

# El Procedimiento Administrativo en el sistema Italiano, entre la eficiencia y la garantía\*

Simone Torricelli\*\*

*En el presente artículo, el autor desarrolla el concepto y función del Procedimiento Administrativo a la luz de la legislación italiana y cómo aquel implica una dinámica constante entre el privado y la Administración Pública. Asimismo, resalta las garantías al privado y la eficiencia como fines del Procedimiento Administrativo, el cual involucra, a su vez, el desarrollo de conceptos como el silencio administrativo y vicios procedimentales.*

## 1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SUS FUNCIONES

Las actividades jurídicas, cualquiera sea el sujeto jurídico que las lleve a cabo, son generalmente el resultado de procesos lógicos decisionales complejos, que se articulan en una pluralidad de actos o conductas, los cuales, en su conjunto, producen un efecto jurídicamente relevante.

Cuando tales actividades son puestas en marcha por personas jurídicas, la pluralidad de actos se convierte en una condición jurídica necesaria para la producción del efecto y su asignación. Esto no es menos válido, y de hecho lo es más para la Administración Pública: el principio de legalidad; anclado a la acción administrativa a presupuestos predeterminados por la Ley, subordina la explicación de la capacidad de actuar de la Administración al cumplimiento de los elementos que integran el supuesto de hecho legal, que se comprueban previamente.

El proceso volitivo de la Administración es, por tanto, un proceso de formación progresiva, que se desarrolla a través de diferentes etapas lógicas, más o menos evidentes y formalizadas, con las cuales se verifica que las condiciones de existencia del poder estén integradas, validadas o en concordancia con el interés público a perseguir, que identifica la solución que se adoptará en el caso concreto, observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. A continuación, viene el acto de "voluntad" o del "declarar", el acto final.

La exigencia objetiva de un procedimiento, entendido en este sentido puramente a-técnico como una pluralidad de pasos lógicos concatenados pero distinguibles, en el proceso decisorio de la Administración; sin embargo, no ha surgido inmediatamente y de forma general en el plano jurídico; aún en los años treinta, se hablaba del procedimiento como de un concepto "en el cual no están bien definidos en doctrina el contenido y los límites, ni con exacta especificidad sus principios; por lo que, está en duda si se trata de un verdadero y propio instituto jurídico o si la acepción es tomada con un significado puramente empírico"<sup>1</sup>.

En efecto, la doctrina de la primera parte del siglo XX, propensa a reconstruir el fenómeno de la manifestación del poder sobre la base de esquemas civilistas, ha prestado escasa atención al procedimiento, para dedicarse principalmente al análisis del acto final productor de efectos<sup>2</sup>. No es que faltase conciencia de la relevancia e importancia de los actos procesales eventualmente ejecutados, relevancia que; sin embargo, venía confinada al interior de una perspectiva de mera tutela jurisdiccional, en la cual estos asumían los valores de elementos que, cuando eran existentes y conocidos, podían permitir el control de la correspondencia del acto final con su parámetro legal. Sin embargo, también desde esta perspectiva, considerando la presunción de legitimidad que se consideraba amparada por el Acto Administrativo, y teniendo en cuenta que quien ataca el Acto es quien debe proveer pruebas del vicio cometido, parece evidente cómo la ausencia o desconocimiento de los actos anteriores

\* La presente traducción fue realizada por Diego Ramírez Arias, miembro de la Comisión de Investigación y Publicaciones del CDA. El CDA agradece la revisión y aportes del Doctor Luis Lanegra.

\*\* Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Firenze.

1 G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di Procedimento Amministrativo*, en *Foro italiano*, 1993, hoy en *Scritti giuridici*, vol. I, milano, 1987. 119.

2 Como observa G. MORDIBELLI, *Il Procedimento Amministrativo*, en *AAVV, Diritto Amministrativo*, Bologna, 1998. 1192. La primera reconstrucción orgánica del procedimiento, en términos positivos, se debe al A. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, Milano, 1940.

«El proceso volitivo de la Administración es, por tanto, un proceso de formación progresiva, que se desarrolla a través de diferentes etapas lógicas, más o menos evidentes y formalizadas, con las cuales se verifica que las condiciones de existencia del poder estén integradas, validadas o en concordancia con el interés público a perseguir, que identifica la solución que se adoptará en el caso concreto, observando los principios de razonabilidad y proporcionalidad».

constituía un inevitable *vulnus* (punto débil) de las posibilidades de tutela.

El paso de esta consideración accidental de actos procesales hacia una teorización en positivo de la necesidad de un procedimiento normativamente codificado ha sido complejo. En efecto, desde hace tiempo el ordenamiento italiano ha organizado algunos poderes según una secuencia formalizada, en particular los poderes expropiatorios. Con el refinamiento de la sensibilidad a ciertas garantías del privado contra la administración, también la jurisprudencia ha comenzado a destacar, partiendo de los principios generales y por analogía, algunas obligaciones procedimentales, al menos con referencia a procesos específicos, empezando por aquellos ligados con la ejecución de procedimientos concursales<sup>3</sup> y sancionatorios.

Es; sin embargo, solamente en 1990 con la Ley N° 241/1990, que el ordenamiento legal se ha

dotado de una Ley general sobre el procedimiento, que ha canalizado la acción administrativa por un camino constituido por etapas predeterminadas: bajo tal Ley, el procedimiento, considerado como una serie de actos, conectados entre sí, instrumentales respecto a la adopción del acto final y por tanto, como este último, están funcionalmente destinados para lograr un fin público, y así se ha convertido en la “forma” obligada en la cual la acción administrativa debe desplegarse<sup>4</sup>.

La Ley, por su parte, define una suerte de esqueleto del procedimiento, que luego la Administración procederá a integrar en relación a las exigencias particulares del poder ejercido sobre la base de decisiones discrecionales. Por un lado, entonces, la Ley establece un modelo general a ser adaptado<sup>5</sup>, y no regula procedimientos singulares; de otra parte, la regulación establecida no es exhaustiva, para no hacer excesivamente rígido el ejercicio del poder dentro de los esquemas normativamente codificados que podrían en concreto revelarse inadecuados<sup>6</sup>.

La introducción de la Ley sobre el procedimiento marca un momento central en la evolución del Derecho Administrativo italiano, por distintas razones.

Una primera razón puede individualizarse en la visibilidad que adquiere la acción administrativa. Es significativo que la Ley N° 241 sea titulada “Ley general sobre el Procedimiento Administrativo y sobre el derecho de acceso”; es decir, en el momento en el cual se procedimentaliza la acción, ésta se hace a la vez cognoscible en su desarrollo, incluidos los preliminares. De esta manera, la Ley no solamente ordena, sino también da evidencia externa de aquellas actividades de investigación que por otro lado también deben ser cumplidas previamente con el fin de verificar la conformidad de las condiciones para el correcto ejercicio del poder. En este sentido, si el procedimiento no modifica directamente la esencia del poder, lo hace, sin embargo, más fácil de controlar.

Así, por un lado, se relaciona directamente a la responsabilidad política por las actividades desarrolladas por las administraciones, ya que el conocimiento integral de la acción por parte de la comunidad hace que ésta sea más eficaz. El procedimiento, en este sentido, representa un instrumento de complementación de la democracia representativa.

3 A. SANDULLI, *Il Procedimento Amministrativo*, cit., 15.

4 Para más comentarios sobre el tema de los principales institutos contemplados en la Ley mencionada, se revise F. MERUSI, *Lezioni sul Procedimento Amministrativo*, Pisa, 2009; F. G. Sacoca (bajo la dirección de), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008; V. Cerulli Irelli (bajo la dirección de), *La disciplina generale dell'azione Amministrativa*, Napoli, 2006; G. Clemente di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.

5 Sus normas más importantes (motivaciones de los actos, participación en el procedimiento, estipulación de acuerdos administrativos) no se aplican posteriormente a los procedimientos concernientes a la actividad de la administración pública directa a la emanación de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación y a los procedimientos tributarios, por los cuales quedan también firmes las normas particulares que regulan (artículo 13° Ley N° 241/1990)

6 Una excesiva formalización podría de hecho colisionar con el principio del buen procedimiento: D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 305.

Por otro lado, la visibilidad de todo el procedimiento completo realizado permite una buena y más intensa uniformidad jurisdiccional sobre el respeto al supuesto de hecho legal. En particular, tal uniformidad no pasa necesariamente a través de las motivaciones del acto, aunque sí a través del modo en el que la administración justifica el acto adoptado. La motivación ya no se presenta como un escollo insuperable, porque el acto puede ser analizado, independientemente de su motivación, a la luz de los actos internos que deben justificar la decisión<sup>7</sup>. De otra parte, la misma obligación de motivación del pronunciamiento final cambia: tal obligación, hoy codificada en el artículo 3° de la misma Ley sobre el procedimiento, comprende la exposición de los resultados de la instrucción, por los cuales, donde esto venga correctamente cumplido, es la misma motivación la que invoca los actos del procedimiento que justifican el acto final y a guiar a quien quiera controlar su validez a la luz de resultados objetivos.

En segundo lugar, la Ley N° 241/1990 impone una serie ulterior de actos, cuya función principal no es (o no es solamente) aquella de concurrir a garantizar el respeto de las condiciones sustanciales a las cuales está subordinada el ejercicio del poder. Se trata de actos que no están directamente vinculados al supuesto de hecho constitutivo del poder, sino que tienden a establecer garantías específicas para el administrado, a quien aquel poder le pueda ser favorable o negativamente afectado (derecho a ser notificado, derecho de participar en el procedimiento, derecho a realizar acuerdos con la administración pública, derecho a que el acto sea adoptado dentro de un término preestablecido). El procedimiento, de este modo, reduce la brecha entre los intereses administrativos y los privados, haciendo a los primeros más permeables a los segundos: en este sentido, se trata de un elemento de conexión entre unos y otros.

