

LA REFORMA DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA Y EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS EN ITALIA

JUAN J. GUTIÉRREZ ALONSO

Becario de investigación del Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

1. Aspectos generales de la reforma.—2. Ámbito de aplicación de la nueva Ley 15/2005.—3. El principio de transparencia en la actividad administrativa.—4. Especial mención a los principios comunitarios.—5. La actuación de las Administraciones conforme a las reglas del Derecho privado y el ejercicio de funciones de carácter público por entes privados.—6. Reelaboración de las normas sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos.—7. Un nuevo instituto: el preaviso desestimatorio.—8. Sobre el régimen jurídico de los actos administrativos.

RESUMEN

En este artículo se analizan algunas de las principales innovaciones introducidas por la Ley 15/2005. Se pueden reagrupar en cuatro apartados. En primer lugar estarían las referidas a los principios generales de la acción administrativa, las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado y el empleo de una u otra opción en el ejercicio de la actividad administrativa. En segundo lugar, la referidas al procedimiento; también a la disciplina del silencio y de la participación. En tercer lugar, las normas referidas a los procedimientos de segundo grado, la disciplina de la eficacia, de la ejecución del acto administrativo y la invalidez. Un sector de gran importancia y trascendencia que se incorpora en la nueva Ley, a pesar de que tradicionalmente no ha sido objeto de regulación legislativa, sino más bien fruto de elaboración jurisprudencial. En cuarto lugar, la nueva Ley reescribe el régimen jurídico del acceso.

Palabras clave: acción administrativa; eficacia; eficiencia; principios generales; simplificación.

ABSTRACT

This article looks at the principal changes introduced by Law 15/2005 in Italy. In general, these changes can be grouped into 4 categories. Above all, there are those changes to the overriding general principles of the administrative action and the relationship between the public and private rights and therefore the appropriateness of one or another in the exercise of administrative actions. Secondly, there are those changes associated with the transparency of the procedure, about silence and participation. Thirdly, there are those changes to the second grade procedures, the efficacy and execution of these provisions, and of their invalidity. The fact that the new law focuses on a particular sector in depth, is the most important feature of the new legislation, which has traditionally not been concerned with normative legislation (except in certain aspects) but the result of the legal process. Finally, the new law overhauls the access process.

Key words: administrative action; efficacy; efficiency; general principles; simplification.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA

El pasado 26 de enero de 2005, tras un largo y polémico proceso de tramitación, la Cámara de los Diputados italiana aprobó definitivamente el proyecto de Ley que reformaba la Ley 241/1990, de 7 agosto, sobre nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos¹. Dicho proyecto, una vez pasado el trámite parlamentario, se convirtió en la Ley 15/2005, de 11 de febrero, *modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el 21 de febrero de 2005 y en vigor desde el 8 de marzo del mismo año.

La reforma efectuada, como era de esperar habida cuenta su importancia y trascendencia, ha provocado múltiples y dispares reacciones en la doctrina publicista italiana, sucediéndose durante toda su tramitación, y sobre todo a partir de la aprobación definitiva de la Ley y su entrada en vigor, interesantes comentarios que facilitan la comprensión de las modificaciones que se han realizado, muchas de las cuales afectan a instituciones fundamentales del Derecho administrativo italiano, como vamos a ver a continuación².

¹ Se trata del proyecto de Ley 3890/B, «*modifiche ed integrazioni alla legge 241/90, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*», el cual proviene de la conocida «*proposta de Ley Cerulli Irelli*» de la XIII legislatura, que era el anterior proyecto de Ley presentado y aprobado por la Cámara de los Diputados en el año 2000, pero que quedó pendiente de aprobación a consecuencia del final de la legislatura. En cualquier caso, hay que señalar que esta nueva norma es fruto de los trabajos efectuados por la Comisión para el examen de iniciativas legislativas sobre temas de actividad administrativa y tutela del ciudadano. Comisión que fue constituida por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros el 23 de julio de 2001. En cuanto al trámite de aprobación, hay que indicar que el proyecto de Ley 3890/B fue aprobado por el Senado de la República, el 10 de abril de 2003; a continuación por la Cámara de los Diputados, el 14 de enero de 2004; nuevamente, con ciertas modificaciones, el 21 de julio de 2004, por la Comisión Permanente del Senado de la República, y, finalmente, por la Cámara de los Diputados, el pasado 26 de enero de 2005.

² Algunos de los comentarios más interesantes se encuentran en la edición especial sobre la reforma de la Ley 241/1990 de la revista *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, *Articoli e Note*, disponible en la página web <http://www.giustamm.it>. En ella participan, entre otros autores: Filippo SATTÀ, que, en su artículo «La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità», alerta de las dudas y peligros que se han introducido con la reforma, sobre todo en lo concerniente al régimen jurídico de la nulidad y anulabilidad de las resoluciones administrativas; también Antonio ROMANO TASSONE, en «Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990», señala que en general la nueva Ley es positiva y, si hacemos una lectura sistemática, incluso las lagunas y oscuridades que presenta podrían ser solventadas. Respecto a la anulabilidad del acto administrativo, resulta especialmente interesante la contribución de Fabrizio FRACCHIA y Massimo OCCHIANA, «Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve». También se pueden ver más contribuciones en la edición especial sobre la Ley 15/2005 del *Giornale di Diritto amministrativo*, núm. 5/2005. Participan, entre otros, Bernardo MATTARELLA, «Il provvedimento amministrativo»; Giulio NAPOLITANO, «L'attività amministrativa e il diritto privato»; Gianluca GARDINI, «La conferenza di servizi»; Aldo SANDULLO, «L'accesso ai documenti amministrativi»; y Tommasi Di NITTO, «Il termine, il responsabile, la partecipazione, la d.i.a. e l'ambito di applicazione della legge». Por último, indicar que la revista *Il foro amministrativo* recogerá en un número especial las reflexiones del seminario sobre la reforma de la Ley 241, dirigido por el profesor Fabrizio FRACCHIA, que tuvo lugar en la Universidad Bocconi de Milán durante el mes de mayo de 2005.

La Ley 241/1990, como ha indicado LONGOBARDI, vino a materializar un hito fundamental en la historia del Derecho administrativo italiano, representando ni más ni menos que la transición del denominado «*Estado administrativo*» a la «*Administración democrática*»³. Esa transición se materializó cubriendo la inexistencia de una regulación común del procedimiento administrativo y, sobre todo, estableciendo un nuevo tipo de relaciones entre la Administración y los ciudadanos sobre la base del criterio de transparencia administrativa⁴. Ahora, en cambio, como se venía demandando por gran parte de la doctrina publicista italiana, y en consonancia con las reformas constitucionales efectuadas años atrás, lo que se pretende es reforzar los mecanismos de tutela de los ciudadanos frente a la acción pública y contribuir a la modernización de la Administración mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficiencia, eficacia y capacidad⁵.

Para la consecución de esos objetivos, la Ley 15/2005 ha introducido nuevos instrumentos de actuación, ha reformado los existentes y, además, como supuesta novedad, declara expresamente que los principios comunitarios son aplicables en la actuación administrativa.

Con carácter general, se puede afirmar que el legislador italiano pretende también con esta reforma acercar la relación entre la Administración y los ciudadanos a un plano de cierta igualdad y reciprocidad en determinadas situaciones jurídicas, derechos, deberes, por supuesto en lo que se refiere a la posibilidad de intervención, y también en lo concerniente a la responsabilidad. Así, la tutela de las garantías de los ciudadanos frente a la acción de los poderes públicos y la idea de modernización de la Administración, de alguna forma, quedan vinculadas a ese progresivo acercamiento entre la posición jurídica de la Administración y la de los ciudadanos. La justificación de este proceso de *igualación* la podemos encontrar también en la necesidad de dar respuesta satisfactoria a las exigencias que se derivan de los criterios de eficiencia y eficacia en la actuación administrativa, verdaderos artífices de la supuesta tendencia hacia la limitación de los poderes de la Administración en determinados ámbitos, impulsores también de algunas de sus reformas estructurales y, por supuesto, causa fundamental de la simplificación de los procedimientos administrativos⁶.

³ N. LONGOBARDI, «La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione», en *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, Articoli e Note.

