la emanación de actos o de "medidas" administrativas ilegítimas, lesivas de situaciones de interés legítimo» (44).

La solución dada a este problema por la jurisprudencia de las Secciones Unidas de la Casación, como hemos mencionado en la primera parte de este comentario, ha sido invariablemente la de negar la posibilidad del resarcimiento en estos casos.

En este sentido, dice el juez de la jurisdicción, el verdadero obstáculo al resarcimiento lo constituye una razón de tipo sustantivo: la tradicional lectura que se hace del artículo 2043, y que identifica el daño injusto con la lesión del derecho subjetivo.

Una vez enunciado el problema, e identificado el verdadero obstáculo a la admisión del resarcimiento en la interpretación que hace la jurisprudencia del artículo 2043 c.c. (45), el órgano de la jurisdicción se plantea la necesidad de cambiar la orientación de su línea de decisión. Las razones que da para tomar tal resolución son cuatro: la tendencia progresiva de la misma línea jurisprudencial criticada a ampliar su campo de acción (a); la evolución legislativa que culmina en el Decreto legislativo 80/1998, y que incide sobre la distribución de materias entre el juez ordinario y adminis-

(44) «Il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo» (parágrafo 2).

(45) Jurisprudencia que la misma Corte reconoce como «monolítica» y «petrificada».

trativo, atribuyendo a ambos un significativo aumento de sus posibilidades de intervención en dichos ámbitos (b); la «perplejidad» de la Corte Constitucional acerca de la solución dada al problema (c); y la crítica casi unánime de la doctrina a la interpretación tradicional del 2043 c.c. como fundamento de la irresarcibilidad, y a la inmunidad que de ello se deriva para la Administración (d).

De este modo, la sentencia dedica buena parte de su contenido a recapitular todos los avances producidos en la materia, siguiendo el esquema expuesto. Sólo mencionaremos las consideraciones que hace sobre el último punto, ya que le sirve de base para desarrollar su nueva posición.

La postura tradicional configura la responsabilidad aquiliana de la Administración, desde la aprobación del Código Civil, como sanción de un ilícito. Dicha posición se forma con el concurso de dos elementos. Por un lado, el que afirma que el artículo 2043 c.c.

«prevé la obligación del resarcimiento como sanción de una conducta que se califica como ilícita, sea porque en ella concurre la culpa del autor del daño, sea porque lesiona una posición jurídica de la víctima tutelada erga omnes por otra norma primaria» (par. 8)

y, por otro lado, el que se contiene en la aseveración de que

«la injusticia mencionada en el artículo 2043 c.c. está mal referida al daño, debiendo sin embargo ser considerada como un atributo de la conducta, e identificada con la ilicitud» (par. 8).

Dicha interpretación, según revela la Corte de Casación, y siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, es parcial, en tanto que hace derivar del precepto afirmaciones que no emergen de su tenor literal. Pueden así censurarse la limitación del ámbito del artículo a los derechos subjetivos (y todavía más su limitación a los derechos subjetivos absolutos, como quiere la interpretación más restrictiva) y, aún más, la conexión de la «injusticia» del daño no a éste, sino a la conducta del que lo causa, cuando el texto de la norma no deja lugar a dudas (se habla de «daño injusto»). Concluye así el Alto Tribunal que

«no puede negarse que en la disposición en examen resulta clara la posición central del daño, del cual viene previsto el resarcimiento cuando sea “injusto”, mientras la culpabilidad de la conducta (en cuanto concorra culpa o dolo) se refiere a la imputación de la responsabilidad» (par. 8).

II) *Fase reconstructiva.*

1) *Elaboración de los nuevos presupuestos sobre los que asentar el resarcimiento de daños por violación de intereses legítimos.*

La decisión del órgano de la jurisdicción italiano estima que sólo reinterpretando el contenido del artículo 2043 c.c. puede llegarse a una solución positiva sobre el resarcimiento de intereses legítimos. Y se dedica de lleno a esa tarea en aquella parte de la sentencia que tiene un fin claramente reconstructivo, para asentar la nueva jurisprudencia sobre presupuestos distintos a los que originaron la crítica cerrada a la anterior.

a) *La nueva interpretación del artículo 2043 c.c.*

El primer paso es, pues, proceder a una nueva consideración de la norma en la que se contiene la responsabilidad aquiliana de la Administración. De este modo, el artículo 2043, según dice el Tribunal, no contiene la sanción de un ilícito, y por ello mismo no está definido por otras normas de prohibición (y, por tanto, de reconocimiento de un derecho, lo que hace que se hable de «tipicidad del ilícito»). Dicho precepto es en realidad una norma primaria dirigida a la reparación del daño injustamente sufrido por el particular, una cláusula general según la cual es resarcible el daño que presenta las características de la «injusticia» y que afecta a un interés relevante para el ordenamiento. En palabras de la misma Corte de Casación:

«la idea de la "resarcibilidad" no está por tanto definida por otras normas (...), sino por una cláusula general, expresada en la fórmula "daño injusto", en virtud de la cual es resarcible el daño que presenta las características de la injusticia, esto es, el daño realizado non iure, como aquel inferido en defecto de una causa de justificación, que se resuelve en la lesión de un interés relevante para el ordenamiento» (par. 8).