Así, la formalización de las actividades preparatorias hace tales actividades jurídicamente relevantes, no sólo por la sustancia, sino también por el modo de su desarrollo, sea bajo la perspectiva de la observancia formal, sea de la racionalidad y la exhaustividad de cumplimiento de la secuencia procedimental seguida. La formalización del procedimiento endurece los presupuestos de validez de las acciones administrativas, que terminan dependiendo no solo del respeto a la correcta individualización de los presupuestos del poder, sino también, o al menos

en parte<sup>8</sup>, del respeto de la forma de la acción y de las garantías que tales formas ofrecen a los interlocutores de la administración pública.

En tercer lugar, al interior de las reglas del procedimiento se encuentran instrumentos que tienden a permitir no solo que la acción administrativa pueda desarrollarse de un modo eficiente, eficaz y oportuno, adaptando el procedimiento a seguir o transformándolo en función del diverso grado de complejidad del poder a ejercitar. Se encuentran así elementos de racionalización de la actividad de los diversos órganos o de las diversas administraciones que confluyen al interno del procedimiento (conferencia de servicios), como también mecanismos automáticos de sustitución del pronunciamiento expreso de la administración con simples comunicaciones del inicio de la actividad. En la misma óptica simplificadora, la Ley regula también ciertos acontecimientos patológicos que podrían ralentizar o paralizar la correcta fluidez de los procedimientos (reglas de la actividad consultiva o del silencio administrativo), a fin de permitir que el procedimiento, en plazos ciertos, llegue a su resultado natural.

Son, por lo tanto, muchas y diversas las funciones que el procedimiento absuelve y resulta por esto evidente la centralidad de la Ley N° 241/1990 en el ordenamiento italiano, sea en cuanto instrumento de garantía de los sujetos cuyos intereses están involucrados, sea como una palanca para fortalecer el principio de legalidad, sea funcionalmente a la eficacia de la acción administrativa<sup>9</sup>. Hay de hecho una relación directa entre el procedimiento y los principios de imparcialidad y eficiencia que, según el artículo 97° de la Constitución italiana, deben inspirar la acción administrativa, como también ha sido especificado e integrado por el artículo 1° de la Ley N° 241/1990, según la cual ésta persigue los fines determinados por la Ley y se rige por criterios de economicidad, eficiencia, imparcialidad, publicidad y de transparencia, así como de los principios del ordenamiento comunitario.

## 2. LA COMPETENCIA SOBRE LA CONDUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

La competencia sobre la conducción del procedimiento está evidentemente vinculada a la competencia sobre la adopción del acto final, en el sentido que, como regla general, la Administración a la cual pertenece el poder de decidir se ocupa de cumplir y hacer cumplir los trámites que hacen

7 Sobre la relación entre motivación y unificación jurisdiccional, revítese M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 698.

8 Se verá en efecto que la evolución de la disciplina de los vicios dependientes de la violación de reglas procedimentales ha templado la relación entre forma del procedimiento seguido y anulabilidad del pronunciamiento final: infra párrafo 9.

9 Una centralidad que también resulta a veces puesta en discusión por intervenciones normativas, a veces acaloradas y no siempre coherentes: revítese los comentarios de E. CARLONI, *La "casa di vetro" e riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2009, 780, quien comenta que la Ley N° 241/1990 "siempre menos logra considerarse como parámetro cultural de referencia".

posible y que conducen a una decisión consciente. Es, por lo tanto, tal administración la que abre el procedimiento, cuando la iniciativa sea de oficio, y es a ésta a la que debe ser remitida la instancia, cuando la iniciativa sea solicitada de parte.

En realidad, la siempre mayor articulación del marco institucional, sobre todo en relación a la pertenencia de Italia a la Unión Europea, ha adherido la linealidad de la correspondencia entre la competencia "instrumental" relativa al procedimiento y la competencia "final" relativa al pronunciamiento, haciendo surgir supuestos de hecho complejos en los cuales las dos competencias tienden a fragmentarse y reagruparse de modo diverso.

La asignación de competencias administrativas se rige por el principio de subsidiariedad, codificado, para lo que concierne a las relaciones entre Estados miembros y la Unión Europea, en el artículo 5º párrafo tercero del Tratado de la Unión Europea, mientras que, dentro ordenamiento nacional, por el artículo 118º de la Constitución. De la combinación de estas disposiciones deriva que, en las materias de relevancia europea, las competencias, inclusive administrativas, deben enraizarse en las administraciones nacionales, salvo que, las exigencias de ejercicio unitario hagan oportuna la asignación a nivel europeo. En cada caso, tanto en las materias de competencia europea, como en las otras, en el sistema interno las competencias administrativas, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución italiana, se concentran sobre el nivel de gobierno más cercano a los ciudadanos (Municipal, Provincial, Regional, Estatal) que sea en grado de ejercitarlas adecuadamente.

Inclusive en un marco complejo como el resultante de la integración europea, el ordenamiento ejerce una fuerte presión para mantener cerca el centro de decisiones y las personas. No obstante esto, pueden presentarse supuestos en los cuales, dado el interés general en el ejercicio unitario del poder, la competencia puede alejarse de los intereses sobre los cuales la administración debe incidir, al punto de perjudicar o hacer dificultoso no sólo el acceso del privado a la administración para demandar o solicitar, sino también en el mismo desarrollo, por parte de la administración, de sus tareas instructoras, pues tal alejamiento puede obstaculizar el conocimiento de los hechos y de los intereses relevantes. De aquí la exigencia de separar, todo o en parte, la competencia sobre el procedimiento respecto de la competencia al pronunciamiento, incluso en aplicación del mismo principio de subsidiariedad:

las razones que justifican la centralización de la decisión no necesariamente importan también centralidad del procedimiento.

Así, junto a los procesos lineales, en los cuales una misma administración abre y cierra el procedimiento, proliferan procedimientos complejos que se articulan a través de más niveles de gobierno. Son significativos, en este aspecto, aquellos procedimientos en los cuales las administraciones nacionales desarrollan una mera función de servicio respecto de las europeas, recogiendo instancias que, a veces directamente, a veces incluso después de haber desarrollado una parte de las investigaciones preliminares<sup>10</sup>, vienen remitidas a la administración europea para la decisión final. Lo que plantea evidentemente algunos problemas sistemáticos, porque el acto final, adoptado por los órganos europeos, sigue un procedimiento que se desarrolla a nivel nacional, sobre la base en las normas procedimentales que en los diversos países son diferentes y por lo tanto ofrecen también garantías diversas.

El problema de garantizar al privado un fácil acceso a la administración pública se presenta también en relación a la distribución de competencias al interior de la administración dotada de competencia. Responde a esta necesidad, la disposición general por la cual las administraciones deben identificar, para cada tipo de procedimiento, una oficina responsable de la investigación y de cada otra etapa procedimental<sup>11</sup>, con disposiciones que se hagan públicas, de manera que cualquiera que esté interesado en contactar con la administración sepa de antemano a que órgano dirigirse. Además, en materia de actividad productiva, en las cuales frecuentemente se hace necesaria la intervención de órganos diversos para evaluar la conformidad de la actividad a realizar con los intereses públicos potencialmente involucrados, el ordenamiento italiano anticipando solicitudes que luego provienen del derecho de la Unión Europea<sup>12</sup>, ha buscado soluciones organizativas que no obligasen al solicitante a dirigirse a una pluralidad de sujetos, carga que en realidad puede ser muy gravosa. Así, una legislación sectorial ha previsto que el procedimiento sea confiado a una única estructura responsable, incluso si son diversos los intereses implicados, y que, en tal estructura, debe ser instituido una ventanilla única en la cual pueda cumplir todos los trámites necesarios para las procedimientos de autorización<sup>13</sup>.

En el camino hacia una mayor simplificación, finalmente, se ha establecido recientemente que

10 Respectivamente artículo 5º CE Nº 1829/2003, relativo a los alimentos y a las comidas genéticamente modificados y artículo 5º CE Nº 510/2006, relativo a la protección de las indicaciones geográficas de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimentarios.

11 Artículo 3º de la Ley Nº 241/1990.

12 Artículo 6º directiva 2006/123/CE.

13 Artículo 23º y 24º, Ley Nº 112/1998. Ejemplos análogos se encuentran también en la legislación urbanística.

quien tenga la necesidad de una pluralidad de títulos habilitantes para la puesta en marcha de una empresa, se pueda limitar a realizar una sola comunicación a una administración autorizada para esto, la cual remite tal comunicación a las diversas administraciones competentes para que se adopten diversos actos necesarios, que ordenan iniciar las respectivas instructivas o investigaciones<sup>14</sup>.

En estos casos, no se trata de un desplazamiento de la competencia en relación con la investigación, se trata de la creación de una competencia específica para el cumplimiento de la actividades burocráticas, que permita a la ventanilla única funcionar como una interfaz entre la administración (competente al cumplimiento de la instructiva) y el administrado, organizada de manera más funcional para facilitar el diálogo entre el privado y la administración, pero también para evitarle al órgano competente la sobrecarga de trabajo como consecuencia de atender las relaciones con los usuarios.

Por lo tanto, la evolución del ordenamiento muestra la tendencia a simplificar las relaciones con el privado, permitiéndole dirigirse a una única administración, lo más cercana posible. A esto se agrega la previsión por la cual, al interno de cada oficina, debe ser identificado un funcionario específicamente responsable, que sea comunicado al interesado al momento del inicio del procedimiento, que se ocupa de todos los trámites necesarios<sup>15</sup>. La administración, de esta manera, no es más una entidad abstracta y a veces impenetrable; el privado tiene un referente directo al cual dirigirse y que deberá también, en otros aspectos, rendir cuenta de la forma en la cual los procedimientos han sido conducidos. La administración tiene, en suma, un "rostro": la relación con la administración se manifiesta como una relación entre personas, y es en el ámbito de esta relación entre las personas que se desarrolla la dinámica procedimental.

### 3. EL PROCEDIMIENTO COMO "LUGAR" DE DIÁLOGO ENTRE LOS INTERESES. LA DISCIPLINA DE LA PARTICIPACIÓN

El proceso ofrece más que nada un lugar abierto, en el cual la administración pública y el privado pueden dialogar, haciendo así surgir, también a través del confronto entre las partes, la pluralidad de intereses que pueden ser incididos por el acto a realizar y poniendo las premisas a fin de que el acto final pueda constituir de hecho, desde el punto de vista de la acción pública, una forma para hacer fluir, en el procedimiento, elementos potencialmente relevantes.