⁴ De la Ley 241/1991 existe una traducción al español, con introducción explicativa realizada por Antonio FANLO LORAS, en el núm. 124 de esta REVISTA, enero-abril de 1991.

⁵ Sobre la modernización de la Administración pública en Italia, véase el trabajo de Luisa TORCHIA, «La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento», en *Le Regioni*, núm. 23, 1997, págs. 333 y ss. También resulta muy ilustrativo a este respecto el comentario que realiza Sabino CASSESE en la presentación del trabajo de Gianluca GARDINI, *Modernizzare l'amministrazione pubblica: il libro bianco del Regno Unito*, Clueb-SPISA, Bologna, 2000.

⁶ En este punto, es importante señalar que la pretendida equiparación de la posición jurídica de la Administración con la de los ciudadanos no solamente se justificaría en algunos casos por las necesidades de protección de la esfera jurídica del particular frente a la acción del ente público, o por exigencias prácticas derivadas de los mencionados criterios de eficacia y eficiencia, sino también por el reconocimiento de la existencia de ámbitos o

En este sentido, el profesor ENTRENA CUESTA, allá por los años cincuenta, hay que recordar que analizó uno de los más importantes procesos de reforma de la Administración pública italiana, la cual afectó de lleno a la disciplina de la acción administrativa⁷. A la oleada de iniciativas legislativas de aquel momento (anteproyecto de Ley sobre los Tribunales Administrativos Regionales, proyecto de Ley sobre la participación del Tribunal de Cuentas en el control de la gestión financiera de los entes a que el Estado contribuye en vía ordinaria, proyecto de Ley general sobre la acción administrativa, etc.) le sucedió una ingente actividad jurisprudencial y doctrinal que ha perfilado el actual estado del Derecho administrativo italiano, siendo una constante muy acentuada ya en ese tiempo la búsqueda de fórmulas que facilitarían la simplificación de la actuación administrativa para hacerla, precisamente, más eficaz y eficiente⁸.

La nueva regulación apunta también en esta dirección y a lo largo de toda su tramitación se ha incidido especialmente en la necesidad de simplificar, clarificar y acelerar los procedimientos. Para ello, la Ley 15/2005 se ha completado con el Decreto-Legge de 14 marzo 2005, n. 35, «*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*», convertido en la Legge n. 80, de 14 maggio 2005, «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*», cuyo artículo 3 del capítulo II se refiere precisamente a esta simplificación administrativa en sede de declaración de inicio de actividad, realizándose una serie de modificaciones en la Ley 241/1990 para

sectores de actuación en los que la cooperación, el consenso e incluso la *confianza* en el particular por sus especiales características y/o cualificación —muchas veces mejores que las de la propia Administración— parecen mucho más convenientes que la dirección, ejecución y control exclusivo del ente público. Este planteamiento, de alguna forma, hace resurgir el clásico debate acerca de si el Estado y el individuo están en un plano de igualdad jurídica o, por el contrario, las relaciones entre Estado y ciudadanos deben ser siempre asimétricas. A este respecto, resulta muy interesante la opinión de SCHMIDT-ASSMANN. Para este autor, la concepción de igualdad entre Estado e individuo no debe ser aceptable por más que abunden los ámbitos en los que la cooperación y el consenso constituyan una relación fundamental. La teoría de la igualdad jurídica entre Estado y ciudadanos no logra explicar ni la necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido. Véase más en su obra *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 20 y ss.

⁷ R. ENTRENA CUESTA, «La reforma de la Administración pública italiana», en el núm. 20 de esta REVISTA, mayo-agosto 1956.

⁸ Este fenómeno no tardó en conocerse como *cultura de la simplificación*. L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, «Un meritorio intento de simplificación administrativa a gran escala», en el núm. 96 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1981; S. MARTÍN-RETORTILLO, «De la simplificación de la Administración pública», en el núm. 147 de esta REVISTA, 1999; C. CIERCO SEIRA, «La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia», en el núm. 152 de esta REVISTA, mayo-agosto 2000; también, Fabrizio FRACCHIA, «Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità», en *Dir. economia*, 2002, págs. 429 y ss.

establecer un régimen jurídico más claro y simplificado de este tipo de actos⁹.

Entrando ya en el contenido concreto de la Ley 15/2005, como ha manifestado CERULLI IRELLI, hay que indicar que la totalidad de las modificaciones se podrían clasificar en cuatro grandes bloques: en el primero estarían las reformas referidas a los principios generales de la acción administrativa y las relaciones entre el Derecho público y el privado (arts. 1 a 4); en el segundo, las concernientes al régimen jurídico de la participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, los acuerdos públicos y la conferencia de servicios¹⁰ (arts. 5 a 13); en tercer lugar estaría el régimen jurídico de los actos administrativos (art. 14), un sector importantísimo de la disciplina y que tradicionalmente había sido fruto de construcción doctrinal y jurisprudencial más que de regulación legal; y, por último, la reelaboración del régimen jurídico del acceso a los documentos administrativos que se ha efectuado por medio del nuevo artículo 15 de la Ley 15/2005¹¹.

Con la nueva Ley, que no se aplicará inmediatamente en el ámbito de la región ni de los entes locales, sino solamente a las Administraciones estatales y entes públicos nacionales, como veremos más adelante cuando analicemos el ámbito de aplicación de la norma, se pretende también adaptar las normas sobre la transparencia de la acción administrativa a las modificaciones realizadas a la Constitución italiana en los últimos años. Además, se ha dado una considerable amplitud al concepto de «acción administrativa»; se ha creado una nueva institución: la *comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dell'interessato*, que consiste en un preaviso desestimatorio o denegatorio de la solicitud del ciudadano en los procedimientos iniciados a instancia de parte, e incluso se ha aclarado definitivamente con el nuevo artículo 6 una regla procedimental básica: la distinción entre la instrucción, propia del responsable del procedimiento, y la decisión final, propia del órgano competente.

Por otro lado, en materia de contratación administrativa, el nuevo artículo 21-*sexies* determina claramente que el desistimiento unilateral en los contratos suscritos por las Administraciones será solamente admitido en los casos previstos por la Ley o cuando se hubiera estipulado expresamente en el mismo contrato y, en todo caso, siempre que así lo aconsejen relevantes razones de interés público.

⁹ Este nuevo régimen de la declaración de inicio de actividad ha sido profundamente estudiado por Walter GIULIETTI en su artículo «Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione», disponible en <http://www.giustamm.it>.

¹⁰ Recordar que la conferencia de servicios se configura en la Ley 241/1990 como un instituto de simplificación procedimental. Un modelo que constituye una forma particular de coordinación y colaboración entre las Administraciones en los casos en los que sea oportuno o necesario realizar una ponderación de intereses públicos afectados a la hora de llevar a cabo una determinada actuación administrativa.

¹¹ V. CERULLI IRELLI, «Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.n. 241/90», en *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, Articoli e Note, pág. 2.

La importancia del uso de las nuevas tecnologías también ha sido una preocupación por el legislador italiano desde hace ya algún tiempo como así quedó de manifiesto con la Ley núm. 59, de 15 de marzo de 1997, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, norma que estableció el régimen jurídico de la formación, archivo y transmisión del documento informático y telemático. Ahora, con el nuevo artículo 3-bis de la Ley 15/2005, en consonancia con las directrices contenidas en la Comunicación de la Comisión Europea sobre el papel del denominado *e-Government* para el futuro de Europa¹², lo que se pretende es integrar el uso de los medios telemáticos en el ámbito de la acción administrativa en aras de una mayor y mejor eficiencia de la actuación de las Administraciones, entre ellas mismas y, por supuesto, en sus relaciones con los ciudadanos. No obstante, los términos utilizados por el legislador en esta cláusula («*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*»), en principio, y al estilo de nuestro artículo 45 de la LPAC¹³, dejarían esta previsión normativa en una mera apertura al fomento del uso de la telemática, puesto que en realidad no se establece expresamente la obligación de asumir el progreso digital en la acción administrativa. A pesar de ello, y con independencia de que habrá que esperar a futuros desarrollos reglamentarios de esta previsión para ver en qué se concreta exactamente la apuesta tecnológica, su vinculación a los principios generales de la acción administrativa creo que es innegable, por lo que la terminología empleada en el nuevo artículo 3-bis no debería ser un problema para interpretar que, más que ante una norma programática, estamos ante un mandato a los poderes públicos, los cuales, más que habilitados para incorporar los avances técnico-científicos de carácter telemático que permitan una mayor eficiencia —y también eficacia— en su actividad, vienen obligados a hacerlo, debiendo obtener resultados apreciables y sin más limitación que los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en su caso, el excesivo coste económico¹⁴.