Tal solución tiene la virtud de hacer pasar el problema por encima de la calificación formal de la situación jurídica que se hace valer por el particular, dado que lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de establecer la posibilidad de la tutela resarcitoria es la injusticia del daño, y a esos efectos lo importante es la identificación del interés jurídicamente relevante lesionado, con independencia de que sea un derecho subjetivo o un interés legítimo. Como dice la sentencia:

«Al objeto de la configuración de la responsabilidad aquiliana no tiene una relevancia determinante la calificación formal de la posición jurídica hecha valer por el sujeto, ya que la tutela resarcitoria viene referida sólo en relación a la injusticia del daño, que constituye una figura autónoma, definida por la lesión de un interés jurídicamente relevante» (par. 9).

b) La identificación de los intereses objeto de tutela.

La cuestión que se plantea entonces, como el mismo Tribunal reconoce, es la de la identificación de tales intereses merecedores de protección, en tanto que «característica del hecho ilícito delineado por el artículo 2043 c.c., entendido en el sentido indicado como norma primaria de protección, es en efecto su atipicidad» (par. 9), lo cual supone la imposibilidad de la identificación *a priori* de los intereses mencionados.

El Tribunal de la jurisdicción ofrece las pautas a seguir para realizar tal labor identificativa, la cual se efectuaría conforme a distintas reglas.

La primera establece como tarea del juez la selección de los intereses en conflicto, esto es,

«del interés efectivo del sujeto que se afirma como dañado, y del interés que el comportamiento lesivo del autor del hecho persigue, con la finalidad de verificar si el sacrificio del interés del sujeto perjudicado encuentra o no justificación en la realización del interés contrapuesto del autor de la conducta, en razón de su prevalencia» (par. 9).

La segunda determina que tal labor de selección y comparación no puede ser dejada a la discrecionalidad del juez, sino que ha de ser conducida

«al hilo del derecho positivo, con el fin de verificar si, y con qué consistencia e intensidad, el ordenamiento asegura tutela al interés del sujeto perjudicado con disposiciones específicas (resolviendo así de raíz el conflicto, como ocurre en el caso del interés protegido en la forma de derecho subjetivo, sobre todo cuando se trata de derechos garantizados constitucionalmente o de derechos de la personalidad) o lo toma en consideración, en todo caso, bajo otro perfil diverso al de la tutela resarcitoria, manifestando así una exigencia de protección» (par. 9).

La tercera advierte que el conflicto planteado entre el interés individual y el interés público no ha de resolverse necesariamente en la prevalencia de este último, en tanto que

«la prevalencia del interés ultraindividual, con el correlativo sacrificio de aquel individual, puede verificarse solamente si la acción administrativa es conforme a los principios de legalidad y de buena administración, y no cuando es contraria a tales principios» (par. 9).

c) El ámbito de la resarcibilidad de los intereses legítimos

En conclusión, la nueva configuración de los presupuestos de la resarcibilidad por la decisión de la Corte italiana permite superar, según dice la misma, la tesis que negaba su ampliación al campo de los intereses legítimos

mos. Tal cambio es posible a través de considerar como función de la normativa de la responsabilidad aquiliana la reparación del «daño injusto», y como injusto el daño que «el ordenamiento no puede tolerar que sea soportado por la víctima, sino que es transferido al autor del hecho, en cuanto lesivo de intereses jurídicamente relevantes», y, por lo tanto, «la lesión de un interés legítimo (...) entra dentro del ámbito de la responsabilidad aquiliana sólo a efectos de la calificación del daño como injusto»(par. 9).

Sin embargo, queda por determinar una cuestión capital, esto es, una vez admitida la posibilidad de indemnizar los daños ocasionados por una actuación ilegítima de la Administración a un particular que ostenta una posición de interés legítimo, ¿cabe resarcir entonces cualquier tipo de situación subjetiva que presente el perfil de interés legítimo? Y si no es así, entonces, ¿qué clase de intereses legítimos son resarcibles? La respuesta la da el Tribunal de la Jurisdicción en uno de los párrafos más oscuros de toda la sentencia: no todo interés legítimo, por el solo hecho de serlo, es susceptible de resarcimiento, sino que es necesario que, además, se cumplan dos condiciones: la primera, que resulte afectado también el interés material al que aquél se conecta; la segunda, que dicho interés material sea merecedor de tutela por el ordenamiento. Merece la pena reproducir el párrafo entero:

«Ello no equivale [la posibilidad de que los intereses legítimos entren dentro del área de las situaciones resarcibles] a afirmar la resarcibilidad indiscriminada de los intereses legítimos como categoría general. Podrá, en efecto, llegarse al resarcimiento solamente si la actividad ilegítima de la Administración haya determinado la lesión del interés al bien de la vida al cual el interés legítimo se conecta, y que resulte merecedor de protección al hilo del ordenamiento. En otros términos, la lesión del interés legítimo es condición necesaria, pero no suficiente, para acceder a la tutela resarcitoria ex artículo 2043 c.c., ya que es necesario que resulte también lesionado, como consecuencia de la actividad ilegítima (o culpable) de la Administración, el interés al bien de la vida al cual el interés legítimo se conecta, y que dicho interés al bien resulte merecedor de tutela a la luz del ordenamiento positivo» (par. 9).