La participación se presenta, desde este punto de vista, como un primer instrumento de garantía de la imparcialidad de la administración. Imparcialidad, que de hecho, sólo puede tenerse cuando el órgano decisor haya adquirido un efectivo y completo conocimiento de la realidad material y jurídica sobre la cual la decisión va a repercutir, de lo cual deriva la obligación, para la parte pública, de obtener todos los elementos concretamente relevantes, con el fin de identificar, con mayor conciencia, el interés público del caso concreto y, en consecuencia, la decisión más funcional de adoptar a la luz de los intereses en juego.

Si bien la participación puede ser un instrumento útil de conocimiento, no se puede pasar por alto el hecho de que el privado participa por un fin legítimamente egoísta, a fin de proporcionar a la administración los elementos que puedan ser útiles para acondicionar la decisión final de conformidad con su interés particular. No por nada, entre las definiciones que se dan de la posición subjetiva del privado frente a la administración, al menos donde tal posición enfrenta un poder discrecional, está aquella de quien afirma que esta consiste en la "posición de ventaja hecha por un sujeto del ordenamiento en orden a una utilidad objeto de poder administrativo y consiste en la atribución al mismo sujeto de poderes apropiados para influir sobre el correcto ejercicio del poder, con el fin de hacer posible la realización de la supuesta utilidad"<sup>16</sup>. Desde esta óptica, la participación constituye, por tanto, una de las facultades que componen el contenido de la posición subjetiva protegida y un instrumento de condicionamiento de la acción administrativa funcionalmente al interés particular, para hacer efectiva la oportunidad<sup>17</sup> de obtener la utilidad deseada. El procedimiento se presenta en este sentido como un instrumento de tutela, en el cual se ofrece una protección anticipada respecto a aquella que más tarde garantiza el juez, desarrollando también una función deflacionaria de las controversias.

Es comprensible a la luz de estas consideraciones, por qué la participación no sea sólo tolerada, sino promovida. Funcionalmente a estas exigencias de garantía, la ley sobre el procedimiento obliga a la administración a comunicar el inicio del procedimiento a los destinatarios del pronunciamiento final, a los sujetos que por ley deben intervenir, así como aquellos a los que el pronunciamiento final podría perjudicar<sup>18</sup>. Se trata de un cumplimiento fundamental, sea por la exigencia de poner en conocimiento de ciertos sujetos la posibilidad de que sea adoptado un acto que puede incidir (positiva o

14 Artículo 7º, Ley Nº 7/2007.

15 Artículos 5º y 6º Ley Nº 241/1990.

16 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 96.

17 Identifica el interés material objeto del interés legítimo en una chance, D. Sorace, *Diritto delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., 400.

18 Artículo 7º, Ley Nº 241/1990.

negativamente) sobre la propia esfera, con el fin de conformar los propios comportamientos a tal posibilidad, para ponerlos en condición de participar en dicho procedimiento.

No se puede considerar; sin embargo, que la obligación de efectuar esta comunicación previa pueda obstaculizar la acción administrativa, a veces de manera incompatible con una tutela razonablemente celeres del interés público. Para este fin, la Ley excluye la necesidad de comunicar el inicio del procedimiento en los casos de urgencia o para la adopción de pronunciamientos cautelares, lo que permite formas alternativas respecto a la comunicación personal cuando ésta no sea posible o resulte particularmente gravosa<sup>19</sup>, y de todas maneras la limita, en lo que se refiere a los sujetos que podrían recibir un perjuicio, categoría potencialmente muy amplia, a aquellos que son identificados o fácilmente identificables, a fin de imponer a la administración una obligación de diligencia, pero evitando que deba realizar investigaciones demasiado complejas. El legislador muestra en esta forma querer equilibrar la exigencia de imparcialidad con la de buena marcha, sobre la base de un criterio de razonabilidad.

Sin bien el grupo de sujetos potencialmente interesados en participar en el procedimiento es de este modo limitado, no es en cambio limitado el grupo de quienes, interesados, pueden autónomamente y sin haber sido advertido, dialogar con la administración. El procedimiento es de hecho abierto a cualquiera que sea titular de intereses públicos o privados, así como a los portadores de intereses difusos, siempre que estén constituidos en asociaciones o comités, que puedan sufrir un perjuicio por el pronunciamiento; éstos pueden así observar los actos del procedimiento y presentar comunicaciones escritas y documentos, que, si pertinentes, la administración tiene entonces la obligación de evaluar<sup>20</sup>.

La disciplina de la participación se completa con una última obligación de comunicación; en los procedimientos a petición de parte, la administración que pretenda adoptar una decisión negativa, deberá notificar al solicitante, las razones que impiden el amparo de su solicitud, de modo que éstos, en el plazo de diez días, podrán presentar escritos y documentos adicionales<sup>21</sup>. Esta norma acentúa la función "pre contenciosa" del procedimiento: el privado en esta etapa conoce los motivos que determinan que la administración rechace su solicitud, por lo que se puede trabajar específicamente sobre ellos. Cambia la calidad de la participación, no se trata más de

participación "en la oscuridad", a través del cual el privado sólo puede proporcionar datos que supone que pueden servir para obtener una decisión favorable, sino una verdadera y propia confrontación pre-procesal que pueda llevar a contestar específicamente una evaluación que la administración ya ha hecho. Por otra parte, es hecho obligatorio para la Administración motivar las razones por las cuales no acoge los argumentos desarrollados en estos documentos posteriores. Por lo tanto, esta etapa procedimental posterior constituye una oportunidad para el administrado, pero también para la Administración, que puede en este modo fortalecer el acto con una motivación más sólida.

Sobre el esquema general de la participación, que se aplica a todos los procedimientos, salvo las excepciones indicadas en el artículo 18<sup>o</sup>, se añaden algunas regulaciones especiales que tienden a hacer frente a las exigencias específicas de la acción que se lleva a cabo.

Ya se ha observado que la participación es siempre principalmente movida por el interés "privado" del ciudadano, por lo que ésta no sustituye la obligación de la administración de llevar a cabo una investigación completa, independientemente del hecho que los titulares de los intereses en juego hayan participado (y que eventualmente hayan todos participado) o no. Ahora, propiamente la participación puede, en este sentido, hacer más fácil llevar a cabo la finalidad de esta obligación, o, según los casos, también más dificultoso. En primer lugar, porque puede ser una participación parcial, de algunos intereses y no de otros; en segundo lugar, porque puede ser un riesgo de "captura" de la administración por parte de intereses fuertes y estructurados. Este riesgo se evita con regulaciones particulares que llegan a crear, al interno del procedimiento, lugares específicamente dedicados para un debate.

Hay, por ejemplo, un fuerte énfasis en el contradictorio procedimental en el derecho *antitrust*. Frente a la sospecha de que una empresa haya violado la regulación *antitrust*, ésta puede proponer a la autoridad la garantía de la concurrencia de concluir un acuerdo por el cual se asume ciertos "compromisos", los cuales ponen fin a la eventual violación y reparan las consecuencias ilegales del "ilícito" cometido<sup>22</sup>. En este caso, la autoridad publica los compromisos propuestos en su boletín, para que todos y específicamente las otras empresas concurrentes, puedan presentar sus observaciones, como también puede ser que la autoridad requiera información a terceros, solicitando así su participa-

19 Artículo 8<sup>o</sup>, co. III, Ley N° 241/1990.

20 Artículo 9<sup>o</sup> y 10<sup>o</sup> Ley N° 241/1990.

21 Artículo 10<sup>o</sup> bis, Ley N° 241/1990. Sobre el preaviso de rechazo, A. ZITO, Profili funzionali del procedimento, en V. CERULLI IRELLI (a cargo de), La disciplina generale dell'azione amministrativa, cit., p. 163 ss.

22 Artículo 14<sup>o</sup>, Ley N° 287/1990.

ción<sup>23</sup>. De esta manera, se crea un contradictorio no ya entre la administración y el privado, sino entre privados portadores de intereses potencialmente en conflicto, que permite a la administración adquirir conocimientos que de otra manera no está seguro de tener la posibilidad de adquirir.

Por otro lado, cuando haya una desproporción en la capacidad de acondicionamiento entre las distintas partes interesadas, puede ser necesario adaptar el esquema de participación a fin de reequilibrar la desproporción entre ellos, a fin de dar a cada uno de los intereses contrapuestos adecuada consideración. En estos casos, entre las respuestas que da el ordenamiento, está la de crear, en el procedimiento, un contradictorio efectivo entre las partes en conflicto. Una exigencia de reequilibrio entre las partes con fuerzas distintas se encuentra, por ejemplo, en la regulación del medio ambiente, en ésta se ha previsto que ciertas instancias, que pretenden obtener pronunciamientos que evalúan los efectos ambientales a proteger o actividades, deben ser publicados a costo del proponente en periódicos de adecuada difusión, con las indicaciones necesarias para entender el contenido; la administración posteriormente, además de recoger las observaciones hechas por los sujetos notificados, puede también disponer una investigación pública, para el examen del estudio de impacto ambiental, las opiniones expresadas por la administración pública y las observaciones de los ciudadanos<sup>24</sup>.

#### 4. DEL "DIÁLOGO" A LA "COLABORACIÓN" ENTRE ADMINISTRACIÓN Y PRIVADOS. EL PROCEDIMIENTO COMO LUGAR DE NEGOCIACIÓN DEL PODER.

El diálogo entre la Administración y privados deberían llevar, en los límites en los cuales sea posible y compatible con el interés general que se persigue, a una convergencia de los sujetos involucrados. Esta exigencia se manifiesta en diversos aspectos.