¹² Comunicación de la Comisión, de 26 septiembre 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa.

¹³ Que, recordemos, establece que: «*Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes*».

¹⁴ Es importante indicar que en la medida en que la eficiencia y eficacia se incorporan como criterios generales de la actuación administrativa, la Administración viene consecuentemente obligada a atender las exigencias de dichos criterios. Los ciudadanos adquirimos así un derecho a una actuación administrativa eficaz y eficiente que los poderes públicos deben atender. Ahora bien, es cierto que el criterio de eficiencia en el ámbito de la acción pública cobra una especial dimensión por la especialidad de la materia. Así, en el ámbito privado la eficiencia se entiende básicamente en su sentido económico y técnico. En cuanto a la primera acepción del término, lo determinante es la relación entre el producto o servicio por unidad de coste de los recursos utilizados, mientras que la eficiencia técnica se determina teniendo en cuenta fundamentalmente la producción de energía empleada. La diferencia entre una y otra acepción, por tanto, reside básicamente en que la eficiencia económica se refiere al coste y al valor. Así, un sistema de actuación que deter-

Como vemos, son muchas las novedades presentadas por la Ley 15/2005 y muy importante el papel que tendrán la doctrina y la jurisprudencia en la determinación del alcance de las mismas; es por ello por lo que excedería del objetivo del presente trabajo analizar profundamente todas las modificaciones mencionadas; más bien nos limitaremos en esta ocasión a comentar algunos aspectos concretos de la reforma a la normativa sobre el procedimiento administrativo y el derecho de acceso a los documentos administrativos, que seguramente seguirá dando muchísimo que hablar.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY 15/2005

Como ya se ha apuntado más arriba, la nueva Ley 15/2005 pretende adaptar las normas sobre la transparencia de la acción administrativa a las modificaciones que se realizaron a la Constitución italiana por medio de la *Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1, Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*, y la *Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*. Sendas reformas destacan fundamentalmente porque amplían la potestad de disponer de sus estatutos a las regiones, por la modificación de su forma de gobierno y por la delimitación de nuevos criterios para distribuir las competencias legislativas y administrativas¹⁵.

El artículo 19 de la Ley 15/2005 afronta el problema del ámbito de aplicación de la Ley teniendo en cuenta ese nuevo orden constitucional de competencias y reforma el artículo 29 de la antigua Ley 241/1990. Lo hace estableciendo que las disposiciones de la Ley 15/2005 se aplicarán con carácter exclusivo a los procedimientos administrativos que se desarrollan en el ámbito de las Administraciones estatales y los entes públicos nacionales.

minara productos o servicios que satisfagan criterios técnicos pero que económicamente sean ineficientes, porque sus costes sean tan altos que nadie pagaría el precio suficiente para cubrirlos, estaría justificado que no se implantara. La pregunta que debemos hacernos en este punto es si este proceso de actuación es el que debe seguirse en el ámbito de la acción administrativa o, por el contrario, la posible eficacia de la implantación de los sistemas determina que incluso aquellos que sean económicamente ineficientes deban incorporarse por exigencias del interés público. En cualquier caso, lo que sí parece inevitable es que para determinar el carácter eficiente de los medios telemáticos, informáticos o electrónicos que se pretendan implantar, el análisis económico y técnico de la medida es insalvable, quedando a merced de la decisión política que valore el interés público su incorporación o no. La definición económica de eficiencia se puede analizar, entre otros muchos sitios, en Arthur SELDON y F. G. PENNANCE, *Diccionario de Economía*, Orbis, Barcelona, 1987, pág. 224. Sobre el coste económico como limitación de la incorporación de mejores conocimientos técnicos, véase el trabajo de Lester C. THURLOW, *La sociedad de suma cero*, Orbis, Barcelona, 1988, pág. 83.

¹⁵ Sobre estas reformas constitucionales, ver A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002; G. ROLLA, «El desarrollo del regionalismo italiano», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 1, núm. 1, enero-junio 2004, y, por último, la obra colectiva *Il Titolo V della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Giuffrè, Milano, 2002.

En lo que respecta a la justicia administrativa, las nuevas disposiciones resultarán de aplicación a todas las Administraciones, sin excepción alguna. Además, las regiones y los entes locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, quedan habilitados para regular las materias disciplinadas por ésta, con la limitación del respeto al sistema constitucional y a las garantías del ciudadano en relación a la acción administrativa, tal y como quedan delimitadas por los principios establecidos en la propia Ley 15/2005, según indica el último inciso del artículo 19.

En cuanto a la aplicación de la nueva norma a los procedimientos administrativos desarrollados en el ámbito de las Administraciones estatales y los entes públicos nacionales, hay que decir que en realidad no se aporta nada que no estuviera ya en el apartado 2 del artículo 117 de la Constitución, que, recordemos, reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de orden y organización administrativa del Estado y de los entes públicos nacionales.

Igual conclusión cabe predicarse de la mención que hace este artículo 19 a la aplicación de las nuevas disposiciones en materia de justicia administrativa a todas las Administraciones públicas, puesto que se confirma lo establecido ya en el apartado 2, letra l), del artículo 117 de la Constitución, según el cual está reservada al Estado la competencia exclusiva en materia de «*giustizia amministrativa*». Y si a esto unimos que la potestad de las regiones y de los entes locales para regular las materias contenidas en este texto legal ya quedaba limitada por el respeto a la Constitución, como indica expresamente el apartado 1 del artículo 117 del propio texto constitucional, vemos que en realidad solamente la última especificación del nuevo artículo 19 merecería especial detenimiento, es decir, la que indica que: «*Le regioni e gli enti locali, nel regolare le materie disciplinate dalla legge n. 241, debbono anche rispettare le garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge*». Una fórmula ciertamente ambigua que permite una multiplicidad de planteamientos y podría determinar para las regiones y los entes locales un ámbito de competencia ciertamente oscuro, como así han indicado CELOTTO y SANDULLI, quienes mantienen que parece claro que el mencionado apartado del artículo 19 introduce una problemática en su interpretación por su descoordinación con el artículo 117 de la Constitución que habrá que aclarar cuanto antes. En cualquier caso, parece claro que el mencionado apartado del artículo 19 introduce una clara problemática en su interpretación por su descoordinación con el artículo 117 de la Constitución que habrá que aclarar cuanto antes¹⁶.

¹⁶ A. CELOTTO y M. A. SANDULLI, «Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un nodo di gordio», en *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, Articoli e Note, págs. 2 y ss.

3. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Cualquier análisis que se realice a la nueva normativa no puede obviar el *retoque* que se ha realizado a la denominada «transparencia» de la actividad administrativa. Ello a pesar de que, como ahora comentaremos, la modificación realizada sea en realidad una cuestión más de forma que de fondo.

En Italia, junto a los principios clásicos de *buon andamento*, *legalità* o *imparzialità* recogidos expresamente en el artículo 97 de la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina ya habían dejado muy claro que la acción administrativa debe atenerse, además, a los criterios de *economicità*, *efficienza*, *efficacia* y *trasparenza*; y también a la prohibición de agravar el rigor del procedimiento si no es por causas extraordinarias y debidamente motivadas. Y para cerrar definitivamente ese deber de transparencia en la actuación administrativa, el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 241/1990 ha sido modificado con la intención de reforzar su contenido y recoger expresamente ese criterio, puesto que, curiosamente, no aparecía en el texto legal.

Ya no debe quedar duda de que este criterio de transparencia debe entenderse tanto en relación a la actividad de la Administración como a la organización administrativa propiamente dicha¹⁷, aclarándose definitivamente que por transparencia debe entenderse la exteriorización de toda actividad administrativa, en su sentido organizativo y funcional, para su conocimiento, control y ejercicio de los derechos que asisten a los operadores públicos o privados con los que se interacciona.