La sentencia intenta aclarar las afirmaciones anteriores concretando las exigencias en ellas contenidas respecto de cada tipo de interés legítimo. De este modo, en lo concerniente a los intereses legítimos opositivos, se califica como daño injusto «el sacrificio del interés a la conservación del bien o de la situación de ventaja consiguiente al ilegítimo ejercicio del poder», lo cual supone ampliar el alcance de la resarcibilidad a los casos en los que el particular no ostenta una posición de derecho subjetivo y, sin embargo, «el interés resulte jurídicamente relevante en el sentido mencionado». Mayores problemas plantean los intereses legítimos pretensivos: en este caso, para determinar si cabe el resarcimiento, «deberá valorarse la consistencia de la protección que el ordenamiento reserva a la pretensión de amplia-

ción de la esfera jurídica del particular » (par. 9). Tal valoración, se dice en el mismo párrafo,

«implica un juicio pronóstico, que ha de conducirse de acuerdo con la normativa del sector, sobre la fundamentación o no de la pretensión, en el cual se establezca si el particular es titular no ya de una mera expectativa, como tal no tutelable, sino de una situación susceptible de determinar la objetiva confianza acerca de su conclusión positiva, y por lo tanto, de una situación que, conforme a la disciplina aplicable, sea destinada a una solución favorable, y que resulte en consecuencia jurídicamente protegida».

2) *Consecuencias del nuevo esquema propuesto por la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana.*

Una vez enunciados los fundamentos en los que se basa la nueva lectura del artículo 2043 c.c. operada por el órgano de la jurisdicción de la Corte de Casación, el mismo dibuja en los párrafos décimo y undécimo de la sentencia las consecuencias que tal interpretación tiene para el caso en examen y, en general, para todos los supuestos de responsabilidad aquiliana en los que el sujeto imputado sea una Administración. En este sentido, la decisión del Tribunal distingue las consecuencias jurisdiccionales de aquellas que afectan al fondo, aportando nuevos datos para terminar de dibujar la nueva configuración.

a) *Consecuencias respecto a la Jurisdicción.*

La decisión define varias consecuencias en orden a la Jurisdicción derivadas de la nueva lectura del 2043 c.c.

En primer lugar, la acción de resarcimiento del daño contenida en dicho precepto, interpuesta contra la Administración por el ejercicio ilegítimo de una potestad administrativa, está correctamente planteada frente al juez ordinario como juez competente en cuestiones de derecho subjetivo. La razón de esta afirmación se encuentra en que

«tal naturaleza [la de derecho subjetivo] exhibe el derecho al resarcimiento del daño, que es un derecho distinto a la posición jurídica subjetiva cuya lesión es la fuente del daño injusto (que puede tener, indistintamente, naturaleza de derecho subjetivo, de interés legítimo, en sus diferentes configuraciones relacionadas con las distintas formas de protección, o en todo caso de interés jurídicamente relevante)» (par. 10).

En segundo lugar, la determinación de la responsabilidad aquiliana de la Administración ex artículo 2043 c.c. es una cuestión que afecta al fondo y no a la jurisdicción, en cuanto que, conforme a la nueva doctrina instaurada por la sentencia, la verificación de si la situación subjetiva en examen es interés legítimo o derecho subjetivo tiene relevancia no para determinar

el juez competente, sino para calificar el daño como injusto, conforme a las directrices fijadas en la decisión.

En tercer lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo es configurable como cuestión de jurisdicción, según el Tribunal, si la materia en examen está sujeta por ley al conocimiento exclusivo del juez administrativo, hipótesis que se cumple plenamente, por cierto, en casos como el que da lugar a la sentencia que comentamos. Efectivamente, conforme a la nueva regulación establecida por el D. leg. 80/1998, es materia atribuida al conocimiento exclusivo del juez administrativo toda la referida al urbanismo y al funcionamiento de los servicios públicos (arts. 34 y 35 de la citada norma), si bien la entrada en vigor de la nueva disciplina se establece a partir del 1 de julio de 1998 (art. 45.18), con lo que el caso en examen está todavía sujeto a la antigua normativa, dado que el mismo tiene fecha justo del día anterior, el 30 de junio de 1998 (46).

En cuarto lugar, el juez civil no tendrá que esperar a la anulación del acto por parte del juez administrativo, lo cual era antes necesario dado que la resarcibilidad sólo era predicable de los derechos subjetivos, y para que esta posición existiera el acto administrativo debía ser anulado previamente. Conforme al nuevo sistema propuesto por las Secciones Unidas de la Casación, el ámbito de competencia de los dos jueces ya no coincide, dado que el ordinario no se ocupa de la mera ilegitimidad de la acción administrativa, sino que su función es la de realizar una más compleja valoración acerca de si existe «daño injusto», y en este sentido la ilegitimidad de la actuación de la Administración es uno más de los elementos que componen dicha cláusula.

b) Consecuencias respecto al fondo.