En primer lugar, las obligaciones específicas de cooperación gravan sobre el responsable del Procedimiento, al cual es requerido, no sólo llevar a cabo una investigación con la cual evalúa los requisitos de admisibilidad, los requisitos de legitimación y los presupuestos que son pertinentes para la emisión del pronunciamiento, incluso esclareciendo de oficio los hechos, pero también puede requerir la emisión de declaraciones y la corrección de declaraciones o instancias erróneas o incompletas<sup>25</sup>. El responsable se hace, de este modo, parte activa para verificar

si el interés del privado, más allá sus deficiencias específicas, puede ser satisfecho. El límite hasta el cual esta obligación se deba exigir no es fácil de identificar; ciertamente no puede llegar al punto de tener que "segmentar" la instancia presentada, cuando ésta sea parcialmente conforme con la Ley, para aceptar sólo las partes acogibles, porque la administración no puede sustituir a los intereses privados en la determinación de si un acogimiento parcial sería o no correspondiente a su interés<sup>26</sup>.

Además, con el fin de aliviar el exceso de burocracia al privado, por un lado está previsto que él pueda declarar la existencia, calidad y hechos de los cuales dispone, y luego será deber de la administración de comprobar su veracidad. En segundo lugar, la administración está prohibida de solicitar documentos o certificados relativos a estados, cualidad personal y hechos declarados en documentos, ya en su poder o que de cualquier manera se hallen a disposición para certificaciones, que deben ser adquiridos de oficio, previa indicación, por parte del interesado, de la Administración competente y de los elementos indispensables para la ubicación de la información o de los datos solicitados, o para aceptar la declaración sustitutiva hecha por el interesado<sup>27</sup>.

El diálogo sobre el cual se ha hablado en el párrafo anterior y la colaboración que debe poderse establecerse entre la Administración y privado puede llegar a la conclusión de un acuerdo administrativo que tiene como objeto el poder discrecional de la administración y que sustituye o integra el pronunciamiento administrativo<sup>28</sup>. Por supuesto, otros ordenamientos también prevén formas similares de negociación del poder: en este contexto el ordenamiento italiano prevé los acuerdos sobre el poder en términos generales, sin que deba haber previsiones expresas de la Ley para aceptarlo<sup>29</sup>. Es más, hay un evidente favor del legislador hacia la conclusión de los acuerdos, el legislador dispone que "con el fin de facilitar la celebración de los acuerdos (...) el responsable del procedimiento puede pre establecer un calendario de reuniones en las cuales invita, separadamente o contextualmente, al destinatario del pronunciamiento y eventuales interesados". Es más, se puede suponer, en virtud del principio de proporcionalidad, que sea una obligación, para la Administración, ante la propuesta de acuerdo, de evaluarla para verificar si ésta responde o no al interés público que la administración persigue en el caso en específico, con la consecuencia de que la administración no podría adoptar el acto unilateral

23 Resolución AGCM, 12 octubre 2006, en [www.aqcm.it](http://www.aqcm.it)

24 Artículo 24° D. Legislativo N° 152/2006.

25 Artículo 6°, Ley N° 241/1990.

26 T.a.r. Toscana, sez. III, 22 marzo 2004, N° 827

27 Artículos 46°, 47° y 43° DPR N° 445/2000.

28 Artículo 11, Ley N° 241/1990. Revítese sobre el tema, entre otros. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, en V. CERULLI IRELLI (encargado de), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 99 ss.

29 S. Torricelli, *Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative*, en R. NOGUELLOU, U. STELKENS, *Droit comparé des contrats publics*, Paris, 2010, p. 133 ss.

cuando el individuo haya expresado su disposición a aceptarlo a través de un acuerdo<sup>30</sup>.

Por otro lado, la estipulación del acuerdo importa consecuencias jurídicas relevantes. A los acuerdos se les aplica el derecho de los contratos y de las obligaciones establecidas en el Código Civil, en cuanto compatibles, por los cuales la estipulación transforma el régimen del supuesto de hecho de publicístico en (tendencialmente) privatístico. Por otra parte, el problema de establecer si y cuando el derecho privado sea compatible no es nada fácil de resolver; en abstracto, parece posible afirmar que la compatibilidad deba ser evaluada teniendo en cuenta que en estos casos, y no como una regla en las relaciones contractuales privadas, la administración todavía tiene un poder unilateral que, en ausencia de un acuerdo, permite conseguir el resultado al que el acuerdo da origen. Una excepción expresa del derecho privado se refiere a la atribución de un derecho de retractación de la administración, aunque sólo en presencia de motivos sobrevenidos de interés público y previo pago de una indemnización. Esto; sin embargo, constituye un endurecimiento de las disposiciones del régimen del acto administrativo, que puede ser revocado de conformidad con el artículo 21º quinto párrafo Ley N° 241/1990, también a raíz de una nueva evaluación del interés público originario. El acuerdo, por lo tanto, da al equilibrio de intereses concordado, mayor estabilidad respecto a aquel determinado con un acto unilateral.

Por otra parte, si el régimen del acuerdo es de naturaleza privatística, de todas maneras el Derecho Público tiene su espacio. El legislador ha establecido que la estipulación del acuerdo deba ser precedida de una determinación del órgano que tiene competencia sobre la adopción del pronunciamiento, con esto, por un lado, explicando las motivaciones que han justificado el acuerdo, por otro, facilitando la eventual impugnación por parte de un tercero perjudicado por el acuerdo tomado.

##### **5. LA CELERIDAD DEL PROCEDIMIENTO, LA FECHA LÍMITE Y LAS HERRAMIENTAS DE SIMPLIFICACIÓN DISEÑADAS PARA GARANTIZARLA.**

Entre los rasgos característicos de la evolución del Derecho Administrativo Italiano sin duda se puede

incluir la atención cada vez mayor sobre la forma de llevar a cabo la acción administrativa. Esto sobre la base del conocimiento de que la intervención de la Administración en protección del interés general asume un nivel diferente de violencia no sólo como consecuencia del éxito final del procedimiento y la decisión final de la Administración, sino también de la manera en la cual la Administración se relaciona con las personas involucradas: reconocer a éstos ciertos derechos procesales puede de hecho contribuir a mitigar el efecto imperativo del pronunciamiento unilateral que afecta su esfera jurídica.

Puede adscribirse a esta tendencia la previsión según la cual el Procedimiento debe necesariamente terminar con un pronunciamiento expreso dentro de un plazo predeterminado<sup>31</sup>, normalmente no más de noventa días<sup>32</sup>. Por otro lado, el derecho del interesado a que las cuestiones que lo afectan sean tratadas dentro de un plazo razonable constituye un componente fundamental del derecho a la buena administración reconocido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>33</sup>.

Donde el plazo no sea fijado, es el mismo legislador quien establecerá en vía residual que los pronunciamientos deban de todas maneras concluirse dentro de treinta días. Entonces, hay de todas maneras una regla de cierre: cada procedimiento tiene siempre un plazo, porque, en caso de incumplimiento de la administración llamada a fijarlo, es aplicable el previsto de forma residual.

El significado de esta normativa no debe ser malentendido. La previsión de un plazo máximo insuperable no significa que la Administración puede tomar todo el tiempo a disposición, cuando esto no sea necesario. El responsable del procedimiento tiene la obligación de "adoptar toda medida para el adecuado y solícito desarrollo de la investigación"<sup>34</sup> y, por otro lado, se ha establecido la prohibición para la administración de agravar el procedimiento sino por extraordinarias y motivadas necesidades devenidas en el desarrollo de la investigación<sup>35</sup>: ésta no puede entonces arrastrar el proceso artificialmente más allá de lo necesario, incluso a prescindir del respectivo plazo. Aún más incisiva, bajo este aspecto, la directiva europea sobre servi-

30 D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 332.

31 Véase, entre otros, sobre los diversos aspectos de la regulación del término: G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, en V. Cerulli Irelli (bajo la dirección de), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 251 y ss.; S.S. Scoca, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, en [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, en *Dir. Amm.*, 2003, 293; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

32 Artículo 2º, Ley N° 241/1990. Pueden ser a veces fijados plazos superiores a los noventa días pero no ciento ochenta, sólo por la naturaleza particular de los intereses públicos tutelados y a la particular complejidad del procedimiento.

33 Sobre el contenido del derecho a la buena administración, véase D. Sorace, *La buona amministrazione*, en M. Ruotolo (bajo la dirección de), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, p. 119 y ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto ad una buona amministrazione*, en M. P. Chiti, G. Greco (bajo la dirección de), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, p. 49 y ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 819 y ss.

34 Artículo 6º, co. I, literal a), Ley N° 241/1990.

35 Artículo 1º, co. II, I. Ley N° 241/1990. Comentada por: S. Tarullo, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, en *Diritto amministrativo*, 2008, 02, 437.



cios en el mercado interno<sup>36</sup>, la cual, refiriéndose a las autorizaciones para la prestación de servicios, dispone que el acto habilitante, es emitido prontamente tras un examen adecuado que determine que las condiciones establecidas para la obtención de la autorización se han cumplido: entonces, una vez que la investigación esté completa, el proceso que esté maduro para la decisión debe ser oportunamente concluido.

Por el contrario, no se puede obviar que, en el caso concreto, el término predeterminado de manera general para aquella tipología de procedimientos resulte inadecuado, por ser muy limitado. La ya señalada prohibición de agravamiento del procedimiento, impide que se puedan crear condiciones artificiosas que requieran una excepción; por otra parte, donde ésta sea indispensable, la Ley misma consiente una suspensión del transcurso del término, pero por una sola vez, por un periodo no superior a treinta días, y sólo con el objetivo de adquirir información o confirmaciones relativas a hechos, estados o calidad, no testimoniados ya en documentos que están en posesión de la administración o que no puedan ser obtenidos directamente ante otra administración pública<sup>37</sup>. La normativa se muestra en todos los casos extremadamente rígida; una eventual ineficiencia de la administración no encuentra tutela; por esto, cuando el procedimiento no esté adecuadamente desarrollado o completo, donde falten o si se dan las condiciones para la suspensión, ésta no puede “curar” su demora o retardo. Se determina así una condición de necesaria transgresión o falla: pues no se puede teorizar que la administración deba cerrar un procedimiento incompleto y que, por ser oportuno, deba adoptar un acto que sea o pueda ser ilegítimo, en esta contingencia, ésta deberá de todas maneras completar la investigación o instrucción, para adoptar luego una medida tardía, haciéndose responsable por las consecuencias ilícitas de la demora.