No obstante ello, es cierto que la opinión mayoritaria de la doctrina entiende que la plasmación expresa de este criterio de transparencia en la norma de procedimiento, a efectos prácticos, es absolutamente reiterativa y no aporta prácticamente nada¹⁸. La transparencia ya estaba en el sistema anterior de la Ley 241/1990, la cual recordemos era conocida precisamente como «*Ley de la transparencia*», calificativo que le venía dado precisamente porque el texto de 1990 ya contenía normas destinadas a esa exteriorización y/o publicidad de la acción administrativa, y ello se venía aplicando sin problema. Además, tanto el interesado como el organismo responsable del procedimiento, por supuesto también la parte que lo inicia, e incluso otros operadores que debieran participar en el procedimiento correspondiente, ya disponían de instrumentos útiles para la finalidad pretendida por este criterio de transparencia, por lo que parece lógico que todo lo que se pueda predicar del criterio transparencia incluido ahora expresamente en la Ley es perfectamente reconducible al contenido del resto de apartados del artículo 1, especialmente al criterio de publicidad, por lo que tampoco parece que merezca mayor comentario, ya que no se espera que tenga mucha trascendencia práctica esa inclusión expresa del criterio transparencia como principio general de la acción administrativa.

En cualquier caso, es cierto que esta modificación guarda gran parale-

¹⁷ E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, págs. 45 y ss.

¹⁸ V. CERULLI IRELLI (2005: 2).

lismo respecto a la inclusión del principio de transparencia en el artículo 3 de nuestra Ley 30/1992, que, como sabemos, se hizo por medio del nuevo apartado 5 que incorporó la Ley 4/1999, de 13 de enero, estableciendo que en las relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación. Como sucede ahora con el caso italiano, esta disposición era y es consecuencia directa de artículos constitucionales —en nuestro caso, del 23 y el 105 de la Constitución española—, teniendo además su desarrollo legal en la regulación del acceso a los registros y documentos públicos contenida en el artículo 35 de la propia Ley 30/1992, más específicamente en los artículos que regulan la legitimación para iniciar o participar en los procedimientos administrativos, en la regulación del derecho de petición, y también en los derechos reconocidos por las leyes sectoriales para participar en órganos consultivos de las Administraciones públicas¹⁹.

4. ESPECIAL MENCIÓN A LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS

El apartado 1 del artículo 1 de la Ley 241/1990 se ha modificado para incluir una remisión expresa a los principios del ordenamiento comunitario como principios generales de la actividad administrativa: «*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed é retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*». El Derecho comunitario parece convertirse definitivamente en parámetro de orientación prioritario de la acción administrativa.

No podemos entrar aquí en el conocido debate sobre la naturaleza, funciones, requisitos y clasificación de estos principios y la necesidad o no de su codificación en la disciplina administrativa²⁰; solamente nos limitaremos a comentar la posible trascendencia de esta declaración y los problemas que pueden surgir a consecuencia de la adopción de unos criterios cuya construcción dogmática viene básicamente de una ingente actividad jurisprudencial por parte del TJCE cuando controla la actividad de los diferentes países en aplicación de normativas comunitarias, determinándose su significado y alcance a consecuencia de ese proceso de interacción entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales, sin que el resultado tenga que coincidir necesariamente con el criterio interno²¹.

¹⁹ Un análisis más detallado de este precepto, en AA.VV., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 52-53 y 207-220.

²⁰ A este respecto, Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 1999; M. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb-SPISA, Bologna, 2003, págs. 73-76, y también, sobre la polémica expansión de los principios generales, véase E. ARANA GARCÍA, *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2003, págs. 3-10.

²¹ Sobre este proceso de interacción, véanse R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Socia-

La remisión a los principios del ordenamiento comunitario contenida en el nuevo artículo 1, aunque pudiera pensarse incluso que a estas alturas es innecesaria, creo que técnicamente es acertada, sobre todo porque su presencia en la regla procedimental básica al menos disipa cualquier duda al respecto y clarifica que es el criterio comunitario el que debe prevalecer²². Esto a pesar de que en Italia se puede pensar que se minimiza bastante el impacto de esta disposición por el hecho de que, fundamentalmente, se trata de una remisión a reglas que vienen a coincidir con las desarrolladas en el ordenamiento interno. Imparcialidad, participación, derecho de acceso, la obligación de motivar el acto, proporcionalidad, confianza legítima, etc. Además, hay que recordar a este respecto que otra importante norma como la Ley núm. 59, de 15 de marzo de 1997, «*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*», preveía expresamente en determinados casos la supresión de actuaciones en los procedimientos cuando resulten contradictorios con los principios generales del orden jurídico nacional o comunitario²³.

No obstante, en relación a la incidencia de los principios elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en los ordenamientos internos, sin duda, los principios de proporcionalidad, confianza legítima y precaución son los que resultan de particular interés, habida cuenta que son los que presentan un mayor potencial de aplicación en relación a la actuación de la Administración pública y los que mayor dificultad pueden generar.

En cuanto al criterio de proporcionalidad, como mantienen, entre otros, BAÑO LEÓN y SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, será la oportunidad u opción política del momento el elemento que determine su alcance jurídico y capacidad²⁴. No podemos olvidar que, a pesar de su indiscutible con-

les, 2.^a ed., Madrid, 2003, págs. 17 y ss.; M. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb-SPISA, Bologna, 2003, págs. 65 y ss.

²² En España, por ejemplo, no se hace mención expresa a los principios comunitarios en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. La reforma de 1999 incorporó en el Título Preliminar la buena fe, la confianza legítima, la transparencia y la participación, criterios que habían sido ya tratados y aceptados por la jurisprudencia y doctrina.

²³ A pesar de ello, como señala V. CERULLI IRELLI (2005: 3), respecto a la confianza legítima, por ejemplo, en Italia ya la jurisprudencia había hecho alguna referencia en sede de ordenamiento jurídico propio, pero es cierto que su reconocimiento por el TJCE fue la causa determinante para hablar abiertamente de este parámetro en la doctrina y la jurisprudencia, para pasar posteriormente a positivizarlo.

²⁴ J. M.^a BAÑO LEÓN, en su intervención titulada «El sistema de fuentes del Derecho», en las *Jornadas sobre la Constitución Europea*, realizadas en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de Granada los días 30 y 31 de marzo de 2005, entiende que el principio de proporcionalidad tiene un contenido jurídico indiscutible en el Derecho penal, en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho de policía en cuanto expresa una relación de medida entre un fin y los medios para conseguirlo, debiéndose tener en cuenta que se trata de preservar al máximo en estos ámbitos la idea de libertad. Sin embargo, cuando se trata del ejercicio de competencias, la relación medio-fin es imposible de objetivar porque los fines o la amplitud de la acción de la Unión Europea varían conforme lo hace la apreciación política, como la historia de todos los países federales y la de la propia Unión demuestran. También, sobre la configuración jurídica de este principio de proporcionalidad en la actua-

tenido jurídico, estamos ante un principio con un altísimo componente ideológico y/o político, lo cual en realidad no debería ser visto con recelo puesto que ello le permite una gran flexibilidad y adaptación a las diferentes situaciones socioeconómicas que pueden darse en el ámbito europeo, las cuales van a seguir siendo en lo sucesivo mutables en el tiempo y en el espacio.

En el ordenamiento italiano, la proporcionalidad está presente desde hace tiempo como manifestación del principio de *ragionevolezza* o razonabilidad, que la doctrina italiana lo concibe en el sentido de que cada medida adoptada por la Administración que incida en derechos de los particulares tiene que ser proporcional con respecto a los objetivos perseguidos, es decir: toda medida que se adopte debe ser necesaria y apropiada al fin perseguido, siendo injustificadas y contrarias a ese principio aquellas que incidan sobre la esfera privada y no estén justificadas por especificaciones y fundamentos conforme a las exigencias del interés público.