El nuevo sistema propuesto por la Corte de Casación impone, según la misma, al juez que haya de decidir (esto es, el juez ordinario) un esquema a seguir en orden a la determinación del posible resarcimiento de intereses legítimos por daños causados por la Administración. Dicho esquema se compone de los siguientes pasos:

En primer lugar, el juez deberá verificar la existencia de un evento dañoso.

En segundo lugar, el órgano juzgador habrá de establecer si tal evento puede configurarse como daño injusto, en relación a su incidencia sobre un interés relevante para el ordenamiento, ya sea tutelado en la forma de derecho subjetivo, de interés legítimo, o como interés que merezca en todo caso la tutela del ordenamiento. En palabras del órgano de la jurisdicción:

«[el juez.] procederá por lo tanto a establecer si el daño verificado es cualificable como daño injusto en relación a su inci-

(46) En este sentido, la disciplina fijada por la sentencia es aplicable a todos los juicios pendientes anteriores al 1 de julio de 1998, y a todos los posteriores a dicha fecha salvo aquellos que se refieran a las materias citadas, que corresponden al juez administrativo, pero dotado ya de tutela resarcitoria.

dencia sobre un interés relevante para el ordenamiento, el cual puede ser indiferentemente un interés tutelado en las formas del derecho subjetivo (absoluto o relativo), o del interés legítimo (cuando ello resulte funcional para la protección de un determinado bien de la vida, ya que es la lesión del bien lo que es relevante para los objetivos en examen), u otro interés (no elevado a objeto inmediato de tutela, pero) jurídicamente relevante (en cuanto tomado en consideración para fines diversos de los resarcitorios, y por lo tanto, no reconducibles a meros intereses de hecho)» (par. 11).

En tercer lugar, la sentencia determina en el mismo párrafo que el juez deberá proceder «a verificar, desde la perspectiva causal, y haciendo aplicación de los conocidos criterios generales, si el evento dañoso es reconducible a una conducta (positiva u omisiva) de la Administración».

En cuarto y último lugar, se deberá determinar si el evento dañoso es imputable al dolo o a la culpa de la Administración. Sin embargo, la configuración que de este requisito hace la Corte de Casación (47) varía los presupuestos sobre los que se asentaba la anterior consideración de la imputabilidad de la conducta a la Administración, esto es, la de que la culpa «existiría *in re ipsa* en el caso de ejecución voluntaria del acto administrativo ilegítimo», noción vinculada a la limitación de la resarcibilidad a los solos derechos subjetivos. Así, la sentencia reconoce que «la culpa (en compañía del dolo) constituye en efecto un componente esencial del “tipo” de la responsabilidad aquiliana *ex* artículo 2043 c.c.», pero la ampliación operada por el Tribunal de las situaciones resarcibles hace que

«la imputación no podrá por lo tanto establecerse sobre la base del mero dato objetivo de la ilegitimidad de la acción administrativa, sino que el juez ordinario deberá desarrollar una indagación más penetrante, no limitada a la simple verificación de la ilegitimidad del acto en relación a la disciplina al mismo aplicable, sino asimismo extenderla también a la valoración de la culpa, no del funcionario que actúa (cualificable con relación a los parámetros de la negligencia o la impericia), sino de la Administración entendida como aparato (...), que se configurará en el caso en el cual la adopción y la ejecución del acto ilegítimo (lesivo del interés del particular perjudicado) se produzca violando las reglas de imparcialidad, de correcto ejercicio, y de buena administración en las que el ejercicio de la función administrativa debe inspirarse, y que el juez ordinario puede entrar a valorar, en cuanto se configuran como límites externos a la discrecionalidad» (par. 11).

(47) Vid. L. TORCHIA. *La risarcibilità...*, op. cit., págs. 848 y 849, respecto a la crítica que dicha autora hace de la configuración en la sentencia de la imputación del daño a la Administración.

Una vez desarrollado el esquema mencionado, la decisión de la Suprema Corte da paso al fallo (par. 13), en el cual se estima que el Tribunal de Florencia, el que elevó a las SS.UU. de la Casación la cuestión de jurisdicción, es el competente para conocer de la materia y, en consecuencia, se rechaza el planteamiento del «reglamento preventivo de jurisdicción» por no afectar a la jurisdicción, sino al fondo del asunto.

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A) *Introducción*

Es difícil calibrar la importancia de la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación núm. 500/1999, de 22 de julio. Podemos, eso sí, constatar la verdadera convulsión que la misma ha supuesto en la ciencia jurídico-administrativa italiana, y la prueba de ello es la cascada de comentarios que en el breve espacio de tiempo transcurrido desde que se dictó se han producido (48). Los nuevos dictados de la jurisprudencia de la Casación son considerados sin exclusión como un triunfo de una doctrina que desde hacía mucho tiempo venía reclamando la variación de una postura que no hacía sino preservar ámbitos de inmunidad de la Administración hoy en día injustificables. Sin embargo, la construcción del órgano de la jurisdicción ha sido objeto de diversas críticas, las cuales traen causa de las dificultades para interpretar el contenido de una sentencia en ocasiones bastante confusa. En este sentido, el esfuerzo de los autores que hasta ahora han tratado el tema se ha centrado en reconstruir, con los mimbres contenidos en la decisión, el nuevo sistema que la Casación no ha acabado de dibujar. En esta labor se han puesto de manifiesto las contradicciones en las que incurre la Suprema Corte, y la dificultad de concretar en la realidad afirmaciones de la misma desprovistas de un sentido unívoco. Por ello creemos que puede ser interesante dar unos breves apuntes sobre alguno de los aspectos más criticados de la decisión (49).