Entonces se puede observar que, sea cual sea el tipo de poder que la administración pública ejerce, obligatorio o facultativo, la discrecionalidad, en lo que respecta al “cuando” pronunciarse, está fuertemente comprimida: la administración tiene el deber de decidir dentro de un lapso determinado de tiempo, cuando incluso se trate solo de rechazar aquello que se le solicita. Por otra parte, no se puede obviar el hecho que el ciudadano, respecto de la acción administrativa, tiene un doble interés: de

«La subordinación de la actividad a una mera comunicación no excluye en todo caso que la administración esté obligada a un control, y por lo tanto a abrir un procedimiento que debería concluir con la verificación de la conformidad de la actividad señalada a las condiciones legales».

un lado, el interés a poder obtener un pronunciamiento favorable; de otro, tiene también el interés ulterior a saber si conseguirá o no la utilidad que el pronunciamiento puede ofrecerle. Es este interés, distinto y ulterior respecto al primero, al que va a satisfacer la obligación de concluir el procedimiento en el plazo adecuado.

Contribuyen a garantizar la razonabilidad de los tiempos del procedimiento una serie de normas, que en la economía de la Ley N° 241/1990, asumen la función de asegurar la fluidez del desarrollo del procedimiento. Esto en particular en relación a la actividad consultiva: los retardos en la absolución de puntos de vista u opiniones, constituyen de hecho uno de los factores más frecuentes de dilación de la acción. La prohibición de agravamiento del procedimiento debería impedir la solicitud de opiniones no necesarias, tal vez formulada con el fin de soliviantar la imputación de responsabilidad por la decisión, o distribuirla sobre otros órganos. Pero, más allá de esto, también cuando las opiniones deban o puedan ser solicitadas, el legislador ha establecido que éstas deben ser formuladas dentro de plazos rígidos<sup>38</sup>, transcurridos los cuales, el órgano competente debe necesariamente actuar independientemente de las opiniones alcanzadas, cuando éste sea facultativo, o que tuviese en todo caso la facultad de renunciar a éste, cuando sea obligatorio<sup>39</sup>. El procedimiento resulta en este modo temporalmente estancado en su ámbito interno, con la rigidez de plazos y también

36 Artículo 10°, párrafo V, Directiva 2006/123/CE.

37 Confróntese, G. CREPALDI, La sospensione del termine per la conclusione del Procedimento Amministrativo. En: Foro Amministrativo CDS, 2007, 1, p. 108.

38 El artículo 15° Ley N° 241/1990 dispone que los órganos consultivos de las administraciones públicas deben manifestar las opiniones obligatoriamente cuando son solicitados dentro de veinte días de recibida la solicitud; si son solicitados opiniones facultativas, son considerados a dar inmediata comunicación a la administración solicitante el plazo dentro del cual su opinión será dada, que en todo caso no puede superar los veinte días de recibida la solicitud.

39 Son excepciones los casos de opiniones que deban ser expedidas por la administración encargada de la tutela ambiental, paisajista, territorial y de la salud de los ciudadanos, que necesariamente deben ser adquiridas.

por cierta actividad instructora cuyo incumplimiento genera un silencio "no limitante"<sup>40</sup>. Con una norma que tiende a superar la desconfianza natural del responsable del procedimiento a proceder sin que el órgano consultivo se haya expresado, el legislador ha precisado que éstos no pueden ser llamados a responder por los eventuales daños derivados de la falta de manifestación de opinión<sup>41</sup>. Rápidamente se hace evidente un hecho que más adelante encontrará confirmación, el cual es que la legislación más reciente tiende a liberar al administrado de la parálisis ligada a la ineficiencia de la administración pública, aceptando el riesgo de que ésta termine ocasionando un detrimento para el interés público.

Una norma posterior merece ser mencionada, por su efecto de simplificar los procedimientos complejos, y que, como tales, contribuyen a garantizar el plazo razonable incluso en el caso de una pluralidad de administraciones implicadas. La regla del artículo 19°, en el caso que sea oportuno efectuar un examen contextual de varios intereses públicos implicados en un procedimiento administrativo, la administración competente puede establecer una reunión, denominada "reunión de servicios"<sup>42</sup>; el llevar a cabo esta reunión se vuelve obligatorio cuando la administración originaria, deba conseguir, acuerdos, consensos, o adhesiones, como se los quiera llamar, de otras administraciones públicas y no los obtenga, dentro de treinta días de la recepción de la solicitud por parte de la administración competente<sup>43</sup>.

El legislador, de este modo, ha creado un lugar único de diálogo entre todas las administraciones implicadas, que participarán en la reunión a través de un único representante legitimado, el cual explicará de manera vinculante la voluntad de la administración. Es un lugar donde convienen todos

los actos intraprocedimentales necesarios para llegar a adoptar una decisión final: en realidad, al fin de la reunión, valorados los resultados de la misma y teniendo en cuenta las posiciones prevalecientes expresadas en esta sede, el órgano originario adopta la determinación motivada de conclusión del procedimiento que sustituye para todos los efectos, cada acto de consentimiento de competencia de las administraciones participantes. Salvo algunas importantes excepciones, como consecuencia del disenso de algunas de las administraciones, que debe ser tenido en cuenta, esto no impide la adopción de resoluciones o pronunciamientos que se adecúen a las opiniones prevalentes<sup>44</sup>. Entonces, no sólo se tiene un efecto de simplificación procedimental, sino que la misma adopción de la decisión resulta inevitablemente facilitada.

## 6. EL SILENCIO Y EL RETARDO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EL "DERECHO" AL PRONUNCIAMIENTO.

La disciplina de los plazos parece particularmente eficaz pues el legislador no se está limitando a prever una obligación a cargo de la administración, sino que ha regulado hoy en día, de modo tendencialmente completo, la consecuencia de su violación.

El artículo 20° de la Ley N° 241/1990 prescribe que, en los procedimientos a instancia de parte, donde la administración no comunique al interesado dentro del plazo que tiene para pronunciarse de modo negativo, el silencio de la administración competente equivale a un pronunciamiento positivo de la solicitud y esto sin necesidad de posteriores instancias o aclaraciones<sup>45</sup>. Entonces, aunque limitadamente a esta tipología de procedimientos, el pasar del tiempo y la inobservancia del límite temporal impuesto no va en detrimento del adminis-

40 SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*. Bologna, 2007, 327.

41 Es parcialmente diversa la disciplina de las evaluaciones técnicas; el artículo 17° Ley N° 241/1990 dispone que cuando los órganos y entes que deben realizar la evaluación no provea, el responsable del procedimiento debe preguntar las mencionadas evaluaciones técnica a otros órganos de la administración pública o a entes públicos que estén dotados de calificación y capacidad técnica equivalente, o a institutos universitarios.

42 Sobre la reunión de servicios: F. BASSANINI, L. CARBONE, *La conferenza di servizi. Il modello e i principi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 173 y ss; D. D'Orsogna, *La conferenza di servizi. I procedimenti*, ibidem, p. 201 y ss.

43 La reunión puede ser también iniciada cuando en el mismo plazo haya habido disenso de una o más administraciones interpeladas es decir en los casos en los cuales se haya permitido a la administración originaria de pronunciarse directamente a falta de las determinaciones de las administraciones competentes.

44 SORACE. *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 331. Sin embargo, "donde haya un expreso motivado disenso de parte de una administración responsable de la tutela ambiental, paisajístico-territorial, del patrimonio histórico artístico o a la tutela de la salud y de la seguridad pública, la cuestión (...) es enviada de la administración originaria a la deliberación del Consejo de Ministros, que se pronuncia dentro de sesenta días, previo acuerdo con la Región o las Regiones y las Provincias autónomas interesadas, en caso de disenso entre una administración estatal o regional y un ente local o entre más entes locales. Si no se llega a algún acuerdo en los treinta días sucesivos, la deliberación del Consejo de Ministros puede ser de todas formas adoptada. Si el disenso motivado es expreso por parte de una Región o de una Provincia autónoma en una de las materias de su propia competencia, el Consejo de Ministros delibera en ejercicio de su propio poder sustitutivo con la participación de los Presidentes de las Regiones o de las Provincias autónomas Interesadas".

45 Sobre el silencio positivo: MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *la disciplina general dell'azione amministrativa*, cit., p. 265 y ss.; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Diritto amministrativo*, 2006, 01, 99; A. Travi, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, 01, 16.

trado, sino más bien del interés público, porque no obstante pudiese no reunirse los requisitos para la aprobación de la solicitud, de todas maneras tiene que ser considerada acogida. Se trata de una precisa elección al contrapesar diversos intereses, que privilegia la exigencia de garantizar al ciudadano una respuesta en un plazo previsible: cuando su actividad sea "disturbada" por una regulación pública que impone la exigencia de obtener previamente un título habilitante; es decir, cuando se soporta una presión de la esfera jurídica, el legislador da la garantía de que esto deba darse dentro de un cierto lapso de tiempo, transcurrido el cual, él pueda dar explicación de su decisión. Esto; sin embargo, al menos en parte, bajo propia responsabilidad: permanece de hecho, para la administración pública, el poder de anular o revocar el silencio positivo así formado, por el cual el administrado corre el riesgo de que sea, por parte de la administración que no se ha previamente expresado, un control tardío que lleve a intervenciones represivas.