La proporcionalidad, como la confianza legítima, sabemos que se incorpora al Derecho comunitario procedente de la dogmática alemana, constituyendo un parámetro de la legalidad y traducándose en una especial sensibilidad con la exigencia de no limitación. Asimismo, los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención pública limitativa de la esfera individual de los particulares cobran una importancia trascendental para construir un juicio de proporcionalidad, adquiriendo este criterio de actuación una considerable intensidad en lo que se refiere al respeto de esas *posiciones particulares* frente a las exigencias de intervención pública²⁵. Así, la búsqueda de un adecuado y proporcional equilibrio entre las prerrogativas de las autoridades para satisfacer el interés público y la esfera jurídica de los particulares deberá realizarse siempre con la menor mengua posible de las situaciones jurídicas de los ciudadanos²⁶.

Por tanto, si tenemos en cuenta que la construcción dogmática del principio de *ragionevolezza* en la doctrina italiana no parece discernir del criterio comunitario de proporcionalidad como criterio orientador de actuación administrativa, ¿cuál sería la incidencia de la nueva disposición italiana? A este respecto, sólo podemos decir que la proporcionalidad en el

ción pública, ver el gran trabajo de Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.

²⁵ Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia comunitaria, véanse, entre otras muchas, las sentencias de 29 de febrero de 1996, as. C-296 y 307/93, *República Francesa e Irlanda c. Comisión*; de 20 de febrero de 1979, *Buitoni*, 122/78; la de 10 de julio de 2003, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00; 11 de septiembre de 2003, asunto C-13/01. También resultan muy ilustrativas las conclusiones del abogado general, Sr. Jean Mischo, presentadas el 20 de septiembre de 2001, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd*.

²⁶ R. ALONSO GARCÍA (2003: 34). También, el análisis sobre el mandato de optimización a los poderes públicos en el trabajo sobre la libertad de empresa de C. PAZ ARES y P. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, 1.ª ed., 2002. También, J. BARNES, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», en el núm. 135 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1994, págs. 501 y ss.

ordenamiento italiano, como manifestación de ese principio de *ragionevo-lezza* o razonabilidad, en muchas ocasiones se había focalizado bastante más en la medida adoptada por la Administración para satisfacer el interés público que en la esfera jurídica de los particulares. Con la nueva disposición habrá que comprobar si los criterios mantenidos por la jurisprudencia comunitaria definitivamente ejercen su influencia en el ordenamiento interno o, por el contrario, siguen dándose algunas disfunciones a la hora de aplicarlo²⁷.

En cuanto al principio de confianza legítima, hay que indicar que en Italia el precedente lo encontramos en la doctrina privatista, la cual desde hace tiempo viene entendiendo que el *leggitimo affidamento* es un criterio que hunde sus raíces en otro de mayor alcance como es el principio de la apariencia jurídica, el cual ha sido creado jurisprudencialmente y es resultado de una evolución del Derecho, que para proteger al tercero en buena fe otorga relevancia jurídica a determinadas situaciones aparentes en las que dicho tercero ha confiado de una forma razonable, aunque incluso dicha situación no se corresponda con la realidad jurídica.

No obstante, aquí la confianza legítima toma otra dimensión diferente y no se relaciona con el error padecido a consecuencia de una actuación desleal y que queda protegido por la buena fe; no debemos olvidar que estamos ante actuaciones de la Administración pública que afectan a la posición jurídica del particular, surgiendo básicamente un problema de límites.

En el ámbito público comunitario, como así ha afirmado CARRASCO GONZÁLEZ, el fondo del problema se traduce en la consecución de un difícil equilibrio entre los principios de legalidad, igualdad y justicia. Las conclusiones que se derivan de la confianza legítima, tal y como ésta se ha venido configurando en el Derecho comunitario, pueden incluso variar según estemos frente a normas, frente a actos administrativos o a resoluciones judiciales, debiéndose tener muy en cuenta que la existencia de una *situación de ventaja* por parte del particular no es el único requisito para la concesión de la protección de la confianza; más bien se trataría de un presupuesto ineludible. Así, este autor ha profundizado exhaustivamente en la jurisprudencia del TJCE y ha concluido que fundamentalmente vendrían a ser tres los requisitos exigibles para atribuir la protección de la confianza legítima, a saber: 1.º) existencia de una actuación previa del poder público que constituya una base válida de confianza; 2.º) imprevisibilidad objetiva de cambio, y 3.º) inexistencia de un interés público superior.

Por lo que respecta a su incidencia en los ordenamientos nacionales, hay que indicar que no es que el criterio comunitario se imponga al nacional, sino que en aquellos ámbitos «comunitarizados» el aplicador del Derecho interno debe respetar los principios comunitarios, incluido, por supuesto, el de confianza legítima. Gráficamente, se puede decir que hay una dualidad: en el Derecho interno, digamos, *stricto* se puede aplicar el criterio nacional, mientras que en el Derecho interno *armonizado* se debe-

²⁷ V. CERULLI IRELLI (2005: 3).

rá aplicar siempre el criterio comunitario. Que luego el Derecho interno acoja la construcción comunitaria para resolver cuestiones puramente internas —por mimetismo—, eso es otra cosa²⁸.

En conclusión, respecto a la incidencia del principio de confianza legítima, podemos predicar casi iguales incógnitas que las anteriormente mencionadas cuando hemos analizado el principio de proporcionalidad. Y sin olvidar las obligadas cautelas que exige un tema tan complejo y casuístico como éste, podemos afirmar que habida cuenta que en la jurisprudencia comunitaria la protección de la confianza legítima ha tomado una considerable importancia, sobre todo poniendo especial hincapié en la tutela del interés privado, habrá que analizar cómo evolucionarán determinados vínculos jurídicos inspirados en situaciones de confianza pero que puedan verse afectados por actuaciones que la Administración considere de interés público²⁹. Además, y para cerrar este punto, no debemos olvidar tampoco que dicho principio queda directamente relacionado con la certeza o con la seguridad jurídica³⁰, principio que, aun sin estar presente en los Trata-

²⁸ F. M. CARRASCO GONZÁLEZ, *Il principio di certezza del diritto nelle norme tributarie dell'Unione Europea*, tesis doctoral inédita defendida en el Real Colegio de España de Bolonia el 18 de marzo de 2005. Véase también J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001. En este trabajo se determina que la confianza legítima es un concepto acuñado en el Derecho alemán (*Vertrauensschutz*), donde tiene rango constitucional, derivado del principio de seguridad jurídica, incorporado luego al Derecho comunitario como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE y, finalmente, recibido en España por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado. Por último, F. CASTILLO BLANCO, «El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al Ordenamiento Jurídico español», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, febrero 2002.

²⁹ Por su parte, el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1258), haciéndose eco de la jurisprudencia germana y de la del TJCE, introduce definitivamente la confianza legítima como criterio de la actuación administrativa, estableciendo lo siguiente: «*en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala (...) y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima, que ha de ser aplicada, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses particulares y generales, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar*». Véanse también las sentencias de 22 de noviembre, 24 de septiembre y 19 de julio de 1996, la de 28 de julio de 1997 (que se refiere a la de 1 de febrero de 1990) y la de 18 de diciembre de 2003.

³⁰ Así se desprende de infinidad de sentencias del TJCE; entre otras, la de 11 de noviembre de 2004 (asuntos acumulados C-183/02 P y C-187/02), la de 1 de abril de 1993 (asunto C-250/91), la de 10 de septiembre de 2002 (asuntos acumulados C-216/99 y C-222/99) o la de 24 de septiembre de 2002 (asunto C-255/00). También el Tribunal de Primera Instancia ha afrontado la cuestión; véanse, entre otras, la sentencia de 18 de febrero de 1993, as. T-45/91, *McAvoy c. PE*, donde el TPI recuerda que el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima se extiende a cualquier particular que se encuentre en una situación que permita deducir que la Administración comunitaria ha creado para él esperanzas fundadas; la de 19 de mayo de 1995, as. T-465/93, *Murgia Messapica*; la de 13 de julio de 1995, *O'Dwyer y otros/Consejo* (asuntos acumulados T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 y T-477/93), y otra más reciente de 3 de febrero de 2005 (asunto T-19/01).

dos constitutivos, ya fue alegado por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 13 de julio de 1965 (as. 111/1963, *Lemmerz Werke*), reconocido posteriormente como principio en 1973 en materia de función pública (as. 81/1972, de 5 de junio) y, finalmente, convertido hoy día en un criterio *englobador* que juega un papel fundamental incluso en la valoración jurídica de los actos normativos.