(48) Sin el ánimo de ser exhaustivos podemos citar, aparte de los ya mencionados de A. ORSI BATTAGLINI y C. MARZUOLI, *La Cassazione...*, op. cit.; L. TORCHIA, *La risarcibilità...*, op. cit.; y los también citados de G. CORSO, *Pubblica Amministrazione in ritirata?*, op. cit.; P. SANDULLI, *Una nuova frontiera per i diritti del cittadino*; P. BALDUCCI, *Una sentenza rivoluzionaria*, op. cit.; ver también F. FRACCHIA, *Dalla denegazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, estos tres últimos en el mismo número de «Il Foro Italiano», de noviembre de 1999, en las págs. 3212, 3222 y 3226 (respectivamente).

(49) En la exposición de las críticas seguiremos las consideraciones de C. MARZUOLI y A. ORSI BATTAGLINI, *La Cassazione...*, op. cit., por considerar su trabajo uno de los análisis más agudos realizados hasta el momento a la sentencia.

B) *Crítica respecto de la nueva interpretación del artículo 2043 c.c.*

La primera de las críticas se refiere a la interpretación que la sentencia hace del artículo 2043 c.c., y a las dudas que de ésta se derivan.

La sentencia se adhiere a la opinión ya enunciada por una parte de la doctrina civilista sobre la configuración del artículo 2043 como norma primaria, de modo que su contenido no se define por ser la sanción de una conducta ilícita, sino que se dirige directamente a la reparación del daño injustamente sufrido por el particular. Por esta razón, se dice, no importa que la posición dañada presente las características de derecho subjetivo o de interés legítimo, sino que, al tener carácter primario, basta que lo dañado sea un interés relevante para el ordenamiento, con independencia de su consistencia, para entrar dentro del área de la resarcibilidad.

En este punto surge, sin embargo, un interrogante respecto a en qué sentido ha de considerarse primaria la norma citada. En efecto, tal consideración parece entrar en conflicto con la ulterior exigencia de que el interés dañado debe, asimismo, resultar protegido por el ordenamiento. Ello lleva a la aparente paradoja de afirmar que el artículo 2043 c.c. protege autónomamente intereses protegidos por otras normas, las cuales serían, en principio, igualmente primarias.

Para evitar esta contradicción habría que entender la afirmación del carácter «primario» del precepto mencionado en un sentido distinto. La solución dada por algunos autores es la de interpretar que tal carácter es predicable del artículo 2043 c.c. en tanto reconoce la tutela resarcitoria. De este modo, dicha norma sería primaria no por reconocer directamente determinados intereses materiales a los que se dota de protección, sino por otorgar a dichos intereses, que ya han de ser protegidos por otras normas (en tanto que son «jurídicamente relevantes»), un tipo especial de tutela, la resarcitoria.

Pero esta solución es también problemática, en tanto que si se afirma que la «primariedad» del artículo 2043 c.c. se mueve en el plano de las formas de tutela y no en el de los intereses protegidos, se puede volver a la situación anterior a la sentencia, puesto que habría que admitir que tales intereses son individualizados a través de específicas normas, de carácter primario, diferentes de la contenida en el precepto citado, intereses que la doctrina identifica con la categoría de derecho subjetivo. Por ello, en nuestra opinión, el aspecto central de las consideraciones de la Corte de Casación ha de ser no la nueva interpretación del artículo 2043 c.c., sino la identificación de esos «intereses jurídicamente relevantes» (50).

(50) Vid. C. MARZUOLI y A. ORSI BATTAGLINI, *La Cassazione...*, op. cit., pág. 490.

C) *Crítica respecto de la identificación de los intereses objeto de tutela*

Una de las críticas más repetidas a la decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación es la de que da «gato por liebre» en su afirmación de la ampliación de los supuestos de resarcimiento a los intereses legítimos, en tanto que la operación que realmente se realiza es la de establecer que las situaciones protegidas por la tutela resarcitoria ya no son, en particular, los derechos subjetivos, sino que lo son, en general, todos los «intereses jurídicamente relevantes» (51). Queda por ver, en consecuencia, a qué ámbito se circunscriben dichos intereses, y si pudiera resultar que finalmente no abarcasen más del otorgado a los derechos subjetivos, con lo que se volvería al punto de partida (52).