Se debe; no obstante, resaltar que este control tardío tiene una capacidad inferior respecto de aquel que oportunamente la administración hubiera podido desarrollar. En realidad, antes de concretarse el silencio positivo, la administración tiene un poder pleno de control sobre la existencia de las condiciones de Ley y puede rechazar la instancia cuando simplemente no esté conforme con el marco normativo. Por el contrario, después de formarse silencio positivo, una vez determinado que no concurren tales condiciones, ella podrá recurrir a la anulación de oficio que, sin embargo, según la disciplina general<sup>46</sup>, es admitido sólo dentro de un plazo racional y siempre que antes se haya cumplido una evaluación comparativa de los intereses implicados (privados y públicos), considerado cada uno de ellos a la luz de las expectativas que se les haya confiado, que evidencien la preeminencia del interés público actual en la remoción del acto, respecto a la prevalencia de los intereses privados. De otro lado, podrá también darse una revocación del silencio positivo, que a su vez presupone el pagar una indemnización por los daños ocasionados al administrado que estaba confiado en la vigencia del acto<sup>47</sup>.

Las implicaciones en términos sistemáticos sobre el tono determinado por esta norma sobre la relación

entre autoridad y libertad no son insignificantes: que evidencia como, en línea de principio, la administración no tiene a disposición un tiempo ilimitado para tutelar el interés público y que una actuación no oportuna pueda paralizar la posibilidad de intervenir, en beneficio del interés del administrado. Se comprende entonces por qué en casos en los cuales los intereses públicos son particularmente sensibles, el silencio positivo no se aplica<sup>48</sup>, tales casos son de tal manera amplios que llevan a preguntarse si la regla general del silencio positivo no sea solo aparente, y si, como parece en concreto más sostenible, esta se aplica por el contrario en casos marginales. Por esto la relevancia en concreto del silencio positivo, en el ordenamiento italiano, más allá de las apariencias no debe ser sobrevalorada.

Hay, en cambio, otros casos, no muy frecuentes, en los cuales el legislador cualifica el silencio en términos opuestos, como silencio negativo. En este caso, se está nuevamente frente a un pronunciamiento ficticio, pero negativo para el solicitante, con la consecuencia de que el administrado deberá impugnarlo en el plazo perentorio previsto para la impugnación de los actos administrativos<sup>49</sup>; a falta de esto, la negativa deviene en definitiva y no controvertible. Hay un caso en materia de acceso a los actos administrativos: ante una instancia que desea tomar conocimiento de actos demorados por la administración, el transcurrir de treinta días sin una respuesta explícita equivale a la negativa de la instancia<sup>50</sup>.

En cambio, frecuentemente la inercia de la administración no es calificada por el legislador, y entonces ésta no tiene algún significado decisorio, por ello podría resultar capaz de paralizar, las aspiraciones del administrado, al desarrollo de la actividad subordinada a regulación pública, incluso donde ella resulte conforme a la Ley<sup>51</sup>. Esto replantea el problema de la tutela contra el silencio administrativo. La cuestión, que históricamente tiene muy comprometida a la jurisprudencia en la búsqueda de una solución que ofrezca tutela al administrado, si bien en el contexto de un sistema jurisdiccional todo centrado sobre la impugnación del acto administrativo y que mal se prestaba a gestionar la mera inercia, ha sido hoy resuelto por los artículos 31º, 34º y 117º del nuevo Código del Procedimiento Administrativo<sup>52</sup>. Una

46 Artículo 21º nonies Ley N° 241/1990.

47 Artículo 21º quinquies, Ley N° 241/1990.

48 En particular, dispone el artículo 20º, al co. IV, que los actos y procedimientos relacionados con el patrimonio cultural y paisajista, el ambiente, la defensa nacional, la seguridad pública, la inmigración, el asilo y la ciudadanía, la salud y la incolumidad pública, a los casos en los cuales la normativa comunitaria impone la adopción de pronunciamientos administrativos formales, a los casos en los cuales la ley cualifica el silencio de la administración como rechazo de la instancia, no así con respecto a los actos y procedimientos individuales con uno o más decretos del Presidente del concejo de Ministros, sobre la propuesta del Ministro para la función pública, en consenso con los ministros competentes.

49 Revítese sobre este punto y sobre los problemas que se exponen: M.C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del del silenzio significativo della pubblica amministrazione*, in *Foro amministrativo TAR*, 2009, 11, 3196.

50 Artículo 24º, co. IV, Ley N° 241/1990.

51 Sobre las diversos tipos de silencio: V. PARISIO. *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005 N° 15 e dalla l. 14 maggio 2005 N° 800*, in *Foro amministrativo TAR*, 2006, 7-8, p. 2798 y ss.

«El principio cardinal que guía la individualización del derecho aplicable al acto administrativo es, tradicionalmente, el principio *tempus regit actum* : cada acto debe ser regulado por la normativa vigente al momento en el cual este».

vez transcurridos los plazos para la conclusión del procedimiento, quien tiene interés puede solicitar el que se determine la obligación de resolver, en tanto perdure el impedimento y dentro de un año. En este caso, también, la expiración del plazo anual para la proposición de la acción preclude el recurso al juez contra el silencio, pero no impide la re proposición de la instancia, que generará en cabeza de la administración una nueva obligación de pronunciarse. Entonces, a diferencia de lo que sucede en el caso de falta de impugnación del acto administrativo en los plazos, esto es, la imposibilidad de replantear la discusión en razón a intereses determinados por el acto, en este caso, el plazo tiene un significado que se agota sobre el plano procesal y no repercute ni siquiera indirectamente en sentido preclusivo sobre el interés del administrado a obtener el pronunciamiento favorable.

Después del recurso, el juez ordena a la administración pronunciarse dentro de un plazo y si la actividad es vinculada puede también pronunciarse sobre la fundamentación de la pretensión<sup>53</sup>; si es necesario, se nombra en la sentencia un comisario *ad acta* que transcurrido el plazo adopta el acto en lugar de la administración. El aspecto más relevante de esta disciplina es el superar totalmente el dogma

de la indisponibilidad del poder: de un lado, el juez puede establecer la correspondencia de la instancia a la ley y además su fundamento, cuando no sean aspectos discrecionales, de otra parte, en el caso de que la administración se obstine a no pronunciarse pese a existir una orden judicial, interviene un comisario *ad acta* que la sustituye. Es, en suma, un derecho al pronunciamiento que el administrado tiene la garantía cierta de poder obtener.

Ciertamente, puede haber retrasos que produzcan un daño al administrado<sup>54</sup>. Al respecto, sin embargo, la posición de la jurisprudencia es en sobremodera restrictiva, limitando el resarcimiento de los daños solamente a los casos en que el privado haya obtenido luego un pronunciamiento favorable y excluyéndola en los casos de mero retardo en la adopción de un pronunciamiento de resultado negativo<sup>55</sup>. Tales posiciones no parecen coherentes, ni sobre el plano teórico, pues la tardía adopción de un acto negativo puede haber generado un daño derivado de la falta de certeza sobre si un cierto interés habría sido o no satisfecho, por ejemplo por haber perdido oportunidades alternativas, ni sobre el plano práctico, porque una solución similar puede constituir un elemento que luego induce a la administración demorada a no proveer de manera favorable, sabiendo que tiene en ese caso el deber de reparar el daño producido. El legislador, en el 2009, ha específicamente intervenido sobre este punto, disponiendo que “las administraciones públicas están obligadas al resarcimiento del daño injusto ocasionado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del plazo de conclusión del procedimiento”<sup>56</sup>, con esto parece querer superar precisamente la limitación al resarcimiento que la jurisprudencia había establecido<sup>57</sup>, el juez administrativo parece; sin embargo, mantener su propia posición restrictiva<sup>58</sup>.

## 7. EL RASTRO Y LA IMPACIENCIA SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PREVIA.

Si la disciplina del silencio muestra con evidencia la impaciencia del ordenamiento respecto a tipos

52 D. L. N° 2 luglio 2010, N° 104; en efecto pero una modificatoria de la ley sobre los Tribunales administrativos regionales (Ley N° 1034/171) por la Ley N° 205/200 y después una modificatoria a la ley sobre procedimiento, por efecto de la Ley N° 15/2005 y 35/2005 habían introducido la solución procesal que luego el código ha rebatido y precisado, Sobre los aspectos problemáticos del tratamiento procesal del silencio, ya F.G. Scoca, Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale, in Dir. Proc. amm. 2002, 02, 239.

53 Sobre la cuestión: C. BENETAZZO, Il potere del giudice amministrativo di “conoscere della fondatezza dell’istanza” nel giudizio avverso il silenzio – rifiuto della P.A. in foro amministrativo TAR, 2010, 2, 501; F. MANZONI, La tutela giurisdizionale del silenzio rifiuto tra attività vinculata e discrezionale: spunti di riflessione, in Foro amministrativo TAR, 2010, 3,775; E. Sticchi Damiani, Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale, in rivista giuridica dell’ambiente, 2010, 01, 1 ss; L. Iannotta, La conoscenza della legge 241 del 7 agosto 1990, in Diritto e proc. amm., 2009, 2, p. 357 y ss.

54 Específicamente sobre la problemática revisar R. CARANTA, Giulia VECCHI, Inerzia, silenzio ritardo: quale responsabilità per la pubblica amministrazione? In Resp. Civ. e prev., 2006, 09, p. 1397 y ss.

55 Constitución del Estado, ad. plen., 15 settembre 2005 N° 7; recientemente, Constitución del Estado, sez. V. 2 marzo 2009, n. 1162.

56 Artículo 2° bis Ley N° 241/1990.

57 Se puede profundizar sobre esto punto, Anna LAZZARO, La certezza dei tempi dell’azione amministrativa nella Ley N° 69/2009, in www.giustamm.it

58 T.A.R. Veneto, sez. III, 23 febrero 2010, N° 496, T.A.R. Roma Lazio sez. III; mayo 2010, N° 9940.

de ineficiencia que repercuten sobre el interés del administrado, al punto de ofrecer a este último la garantía procesal cierta de llegar a un buen pronunciamiento, tal impaciencia resulta aún más marcada en la regla establecida en el artículo 19° Ley N° 241/1990, relativa a una institución que ha adquirido durante el tiempo el nombre de denuncia de inicio de actividad, declaración de inicio de actividad y que hoy, después de una reciente regla, es denominada comunicación certificada de inicio de actividad<sup>59</sup>. Es más, aparecen particularmente significativas las circunstancias de tal norma<sup>60</sup>, que ha sido repetidamente modificada, cada vez acentuándose el carácter de favor hacia la libertad del administrado.