En cuanto al principio de precaución, hay que indicar que estamos ante un criterio que se ha convertido en una de las ideas-fuerza más influyentes en el ordenamiento, con el apoyo inestimable del TJCE y del TPI. Esta idea encuentra todo su sentido y aplicación en sectores específicos como el medio ambiente, la seguridad, el alimentario, las telecomunicaciones, la energía y también la biotecnología³¹. Sin duda, se ha convertido en un recurso omnipresente desde su establecimiento en el artículo 174.2 del TCE, precepto que, curiosamente, lo constriñe al ámbito del medio ambiente, pero que, como era de esperar, finalmente no ha evitado su expansión a otros muchos a consecuencia de su directa vinculación con el riesgo, un problema que no es exclusivo del medio ambiente.

La precaución, que tal y como hoy la concebimos comenzó a gestarse en las normas de Derecho ambiental internacional, hoy cubre miles de páginas en todo tipo de tratados, leyes, reglamentaciones, comunicaciones, dictámenes, recomendaciones, etc. Además, es un criterio que por sí solo es capaz de determinar la implantación de estructuras específicas de control y de provocar, como así está sucediendo, una considerable reordenación de la actividad industrial a golpe de intervención administrativa.

Definitivamente, el principio de precaución ha *inundado* el sistema. Está por todos sitios, bajo diferentes técnicas de actuación y con nomenclaturas a veces ciertamente sofisticadas. Se habla de prevención, de precaución, de cautela, también de prudencia³²; todos ellos son vocablos que aparecen regularmente en normas y reglamentaciones internacionales, comunitarias, estatales, regionales, locales, en reglamentos internos de corporaciones privadas, en normas técnicas, en materia medioambiental, laboral, industrial, alimentaria, sanitaria, etc. Y en cuanto sucede algún accidente en cualquiera de estos órdenes, rápidamente se imputa a la ineficacia de los controles preventivos, salta la alarma social y se demanda más y más prevención³³.

Si tenemos en cuenta la aparición de este criterio en la legislación comunitaria, estatal, regional o autonómica, también en las normas locales,

³¹ Claros ejemplos del recurso al principio de precaución por parte del legislador italiano son, entre otras muchas, la *Legge 22 febbraio 2001, n. 36, sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*, y el importantísimo *Decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 372. Attuazione della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento*.

³² Sobre el diferente sentido del principio de precaución y el principio de prevención, ver M. PIA GIRACCA, «Responsabilità civile e OGM: quali prospettive?», en *Gli organismi geneticamente modificati*, Cedam, Padova, 2003, pág. 374.

³³ A este respecto resulta muy interesante la demanda de precaución en Francia a consecuencia del caso de la «sangre contaminada». D. BOURG y J. L. SCHLEGEL, *Anticiparse a los riesgos: El principio de precaución*, Ariel, Barcelona, 2004, págs. 10 y ss.

en la jurisprudencia y en la doctrina de los últimos diez años, claramente vemos que el sistema se ha *embriagado* de un principio que, como indica ESTEVE PARDO, no es ni siquiera una novedad, pero que está destinado a tener una enorme trascendencia en una materia de especial preocupación hoy día como es toda la regulación sobre riesgos³⁴.

No obstante todo lo anterior, en este punto debemos preguntarnos cómo incide en el ordenamiento interno la remisión a este principio a través del artículo 1 de la Ley 15/2005. A este respecto, como ha señalado recientemente BERBEROFF³⁵, hay que decir que a partir de la incorporación del principio de precaución a los Tratados, y sobre todo tras la Comunicación de la Comisión de 2 de febrero de 2000, está claro que se han sucedido infinidad de instrumentos jurídicos de Derecho derivado que incorporan explícitamente dicho criterio y a los que los ordenamientos nacionales deben dar respuesta³⁶. A diferencia de lo que sucedía con las normas internacionales, el Derecho comunitario supone un cambio cualitativo en cuanto a la vinculación, eficacia y también proyección jurídica del mismo. Como presupuesto fundamental para la aplicación de la precaución está la situación de incertidumbre científica —lo cual exige la necesaria evaluación de riesgos—, pero lo que no podrán hacer los poderes públicos nacionales en ningún caso será demorar la puesta en práctica de las medidas de protección que adopte Bruselas sobre la base de falta de certeza científica. Es decir, ahora los Estados no se podrán resistir a poner limitaciones en las actividades industriales so pretexto de la incertidumbre. Tampoco algo que viene siendo bastante habitual, por ejemplo en Italia, como es introducir limitaciones derivadas de este principio que en la normativa comunitaria no existen por supuestas exigencias de la incertidumbre científica. Ello implica una interpretación del principio de precaución incluso más restrictiva respecto a las disposiciones comunitarias, lo que provoca una importante distorsión normativa que trasciende a la actuación directa de los poderes públicos y que es del todo inaceptable conforme a Derecho comunitario³⁷.

En estas decisiones legislativas es donde precisamente se refleja mejor el problema del principio de precaución como base jurídica, puesto que tener que trabajar con inseguridad científicamente formulada y calibrada,

³⁴ J. ESTEVE PARDO, «La operatividad del principio de precaución en materia ambiental», en *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 195.

³⁵ D. BERBEROFF AYUDA, «Incertidumbre científica y riesgo: cinco ideas-fuerza a propósito del principio de precaución», en *El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 19-38.

³⁶ Entre otras muchas, la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente; la Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos; el Reglamento 178/2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria; etc.

³⁷ I. MARIA MARINO, «Prime considerazioni sulla disciplina “interna” di OGM e MOGM», en *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 2003, pág. 253.

bajo el prisma de unos u otros técnicos, en porcentajes de riesgo o en función del factor equis estimado respecto de las consecuencias derivadas de la técnica empleada, y tener que darle una respuesta jurídica, no es ni mucho menos tarea fácil. Sin duda, estamos ante un problema que a los juristas nos acarrea bastantes quebraderos de cabeza, dejándonos, como señala DENNINGER, a dos velas³⁸.

Por tanto, parece claro que la incorporación del principio de precaución abre delicadas e interesantes cuestiones, sobre todo en relación con el alcance de los instrumentos de intervención y/o las medidas de policía que se pueden o deben adoptar en situaciones de incertidumbre científica o de riesgo para algún bien jurídico, casos en los que resulta inevitable la ponderación entre las medidas que se pretenden adoptar por la Administración sobre la base de esa precaución o cautela y los derechos constitucionalmente garantizados a los particulares.

Para evitar un empleo abusivo, desproporcionado e irrespetuoso con la posición jurídica subjetiva de los particulares, el uso de este principio de precaución debe ser respaldado, por un lado, por la máxima concreción legal y técnica de los criterios que sirven de base para la adopción de decisiones por parte de las autoridades competentes y, por otro, cuando así sea necesario, por el correspondiente análisis coste-beneficio de la medida en cuestión. Medida esta última que también es exigencia de los principios de proporcionalidad y confianza legítima y que debería establecerse en los procedimientos correspondientes.

Por tanto, indicar que con la remisión legal a los principios comunitarios que ha establecido la Ley 15/2005 caben desprenderse dos conclusiones fundamentales. Una primera que es sabida por todos y que consiste en que la autonomía administrativa nacional se ve seriamente limitada por el Derecho comunitario, y una segunda consistente en que con la entrada definitiva en juego de los principios comunitarios se realiza una cierta reordenación de la acción pública conforme a nuevos criterios y estándares. Esto no debe significar necesariamente una mengua de los poderes de intervención por parte de los poderes públicos para la consecución del interés general, ni mucho menos; lo que sí parece claro es que el esfuerzo que se deberá realizar en la justificación y argumentación de las medidas que afectan a la posición jurídica de los particulares deberá ser adicional. Al menos así debería ser en teoría; la jurisprudencia parece ser que tendrá la última palabra.

³⁸ Ver esta reflexión en E. DENNINGER, «Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho posmoderno», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 63.

5. LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES CONFORME A LAS REGLAS DEL DERECHO PRIVADO Y EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE CARÁCTER PÚBLICO POR ENTES PRIVADOS

Una de las modificaciones más comentadas de la reforma ha sido la implantación del principio general según el cual la Administración, cuando adopta actos de naturaleza *no autoritativa*, actúa según las normas de Derecho privado salvo que la ley disponga otra cosa.

Cuando se habla del reconocimiento a la Administración pública de la posibilidad de actuar conforme a las reglas del Derecho privado estamos, sin duda, ante uno de los fenómenos más importantes de la disciplina pública de los últimos tiempos, como de sobra es conocido por todos³⁹. En este sentido, la relevancia jurídica de la posición subjetiva de los particulares frente a una determinada acción administrativa y las rigideces y exigencias de orden público constituyen la verdadera diferenciación entre Derecho administrativo y privado, y en gran medida la razón por la cual la disciplina pública se ha extendido históricamente fuera del ámbito de los actos de poder o de autoridad hasta invertir considerablemente la acción de las Administraciones públicas, en la búsqueda —algunas veces más que otras— de la agilidad y operatividad de su actuación. A este respecto, indica el profesor CASSETTA que desde hace algún tiempo en Italia, ante la brutal expansión de la Administración pública y la multiplicación de las necesidades de carácter público a satisfacer (hecho común en prácticamente todo el Derecho comparado), el legislador intenta redimensionar esta situación bien transformando muchos sujetos públicos en privados, bien creando sujetos privados que cumplen finalidades de carácter público⁴⁰, fenómeno que no es ni mucho menos nuevo a nuestra experiencia y que se viene configurando incluso como una de las exigencias de la pretendida modernización de la Administración.

El nuevo artículo 1-*bis*, cuya redacción finalmente se ha vuelto a modificar con ocasión del texto definitivo de la Ley 15/2005, parece pretender definitivamente una inversión de la tendencia con respecto a la regulación tradicional inspirada en la doctrina CAMMEO, según la cual el Derecho público es el Derecho normal de la Administración y, en caso de duda interpretativa, siempre son las normas de Derecho público las que se deben aplicar a las actuaciones de las Administraciones públicas:

«Art. 1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

Con esta nueva redacción, ese principio de actuación anteriormente referido parece invertirse por la norma en examen. Así, parece ser que

³⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato», en *Dir. pubbl.*, 2003, págs. 405 y ss.

⁴⁰ E. CASSETTA (2004: 4).

el sometimiento a las reglas del Derecho público debe ser objeto de expresa previsión normativa, siendo la regla general que las Administraciones actúan según las reglas del Derecho privado⁴¹. No obstante, por supuesto, quedarían fuera de esa regla aquellos casos en los que la Administración desarrolla o lleva a cabo actos en ejercicio de un poder de autoridad⁴². TRAVI, creo que acertadamente, ha manifestado que ese planteamiento no termina de convencer si tenemos en cuenta que no toda la actividad del Derecho público se traduce en actos de autoridad y no por ello debería sujetarse a las reglas del Derecho privado, por lo que establecer la diferenciación sobre la base del acto de autoridad no deja de ser inadecuado⁴³.

En este punto, SATTÀ, sobre la redacción originaria de este artículo 1-*bis*, indica que en realidad el legislador podría haber sido más preciso, puesto que esa literatura se presta a graves y peligrosos equívocos. Así, indica este autor que el uso por parte de la Administración de instrumentos del Derecho privado tiene un sentido preciso, «la consecución de fines de carácter público», y la Administración ya goza de elasticidad en las formas y en los medios para tal empresa; el acuerdo del artículo 11, referido a los acuerdos para la consecución del interés público, es un típico ejemplo de instrumentos alternativos⁴⁴, como también lo son las cesiones voluntarias de bienes en procedimientos expropiatorios. Pero disponer que la Administración, cuando adopta actos que no se hacen en ejercicio de un poder, actúa según las normas del Derecho privado tiene un sentido completamente distinto. Significa que queda desvinculada de la regla del interés público y que persigue intereses propios, y eso es absolutamente diferente, aunque, claro, obviamente nadie mantendrá esa interpretación⁴⁵.

En definitiva, el nuevo artículo 1-*bis* viene a reconocer algo ya absolutamente generalizado, que la actuación negocial tiende claramente a desplazar al acto de autoridad, quedando así la actuación de la Administración notablemente al margen del Derecho público. El legislador parece alejarse definitivamente de la *imperatividad* como característica necesaria

⁴¹ V. CERULLI IRELLI (2005: 6).

⁴² Sobre el ejercicio de actos de autoridad por parte de la Administración, véase M. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 253 y ss.

⁴³ A. TRAVI, «La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?», en *Corriere Giuridico*, núm. 4/2005, pág. 450. Este autor se refiere también a la sentencia de la Corte Constitucional núm. 204, de 6 de julio de 2004, que ha determinado que incluso los acuerdos preparatorios o sustitutivos de las resoluciones administrativas son reconducibles a posición de poder por parte de la Administración, y por tanto sujetos al Derecho público.

⁴⁴ «Art. 11. 1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo».

⁴⁵ F. SATTÀ (2005: 1).

o típica de la resolución administrativa⁴⁶, y lo único que cabría preguntarse en esta situación es si realmente este desplazamiento a las reglas del Derecho privado se realiza por exigencias de la tan comentada modernización de la Administración o realmente esto proyecta algo de mucha más trascendencia.

Por otro lado, parece que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la privatización y la publicación inspira la redacción del artículo 1-ter de la nueva Ley, que establece: «*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1*». La norma afronta e intenta dar una solución a una de las cuestiones más relevantes del actual Derecho administrativo: la creciente asunción de funciones administrativas por parte de sujetos privados, fenómeno que, como ha señalado NAPOLITANO, en Italia se debe fundamentalmente a las dificultades de la Administración para actuar en sectores estratégicos, también para reducir costes, para abrir al sector privado nuevos mercados o implicarlo en la consecución de medidas de interés colectivo⁴⁷. Todo ello en coherencia también con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 118 de la Constitución, que es el que establece que el Estado, las Regiones, la Ciudad Metropolitana, la Provincia y los Municipios vienen obligados a favorecer la iniciativa privada de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general sobre la base del principio de subsidiariedad.

A este respecto, el criterio jurisprudencial mantenido en Italia hasta ahora ha sido especialmente confuso en relación a la actividad de carácter público desarrollada por entes privados, afirmándose en muchas ocasiones que la forma societaria, por ejemplo, es neutra, y que el ente privado tiene una naturaleza sustancialmente pública cuando realiza determinadas actuaciones de control. Sin ir más lejos, las sociedades mercantiles resultantes de la transformación de entes públicos económicos que continúan sometidas a control público y desarrollan funciones y servicios de interés general se siguen considerando entes públicos, y por tanto sometidas al régimen administrativo, sometidas al control del Tribunal de Cuentas, a la disciplina del procedimiento y del acceso a los documentos administrativos y a la jurisdicción del juez administrativo⁴⁸.

⁴⁶ Resulta muy indicativo, en relación a la teoría del acto administrativo, el modo en que el legislador ha utilizado el término *autoritatività*, que normalmente es utilizado como sinónimo de *imperatività*.

⁴⁷ G. NAPOLITANO, «L'attività amministrativa e il diritto privato», en *Giorn. dir. amm.*, 2005, págs. 481 y ss.

⁴⁸ Entre otras muchas, Cons. Stato, sez. VI, 17 de septiembre de 2002, núm. 4711; Cons. Stato, sez. VI, 2 de marzo de 2001, núm. 1206/2001; Cons. Stato, sez. VI, 22 de enero de 2002, núm. 2855/2002.

6. REELABORACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Con carácter previo, conviene recordar que el derecho de acceso a los documentos administrativos es un instituto jurídico que trae su causa en su relevante finalidad de interés público, constituyendo un principio general de la actuación administrativa para favorecer la participación de los ciudadanos y asegurar la transparencia de dicha actuación pública⁴⁹.