El problema es que aun admitiendo que la noción de «interés jurídicamente relevante» tenga un área de aplicación más amplia que la de derecho subjetivo, lo cual parece razonable, ello no significa que se identifique automáticamente con la figura del interés legítimo. La duda aumenta cuando se advierte que tales intereses presentan, en principio, características diferentes de las que definen al interés legítimo. Así, según es comúnmente admitido, «el interés legítimo es un interés conectado al ejercicio de un poder administrativo, poder del cual, en las hipótesis de los “nuevos” intereses, no hay huella» (53).

Para determinar a qué corresponden los nuevos intereses, la sentencia establece la necesidad de desarrollar una compleja tarea interpretativa en orden a su comparación con los otros intereses en conflicto, de los que es portador el sujeto autor del daño, y dicha labor hermenéutica, se dice, es característica especial de esta nueva situación subjetiva. Pero, como afirman ORSI BATTAGLINI y MARZUOLI, en primer lugar, tal proceso no es más que una actividad normal en toda interpretación, sin que pueda elevarse a la categoría de criterio de distinción entre diferentes situaciones subjetivas, y, en segundo lugar, tampoco cabe hablar de conflicto de intereses entre los del que sufre el daño y los del autor, en tanto que, al tratarse de un acto administrativo ilegítimo, tal conflicto está ya resuelto dando primacía al interés del particular, que es el único merecedor de tutela, pues en eso consiste precisamente la declaración de la ilegitimidad del acto (54).

(51) Vid. L. TORCHIA, *La risarcibilità...*, op. cit.: «La preocupación mencionada es la de no afirmar [por parte de la sentencia] “la indiscriminada resarcibilidad de los intereses legítimos como categoría general”» (pág. 846).

(52) Vid. C. MARZUOLI y A. ORSI BATTAGLINI, *La Cassazione...*, op. cit., pág. 491.

(53) *Ibidem*.

(54) *Ibidem*, pág. 492.

D) *Crítica respecto de la determinación del ámbito de la resarcibilidad de los intereses legítimos*

Una vez constatadas las dificultades en la identificación de las situaciones resarcibles, queda por determinar la relación entre los intereses legítimos y aquellos jurídicamente relevantes que constituyen las situaciones tuteladas por el 2043 c.c. Este interrogante constituye, como bien se comprende, el «punto crítico» de toda la construcción levantada por la Casación, pues en él se encuentra la respuesta a la cuestión de la inclusión de los intereses legítimos entre las situaciones jurídicas subjetivas resarcibles, verdadero objetivo del órgano jurisdiccional italiano, según menciona repetidas veces la sentencia.

De este modo, la sentencia afirma que «la lesión del interés legítimo es condición necesaria pero no suficiente» para que se vulnere el interés al bien de la vida al que aquél se liga, de modo que hace falta «que además resulte lesionado (...) el interés al bien de la vida al cual el interés legítimo se conecta, y que dicho interés al bien resulte merecedor de tutela a la luz del ordenamiento positivo».

Las afirmaciones de la sentencia en cuanto a este aspecto presentan numerosos problemas. En este sentido, si se admite la posición de la Corte respecto a la consideración del interés legítimo como situación jurídica sustantiva, habría que consentir en que todo interés legítimo protege un determinado interés material a un bien de la vida, el cual es de por sí jurídicamente relevante, y por tanto merecedor de tutela, precisamente por el hecho de configurarse como interés legítimo. Por ello, no se entiende que se exija la lesión del interés material además de la del interés legítimo, en tanto que en principio una conlleva la otra. Afirmar otra cosa significaría defender la posibilidad de un interés legítimo referido a un bien no merecedor de tutela, lo que parece difícil (55).

El problema de fondo que se presenta es, pues, la conexión interés material subyacente - interés legítimo - tutela resarcitoria. Y esta cuestión, que puede parecer en principio bizantina, asume sin embargo una enorme relevancia para la determinación del alcance de la sentencia respecto al anterior planteamiento jurisprudencial. Por ello, la misma sentencia procede a identificar cuál es el interés protegido en los supuestos de los intereses legítimos «opositivos» y «pretensivos», diferenciando cada uno. En el primer caso, el interés protegido es el «interés a la conservación del bien o de la situación de ventaja consiguiente al ilegítimo ejercicio del poder»; en el segundo, «la pretensión de ampliación de la esfera jurídica del particular».

Para que dichos intereses sean protegidos, dice la decisión que comentamos, han de ser «jurídicamente relevantes», lo que supone un juicio posterior, que se realizará conforme a los criterios que el mismo Tribunal fija.

(55) *Ibidem*.

Descubrimos así que se produce una identificación del «interés al bien de la vida», que protege el interés legítimo, y este mismo interés. Esto explica que se considere la lesión del interés legítimo como elemento necesario pero no suficiente para exigir la tutela resarcitoria. La única solución, pues, para salvar la decisión de la Corte de Casación de las aparentes contradicciones que presenta es identificar el interés legítimo con el interés material subyacente, de acuerdo con la consideración «sustantiva» de aquella figura subjetiva, y admitir la existencia de intereses legítimos que no sean jurídicamente relevantes. Esta última paradoja se evita considerando que tales intereses están desprovistos de relevancia jurídica no en general, sino a los solos efectos de la tutela resarcitoria.