Cada autorización existente en el ordenamiento, sea cual sea su *nomen juris*, resulta automáticamente sustituida por una simple comunicación, cuando su otorgamiento está subordinado a meras comprobaciones (por lo tanto no necesita el ejercicio de poderes discrecionales), siempre que no se trate de autorizaciones accesorias o sujetas a programaciones y con la excepción de sectores expresamente mencionados, en los cuales el interés público sea a tal punto sensible que no permita derogar la exigencia de un acto previo de concesión por parte de la administración<sup>61</sup>. El legislador, entonces, ha introducido de improviso una especie de válvula de escape, capaz de convertir la normativa existente en sentido simplificador, constituyendo un instrumento automático de uniformización del sistema con el objeto de aligerar al administrado de excesivas cargas burocráticas.

Una reciente modificación de la norma<sup>62</sup> ha ulteriormente acentuado su impulso reformador. En su versión original, el declarante debía esperar un lapso de tiempo de treinta días desde la presentación de la declaración, antes de iniciar a desarrollar la actividad, dando de este modo la posibilidad a la administración eficiente de desarrollar un control previo. Por el contrario, hoy, por expresa previsión legislativa, la actividad objeto del permiso puede ser iniciada en la fecha de la misma presentación de la solicitud ante la administración competente. Está además regulado que, en los casos en los cuales la ley prevé la obtención de opiniones de órganos o entes competentes, o también la ejecución de verificaciones preventivas, éstas sean de alguna manera sustituidas por las auto certificaciones, confirmacio-

nes y aseveraciones o certificaciones, sin perjuicio de las verificaciones sucesivas de los órganos y de la administración competente. Esta ulterior modificación no parece irrelevante a los fines de la reconstrucción dogmática del supuesto de hecho: parece difícil, en este punto, negar que la actividad del privado esté legitimada por el solo hecho de ser conforme a la ley, a prescindir de cualquier intervención administrativa, aunque sea potencial.

Esta norma, en sus progresivas modificaciones, puede ser considerada como un tornasol de las líneas de tendencia del derecho administrativo italiano, en la cual la centralidad de la persona empuja a atenuar la carga burocrática de resolver, para desarrollar la propia libertad, impidiendo que ineficiencias o mecanismos elusivos de la administración pública se proyecten en una parálisis de la actividad privada. De otra parte el derecho europeo está ejercitando presiones en este sentido. La directiva europea relativa a los servicios en el mercado interno consiente la introducción de filtros al ejercicio de la actividad de prestación de servicios, sólo donde estos sean justificados por motivos imperativos de interés general, y de todas maneras debe ser acogida la medida menos restrictiva capaz de satisfacer aquellos intereses; en particular, la introducción o el mantenimiento de la obligación de conseguir una autorización, como condición para iniciar la prestación de servicios, es consentida sólo cuando un control *a posteriori* interviniese muy tarde para tener real eficacia<sup>63</sup>. Es verdad que subsiste para los estados miembros la individualización de los intereses a perseguir a través de la introducción de un mecanismo autoritativo; sin embargo, es evidente el impulso que en este modo la Unión Europea ejercita, obligando cuando menos a cada uno de los estados miembros, a una revisión de los propios instrumentos autoritativos, para verificar la congruencia respecto a los objetivos establecidos. De otra parte, tal exigencia de congruencia puede también recavarse del derecho constitucional nacional: limitaciones a la libertad de iniciativa económica, garantizada por el artículo 41° de la Constitución Italiana, que no sean proporcionales a los intereses que pretende perseguir y que comprimen en medida no necesaria aquella libertad, podrán considerarse de hecho constitucionalmente ilegítimos.

La subordinación de la actividad a una mera comunicación no excluye en todo caso que la administración esté obligada a un control, y por lo tanto

59 En términos generales, y sobre el debate generado rápida y sucesivamente, por el instituto, se revise L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996; E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo: il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino 2008.

60 Tales asuntos son puntualmente seguidos por E. Scotti, *Denuncia d'inizio attività e proceso amministrativo: verso nuovi modelli di tutela*, in *Foro amministrativo CDS 2009*, 2, p. 488 y ss.

61 Resultan excluidos los casos donde existan vínculos ambientales, paisajistas o culturales, los actos expedidos por la administración responsable de la defensa nacional, la seguridad pública, la inmigración, al asilo, la ciudadanía, la administración de justicia, la administración de finanzas, las impartidas por la normativa comunitaria, las actividades económicas de prevalente carácter financiero.

62 Para un primer comentario revítese F. LISENA, *Dalla DIA alla SCIA: storia di una metamorfosi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

63 Revítese en particular el artículo 9° directiva 2006/123/CE.

a abrir un procedimiento que debería concluir con la verificación de la conformidad de la actividad señalada a las condiciones legales. No es casual que la institución pueda ser considerada una forma de simplificación respecto al administrado, pero no respecto a la administración, que es más ve a la norma que disciplina su actividad ponerse más estricta. Sucedido esto, la administración competente, en caso de una evidente carencia de los requisitos y de los presupuestos a los cuales la actividad está subordinada, en el plazo de sesenta días de recibir la comunicación mencionada en este párrafo, adopta pronunciamientos motivados de prohibición de continuar con la actividad y de remoción de los eventuales efectos dañosos de ésta, salvo que, cuando esto sea posible, el interesado logre la conformidad con la normativa vigente de la mencionada actividad y de sus efectos dentro de un plazo fijado por la administración, en cada caso no inferior a treinta días. Esto es posible también ocasionalmente en caso de declaraciones sustituidas por certificaciones y de un acto de notoria falsedad o engaño.

Una vez transcurrido el plazo de los sesenta días, el poder administrativo no cesa sino que se reduce. La norma ha procurado mantener a salvo el poder de la administración competente, para asumir determinaciones, pero solo en caso de autotutela, utilizando, por lo tanto las reglas de los artículos 21° quinto y noveno párrafo, Ley N° 241/1990, respectivamente concernientes a la revocación y anulación de oficio. La referencia del legislador a estos institutos parece impropia pues en rigor, y no obstante las incertezas jurisprudenciales sobre este punto, parece poderse decir que no hay en este caso ningún acto para anular o revocar<sup>64</sup>: se está ante una mera comunicación o una omisión de un preciso control en el plazo o un control errado. En cada caso, como ya se ha observado tratándose del silencio positivo, el poder de inhibir la actividad resulta de todas maneras limitado, porque limitada es la posibilidad para la administración de utilizar los instrumentos de la anulación de oficio y de la revocatoria.

La reforma del 2010, ha demostrado la tendencia a reducir la invasividad de la intervención pública, y ha introducido una ulterior limitación consintien-

do una intervención tardía solo en presencia del peligro de un daño para el patrimonio artístico y cultural, para el ambiente, para la salud, la seguridad pública o la defensa nacional, y siempre previa certeza motivada de la imposibilidad de tutelar tales intereses mediante la conformidad de la actividad de los administrados a la normativa vigente. Se hace evidente cómo la relevancia de la confianza del administrado respecto a la falta de oportuna represión de la actividad implica así un neto debilitamiento del interés público implicado en el supuesto de hecho<sup>65</sup>.

## 8. PROCEDIMIENTO Y DERECHO APLICABLE

El principio cardinal que guía la individualización del derecho aplicable al acto administrativo es, tradicionalmente, el principio *tempus regit actum*<sup>66</sup>: cada acto debe ser regulado por la normativa vigente al momento en el cual este ha sido creado. Esto es válido ya sea respecto a normas procedimentales, ya sea en relación con normas que fijan los presupuestos del acto. Así, se cambian las reglas procedimentales, porque por ejemplo una norma sobrevvenida requiere nuevos pareceres o nuevos actos instructores, estos pareceres o estos actos deberán ser requeridos, también si el procedimiento, al momento en que la normativa sobrevvenida esté ya vigente. Lo mismo en cuanto respecta a los presupuestos sustanciales. Un ejemplo que ocurre habitualmente en la práctica: aquel de la solicitud de un título habilitante, en pendencia del cual intervienen nuevas normas que no conceden su acogimiento o procedencia. También en este caso, la administración deberá aplicar la nueva regulación, aunque haya sido presentada a la instancia en vigencia de la precedente<sup>67</sup>.

El inicio del procedimiento no tiene entonces el efecto de cristalizar la normativa aplicable. Esto da a preguntarse, todavía, si la acentuación del rol garantista del procedimiento, además de la cada vez más relevante tutela del ciudadano, no ponga o no pueda poner en discusión lo categórico del principio. En efecto, la jurisprudencia parece haber introducido algunas sutiles características, si bien tímidamente y sin resultados que puedan darse por consolidados. Sí es, por ejemplo, considerado que la instancia de una autorización comercial, en cuanto

64 A. TRAVI, Silenzio-assenso, denuncia di un inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati. cit., p. 16.

65 La introducción de la comunicación previa como única condición legitimante, actividad subordinada a meras investigaciones, plantea problemas significativos concernientes a la tutela de los intereses contrarios a aquellos de quien aspira a dar curso a la actividad. En el asunto no está solo implicado el interés público, además de poner en peligro de riesgo que el control fallido consienta el ejercicio de actividad sustancialmente contraria a este, pero también los intereses de los terceros. El sistema de justicia administrativa italiano en verdad, históricamente, se liga a la idea de la impugnación del acto administrativo, y si el caso también ficticio. Esto explica la molestia de la jurisprudencia, que ha debido gestionar, con instrumentos inadecuados los intereses del tercero que solicita tutela contra la actividad contra ius que la administración no ha prohibido. La resolución fallida del problema teórico sobre la naturaleza del instituto genera la incerteza de la jurisprudencia, que ha desarrollado tesis diversas, sobre las cuales se revise E. SCOTTI, Denuncia d'inizio attività e proceso amministrativo: verso nuovi modelli di tutela, cit, 488 ss.

66 Revítese sobre este punto, G. COMPORI, Tempus regit actionem: contributo allo studio del diritto intertemporale del procedimento amministrativi, Torino, 2001.

67 T.a.r. Trento Trentino Alto Adige sez. I, 3 junio 2010, N° 149; T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, 28 mayo 2010, N° 1389.

importa una actividad preliminar compleja y onerosa, genera una legítima confianza del administrado a la aplicación de las regulaciones más favorables vigentes al momento de la presentación de la instancia, por lo que no cambian en seguida por sobrevenir normativas restrictivas, que la administración no puede desatender sino sobre la base de específicas y motivadas exigencias de interés general<sup>68</sup>. Deriva una suerte de compromiso, por el cual el administrado no tiene verdaderamente un derecho incondicionado a la aplicación de la normativa más favorable, sino a una expectativa cualificada, que surge en el momento en el cual el procedimiento se abre, y que la administración puede pasar por alto sólo en presencia de específicos intereses públicos que requieren la aplicación de la nueva regulación también a los procedimientos en curso.

La siguiente característica se manifiesta en relación a los procedimientos que se articulan en una pluralidad de sub procedimientos, como sucede, por ejemplo, en los procedimientos de selección, en caso de modificación normativa entre la adopción del aviso y la actuación de las pruebas. La jurisprudencia sobre este punto no es unívoca. Haciendo aplicación del principio de *tempus regit actum*, se ha habitualmente afirmado que la fase de formación y aprobación de la graduación final es autónoma, y justamente esto impone tenerla sujeta a las previsiones de Ley sobrevenidas al aviso<sup>69</sup>.

En otros casos, ha sido sostenido lo inverso y consideradas inaplicables modificaciones sobrevenidas, en base a consideraciones diversas, derogando expresamente el principio *tempus regit actum* y retomando el principio de garantía, se ha afirmado que la adopción del aviso genera un efecto de consolidación de posiciones subjetivas, que impiden aplicar reglas diversas; otras veces en cambio ha realizado simplemente una aplicación menos estricta del mencionado principio, dando relevancia al hecho de que el sub procedimiento que llevaba a la adopción del aviso estaba ya concluido y firme y que cada segmento de la acción administrativa – si provisto de un nivel suficiente de autonomía- debe ser sujeto a la normativa vigente, con la consecuencia que propiamente la regla *tempus regit actum* importa que la nueva norma encuentre aplicación para la fase procedimental que, al momento de su entrada en vigor, no esté aún realizada<sup>70</sup>.

Una consideración aparte debe ser dedicada al problema de las modificaciones normativas sobrevenidas a la presentación de una aplicabilidad del

principio *tempus regit actum* a la (actividad administrativa puesta en sí frente de una) comunicación certificada de inicio de actividad efectuada por el privado. Emerge, entonces, la importancia de una aclaración sobre la naturaleza del instituto, que condiciona también bajo este punto de vista al régimen jurídico. La jurisprudencia, que ha debido afrontar especialmente el problema del derecho aplicable, generalmente ha afirmado que el supuesto de hecho se perfecciona no en el momento de la presentación del acto privado, sino una vez consumado el procedimiento de control, por el cual las normas que intervienen en este lapso de tiempo constituyen parámetros relevantes de legitimidad de la actividad comunicada y permitirían a la administración bloquear la actividad que en su lugar, al momento de la comunicación, habría sido legítima<sup>71</sup>.

Emerge claramente también en relación a esto, un aspecto de la jurisprudencia que termina con el desprestigio del impulso innovativo del instituto. Hay que preguntarse por otro lado si la reciente modificación normativa que consiente el inicio de la actividad ya en el momento de la comunicación sin esperar que se cumplan los plazos de control, no obliga también a un replanteamiento del tema.

#### 9. LOS VICIOS PROCEDIMENTALES: LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO ENTRE REGLAS SOBRE LA "FORMA" Y REGLAS SOBRE LA "SUSTANCIA"

La introducción de reglas procesales definidas y estrictas hacen surgir inevitablemente el problema de las consecuencias ligadas a su inobservancia. En términos generales, los actos administrativos resultan ilegítimos y por tanto anulables por violación a la Ley, exceso de poder e incompetencia<sup>72</sup>. La inobservancia del procedimiento, legislativamente codificado, configura evidentemente una hipótesis de violación de la Ley que, como tal, debería conducir a la anulación del acto final.

Una similar configuración podría; sin embargo, ser considerada una simplificación, ya que así se deja de lado el carácter instrumental de las reglas del procedimiento, que contribuyen al correcto ejercicio del poder también en la sustancia. Entonces, si, no obstante la violación, el poder resulta correctamente ejercitado, derivar de ella la anulabilidad del acto podría transformar el contencioso administrativo en un contencioso excesivamente formalista. De otra parte, en frente a un acto sustancialmente correcto, la sanción de la anulación por que el *iter* no ha sido correcto, corre el riesgo de no lograr

68 T.a.r. lombardía, Milano, sez. IV, 30 julio 20007, N° 5468; a commento: G PORALURI, Sopravvenienze normative e procedimenti autorizzatori: "tempus regit actum", In Foro amministrativo TAR, 2008, 4, 952.

69 T.a.r. Lazio, I, 7 agosto 2002, N° 7047.

70 T.a.r. Puglia, Bari, I. 25 octubre 2006, N° 4069.

71 T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 11 gennaio 2010, N° 12.

72 Artículo 21° octavo párrafo, Ley N° 241/1990. Esto siempre que el vicio no genere en nulidad del acto, el que se da, en las interpretaciones del artículo 21, cuando al acto le falten elementos esenciales, esté viciando por un defecto absoluto de atribución o violación o elusión de la cosa juzgada, así como, en otros casos específicamente previstos por la Ley.

nada con respecto a la tutela, porque, salvo los casos de debilitamiento del poder, el acto podrá después ser re adoptado exactamente con el mismo contenido.

Con la formalización del procedimiento, la jurisprudencia ha debido, en primer lugar, delinear el régimen jurídico de la violación de las reglas procedimentales, buscando conciliar la necesidad de no descualificar el valor de la regla que impone la comunicación, con la necesidad de no alimentar la controversia mientras que el acto resulte sustancialmente legítimo.

En el 2005, sobre el punto comentado ha intervenido expresamente el legislador, introduciendo un artículo 21 octavo párrafo, que ha dictado una disciplina general de los vicios procedimentales y una disciplina específica de la fallida comunicación de inicio del procedimiento. En términos generales, en realidad, no es anulable el pronunciamiento adoptado en violación de normas sobre el procedimiento (o sobre formas de los actos) cuando, por la naturaleza vinculada del pronunciamiento, está claro que su contenido dispositivo no habría podido ser diverso de aquel en concreto adoptado. Se trata de una norma más bien estricta, que excluye la anulabilidad solo cuando el pronunciamiento esté vinculado, ya que cualquiera haya sido el estado del procedimiento seguido, éste no logra incidir sobre el contenido del acto a adoptar. Se requiere también que el hecho de que el contenido del pronunciamiento no habría sido diverso, surja de manera evidente: resultan así excluidas del ámbito de aplicación de la norma los casos en los cuales pese a que el acto esté por ejemplo vinculado, pero la verificación de sus presupuestos sea una verificación compleja, de modo que no sea claro si el acto pueda o no tener un contenido diverso a aquel adoptado<sup>73</sup>.

En cuanto a la fallida comunicación, ésta tampoco genera anulabilidad donde se demuestre en juicio que el contenido del pronunciamiento no habría podido ser diverso de aquel adoptado en concreto. La norma, en este caso, no limita la exclusión de la anulabilidad a los casos de pronunciamientos

vinculados, pero la consiente también en relación a actos discrecionales, subordinadamente a la prueba que la administración debe dar sobre el hecho de que la participación del privado no habría podido cambiar el contenido del acto.

De otra parte, es claro que procedimiento y sustancia pueden condicionarse, también en modo potencial, y entonces el procedimiento se refleja sobre el régimen de validez del acto; cuando este condicionamiento falta, la sanción de anulación parecería una forma de híper protección del sujeto privado.

Las normas en cuestión han alimentado un vivaz debate doctrinal, sobre definir el ámbito aplicativo de las normas, pero también a reconstruir el "estado" del pronunciamiento que ha violado la ley pero no es anulable. Sobre el primer aspecto, se ha preguntado si la exclusión ligada los actos vinculados vale sólo para los actos vinculados en abstracto o en abstracto discrecionales pero en concreto vinculados. Se ha preguntado también si el juez puede verificar de oficio la exclusión de la anulabilidad. También sobre el segundo aspecto las tesis propuestas son las más diversas, por su parte tampoco la jurisprudencia puede decirse unívoca. A veces se considera que la norma violada ha alcanzado en todo caso su objetivo, de este modo la violación configura una mera irregularidad. En otros casos se considera que el acto es legítimo, porque las reglas procedimentales en este caso no observan el régimen del acto, pero atribuyen situaciones subjetivas autónomas en el ámbito de una relación que se constituye entre la administración y el privado, cuya tutela no juega sobre el plano de la anulación, sino del resarcimiento del daño. Otras veces se refiere que la infructuosa anulabilidad juega sobre el plano procesal, y que dependa de la inexistencia de un interés al recurso<sup>74</sup>. Lo que es cierto es que aunque la nueva regulación del artículo 21°, sobre la base de una evolución en que en cierta medida la jurisprudencia puso las premisas, ha atenuado el carácter formalista del juicio administrativo, valorizando la sustancia del poder ejercitado. CA

73 Para un examen amplio de esta norma: D. CORLETTI, Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo, In *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 01, p. 33 y ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, Torino, 2007, p. 542 y ss.; V. Cerulli Irelli, Note critiche in materia di vizi formali agli amministrativi, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 187 y ss.

74 Para conocimiento del debate sobre el tema: L. FERRARA, La partecipazione tra "illegittimà" e "illegalità" considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Diritto amministrativo*, 2008, 01, p. 103 y ss.

75 Revisese sobre este punto, G. COMPORTI, Tempus regit actionem: contributo allo studio del diritto intertemporale del procedimento amministrativi, Torino, 2001.