Dicha solución plantea ulteriores dudas que afectan al modo de selección de los intereses cuya lesión es elemento central de la cláusula del «daño injusto», según la nueva interpretación del 2043 c.c. Esto es así porque, si es correcta la interpretación que aquí se hace de la sentencia (es decir, la doble identificación interés al bien de la vida - interés legítimo, e interés merecedor de tutela - interés merecedor de tutela resarcitoria), los intereses legítimos que entran dentro del ámbito de la resarcibilidad serán aquellos *intereses legítimos merecedores de tutela resarcitoria*, lo cual, evidentemente, es una tautología. La conclusión es que, en principio, el juez se reserva una completa y absoluta libertad para determinar en qué casos cabe el resarcimiento de los intereses legítimos y en cuáles no, sin más cortapisas.

La crítica más fundada que, en nuestra opinión, se ha realizado a la nueva construcción de las Secciones Unidas de la Casación es la de su consideración de los intereses legítimos como figuras subjetivas sustantivas. Según la más autorizada doctrina (56), el único modo de configurar la tutela resarcitoria a partir de la nueva interpretación del artículo 2043 c.c. es evitar aquella consideración, y conformar el interés legítimo no como situación subjetiva, sino como *forma de tutela*. En este sentido, la situación subjetiva subyacente, «el interés al bien de la vida», en palabras de la misma Corte de Casación, permanece siempre inalterada e inmutable con independencia de su protección. Es su consideración como interés legítimo o derecho subjetivo lo que determina el modo en el que ésta se realiza. Por ello, ha de entenderse el interés legítimo como una forma de protección que incluye también la posibilidad del resarcimiento (57), diferenciándose del derecho subjetivo no en el ámbito de tutela, sino en la conformación específica de la misma por ejercitarse en presencia de una potestad administrativa. Se logra en este modo, además, la equiparación entre ambas figuras subjetivas, cumpliendo el mandato del artículo 24 de la Constitución italiana, que exige la tutela efectiva de «derechos subjetivos e intereses legítimos», sin realizar distinción expresa entre ambos ni de subordinación de uno a otro (58).

(56) *Ibidem*.

(57) *Ibidem*.

(58) Según C. MARZUOLI y A. ORSI BATTAGLINI, *La Cassazione...*, op. cit., págs. 498 y

E) Conclusiones

La sentencia 500/1999, de 22 de julio, de las Secciones Unidas de la Corte de Casación presenta el indiscutible mérito de arrumbar un viejo sistema criticado por todas partes y que tenía como único valedor el mismo órgano que hoy anuncia su derribo. En ese sentido, la crítica no puede ser sino muy positiva. Otra consideración merece, sin embargo, la nueva posición de la Jurisdicción en los breves trazos que de ésta se hacen en la decisión comentada, si bien es verdad, como dice la misma, que la nueva disciplina está aún en evolución y necesita de una «profundización, sobre la cual la Suprema Corte se reserva intervenir cuando se presente la ocasión» (par. 12) (59). Pero ello no nos impide, en el momento presente, realizar algunas consideraciones que, al hilo de lo expuesto, sirvan de conclusión a este comentario. En concreto, dos.

En primer lugar, el nuevo sistema instaurado por el órgano de la jurisdicción de la Casación italiana, nacido a partir de la reinterpretación del artículo 2043 c.c., plantea numerosas dudas que no quedan cerradas en la sentencia. Dichas dudas afectan de modo directo al núcleo del problema, es decir, a la posibilidad de resarcir los intereses legítimos dañados por una actuación ilegítima de la Administración. En este sentido, la confusa configuración del área de la resarcibilidad, a través de la selección por el juez de los «intereses jurídicamente relevantes», de contornos muy imprecisos, motiva que en la práctica el problema siga abierto, y que quede en

499, la decisión de la Suprema Corte presenta también indudables problemas aplicativos, los cuales son objeto de análisis por dichos autores, intentando configurar en la práctica el esquema derivado de la sentencia de la Casación. Así, partiendo de la lesión de un interés legítimo por un acto ilegal de la Administración, y diferenciando entre intereses legítimos opositivos y pretensivos, se llega a las siguientes conclusiones: Dentro de los supuestos englobados en el primer grupo, han de identificarse distintas posibilidades: 1) que el acto sea anulado y se restituya el bien; la solución es que el particular recupera el bien, y el mismo es indemnizado por los daños ocasionados hasta el momento de su restitución; 2) que la Administración corrija y vuelva a emitir conforme a Derecho el acto administrativo ilegal; el particular pierde el bien, pero obtiene resarcimiento por los daños sufridos hasta la nueva emisión del acto; 3) que la Administración no pueda dictar un nuevo acto ni restituir el bien (p. ej., por su pérdida o transformación); el particular obtiene resarcimiento por el valor del bien y por los daños sufridos. Dentro de los supuestos englobados en el segundo grupo (intereses legítimos pretensivos, con lo que el daño hará referencia a pérdida de la posibilidad de conseguir el bien pretendido), puede ocurrir: 1) que se dicte posteriormente y conforme a Derecho el acto administrativo, concediendo el bien objeto de la pretensión del particular; éste obtendrá el bien, y será resarcido por los daños producidos desde la sentencia hasta el momento de la emanación del nuevo acto; 2) que se deniegue la pretensión, por un acto conforme a Derecho, de acuerdo a razones preexistentes al daño; el particular obtiene el resarcimiento por los daños sufridos hasta la emanación de dicho acto; 3) que se deniegue legítimamente la pretensión por razones sobrevenidas (de hecho o de derecho); el particular es resarcido por el daño sufrido y por la pérdida definitiva de la posibilidad de consecución del bien, puesto que el mismo no debe soportar la carga del riesgo.

(59) El paso de la jurisprudencia anterior a la actual es calificado por L. TORCHIA, *La risarcibilità...*, op. cit., pág. 849, con símil macbethiano, como el tránsito del «bosque petrificado» al «bosque de Birnam», en el que todo está en constante movimiento.

manos de la absoluta discrecionalidad del órgano juzgador, sin más cortapisas que una serie de criterios de interpretación, enunciados de un modo muy vago, la determinación de las situaciones subjetivas indemnizables. Por esta razón asume principal relieve la concreción que de las afirmaciones vertidas en la sentencia hagan las Secciones Unidas de la Corte de Casación en futuras decisiones.

En segundo lugar, desde la perspectiva del lector español, hay un hecho que llama poderosamente la atención, y que resulta como un ruido de fondo durante toda la lectura de la sentencia. En nuestra opinión, ese rumor constante permite explicar la *ratio* última de la decisión y, en cierto sentido, hace comprender las oscuridades, contradicciones e indefiniciones en las que incurre. El mismo consiste en la reluctancia de la Corte de Casación a otorgar al particular una posición de derecho subjetivo frente a cualquier daño sufrido por obra de una actuación de la Administración. Esta afirmación, que para cualquier lector español constituye un hecho evidente (60), se esquiva sistemáticamente por el órgano de la jurisdicción. En efecto, en España, y a través de la figura de los «derechos públicos subjetivos reaccionales», se solucionaba el mismo problema que se le presenta ahora al Tribunal italiano, considerando que, con independencia de la posición de origen, toda intromisión ilegítima de la Administración en la esfera jurídica del particular genera en el momento mismo de producirse un derecho subjetivo del sujeto afectado a ver indemnizados los daños que dicha injerencia ha producido, viendo así restaurada en su posición original la situación lesionada (61).

La posibilidad de adoptar tal solución, sin embargo, se le presenta al órgano de la jurisdicción italiano en la misma sentencia comentada puesto que, quizá en un gesto inconsciente, afirma, a la hora de determinar las consecuencias de su nueva posición respecto a la jurisdicción (par. 10) que, siendo el juez ordinario el competente para conocer de cuestiones de derecho subjetivo, «tal naturaleza exhibe el derecho al resarcimiento del daño, el cual es derecho distinto de la posición jurídica subjetiva cuya le-

(60) Por cierto que en España el interés por la materia de la que trata este comentario es temprano; vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad de la Administración pública por lesión de intereses legítimos*, núm. 42 de esta REVISTA (1963), págs. 453 y ss., que es en realidad una noticia del Congreso celebrado en Nápoles sobre dicho tema en octubre de 1963, en el que participó el mencionado autor. Con carácter más general, sobre los problemas referentes a la jurisdicción que pueden derivarse del planteamiento de una cuestión de responsabilidad patrimonial de la Administración, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, en el mismo número de esta REVISTA, págs. 169 y ss.

(61) La materia de los «derechos subjetivos públicos reaccionales», su configuración y los problemas a los que da solución es de tal complejidad que desautoriza, por sí misma, toda referencia breve que se haga a la misma. Siendo, sin embargo, el objeto de este trabajo el de dar noticia de las novedades producidas en Italia en el tema de la posibilidad de resarcimiento de intereses legítimos, la simple mención de una cuestión que está en el centro mismo del problema planteado nos ha parecido inexcusable. Respecto a la noción de «derecho subjetivo público reaccional», vid. por todos E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, «REDA», núm. 6, págs. 427 y ss., y la bibliografía allí citada. Dicho trabajo se incluye en E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, Civitas, 1998, págs. 46 y ss.

sión es fuente de daño injusto». Sin embargo, no se encuentra en posteriores párrafos el desarrollo de esta afirmación, la cual conlleva, por sí misma, el germen de la «revolución» que se quiere atribuir a la decisión de la Corte de Casación. Pues la verdadera «revolución», como desde hace mucho tiempo viene reclamando unánimemente la doctrina administrativista italiana, consiste, de una vez por todas, en reconocer al ciudadano posiciones de derecho subjetivo frente a la Administración.

La configuración de la Jurisdicción italiana en dos órdenes distintos basados en el conocimiento de situaciones jurídicas subjetivas diversas, el arraigo que tal distinción tiene en el ordenamiento y en la doctrina jurídico-administrativa del país vecino, son obstáculos de difícil superación para la consecución del objetivo mencionado. La sentencia 500/1999 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación constituye, sin embargo, un paso importante en esa dirección.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