En Italia, la Ley 241/1990 introdujo este derecho y, desde entonces, ha sufrido una compleja evolución legislativa que le ha afectado parcialmente y que ha supuesto la creación de diferentes normas con reglas especiales en materia de acceso; así, por ejemplo, la Ley núm. 265, de 3 de agosto de 1999, amplió notablemente el ámbito subjetivo del derecho, admitiendo incluso a los *gestores* de los servicios públicos como titulares del mismo; el denominado *codice dei dati personali*, aprobado por el Decreto legislativo núm. 196, de 30 junio de 2003 —en vigor desde el 1 de enero de 2004—, reconoce en su artículo 59 la prevalencia de la disciplina en materia de acceso, que queda condicionada sólo parcialmente por las reglas referidas a la tutela de los datos calificados como *supersensibles*, es decir, la salud y temas relacionados con la sexualidad del individuo. Finalmente, por poner otro ejemplo, en materia medioambiental, el Decreto legislativo 39/1997, de transposición de la Directiva comunitaria 90/313/CEE, de 7 de junio, sobre libre acceso a la información en materia ambiental, establece un régimen jurídico muy especial encaminado a favorecer el acceso de los particulares a los documentos de contenido ambiental, puesto que, como es criterio reiterado de la Comisión Europea, el acceso y circulación de la información ambiental en posesión de los poderes públicos debe contribuir a la mejora de la protección ambiental, siendo dicho acceso un factor determinante. Ello configura un ámbito de aplicación potencialmente enorme si tenemos en cuenta que la noción *información ambiental* comprende cualquier información disponible en cualquier tipo de formato sobre el estado de las aguas, del aire, suelo, fauna, flora, territorio y espacios naturales, además de cualquier tipo de actividades desarrolladas en cualquier medio físico, incluyéndose aquellas que resulten nocivas o potencialmente peligrosas, también las que causen ruido, y, por último, las actividades o medidas destinadas a tutelar el medio ambiente, y, finalmente, las medidas administrativas y programas de gestión del ambiente⁵⁰.

La Ley 15/2005 ha venido a reelaborar prácticamente las normas sobre

⁴⁹ Sobre la configuración jurídica y alcance de este derecho en Italia, ver F. FRACCHIA, *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Giappichelli, Torino, 2003, págs. 9 y ss.; también, S. BELLOMIA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁵⁰ M. LIPARI, «Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)», en *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, Articoli e Note.

el derecho de acceso a través de los artículos 15, 16 y 17⁵¹, sin crear distorsiones con el régimen jurídico ya existente, incidiéndose además, de una forma muy notable, tanto a nivel de tutela del particular como en la representación y defensa de las Administraciones públicas.

El artículo 15 sustituye al artículo 22 de la Ley 241/1990 y presenta como principal novedad las definiciones legales de «derecho de acceso», «interesados», «contrainteresados», «documento administrativo» y, también, «Administración pública». Así, «derecho de acceso» ha quedado definido como *el derecho de los interesados a examinar y obtener copia de documentos administrativos*. Este concepto es claramente incompleto y tiene que concretarse acudiendo a la definición de «interesados» y de «documento administrativo». En cuanto a los primeros, el legislador entiende que tendrán dicha consideración *«todos los sujetos privados, incluidos los que representan intereses públicos o difusos, que tengan un interés directo, concreto y actual, correspondiente a una situación jurídicamente tutelada o vinculada con el documento sobre el que se ha solicitado acceso»*, mientras que por documento administrativo habrá que entender *«cada representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética, o de cualquiera otra naturaleza que contenga los actos, los internos e incluso los que no estén relacionados con un específico procedimiento, pero que se encuentren en posesión de una Administración pública y estén relacionados con la actividad de interés público, independientemente de la naturaleza pública o privada»*.

El apartado 3 de este artículo 15 establece que todos los documentos administrativos son de libre acceso, salvo los establecidos en los apartados 1, 2, 3, 5 y 6 del nuevo artículo 24, a saber, los actos catalogados como *secreto de estado* o aquellos que quede prohibida expresamente su divulgación, los actos de los procedimientos tributarios, los actos de los procedimientos de planificación, de programación y de formación de reglamentos, los actos de los procedimientos selectivos y, también, los concernientes a la información de carácter psicotécnico de terceras personas.

Esta previsión refleja una confusión de fondo, como así ha denunciado alguna doctrina, pero habrá que diferenciar entre los actos que son excluidos del acceso por razones objetivas, como pueda ser por ejemplo el secreto de Estado, y los actos que no deben ser excluidos del acceso pero que también están sometidos a limitaciones especiales, como sucede en los procedimientos tributarios, donde existen actos sobre los que el derecho a acceso se puede ejercer sólo al final del procedimiento, o después del cumplimiento de sus respectivas fases. Respecto de los procedimientos de se-

⁵¹ Además, el artículo 23 de la Ley 15/2005 dispone que el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en vigor de la Ley (desde el 8 de marzo de 2005), deberá adoptar, en uso de su potestad normativa conferida por el artículo 17.2 de la *Legge n. 400, 23 agosto 1988, Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, un Reglamento destinado a integrar o modificar el Reglamento aprobado por Decreto del Presidente de la República núm. 352, de 27 de junio de 1992, con la finalidad de adecuar las disposiciones en materia de acceso a documentos administrativos a las modificaciones introducidas por la presente Ley.

lección, concursos u oposiciones públicas, o las referencias a las informaciones psicotécnicas de terceros, la exclusión del acceso es radical.

Por otra parte, en la medida en que este derecho de acceso también afecta a los niveles esenciales de las prestaciones relacionadas con los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados por el Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución, resulta necesario reconocer en términos de exclusividad la potestad legislativa estatal sobre esta materia, si bien queda a salvo para las regiones y entes locales, en el ámbito de sus correspondientes competencias, la posibilidad de garantizar niveles superiores de tutela. En este sentido, el apartado 4 del artículo 23 de la Ley 15/2005 establece que cada Administración pública, en el respeto de su autonomía reconocida, adecuará sus reglamentos a las modificaciones aportadas al capítulo V de la Ley 241/1990.

Por tanto, en la regulación de este «derecho de acceso», la potestad normativa estatal podemos decir que es significativamente más amplia respecto del régimen anterior. Y en cuanto a sus posibilidades de desarrollo, hay que recordar lo establecido en el segundo apartado de este artículo, es decir, que el nuevo artículo 29 de la Ley 241/1990, introducido por el artículo 19 de la Ley 15/2005, ha previsto en su apartado primero que las disposiciones de la presente Ley se aplican a los procedimientos administrativos que se desarrollen en el ámbito de las Administraciones estatales y los entes públicos nacionales, mientras que en materia de justicia administrativa se aplicará a todas las Administraciones públicas.

7. UN NUEVO INSTITUTO: EL PREAVISO DESESTIMATORIO

El nuevo artículo 10-*bis* introduce en el Derecho administrativo italiano un instituto jurídico inédito hasta ahora: la «*comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*». Figura que obliga al responsable o la autoridad competente en los procedimientos iniciados a instancia de parte a informar al interesado de la denegación de su solicitud con carácter previo a la adopción formal de una resolución desestimatoria, exponiéndole de forma clara y precisa los motivos del rechazo; de ahí que se haya acuñado rápidamente la expresión *preavviso di rigetto*.

Con esta información preventiva se pretende favorecer el efectivo ejercicio del derecho a la participación en el procedimiento administrativo. Su objetivo consiste más concretamente en permitir, dentro del plazo de diez días desde que se practique la notificación desestimatoria, la presentación de alegaciones escritas y otros eventuales documentos para así rebatir al órgano administrativo su decisión y facilitar un debate anticipado sobre las causas que provocan la denegación de la solicitud.

Así, la participación del interesado, que con este sistema conoce las razones denegatorias aducidas por la Administración para rechazar su solicitud, queda reforzada y puede producir evidentes desarrollos prácticos, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de reexaminar la misma

posición a la luz de elementos de hecho o de Derecho no tomados en consideración por el órgano administrativo.

Con el *preavviso di rigetto*, la Administración, cuando crea que no puede aceptar una solicitud, vendrá obligada a informar al interesado de los impedimentos antes de la adopción formal. Si la Administración correspondiente confirma el rechazo tras las alegaciones presentadas por el particular, tendrá también que motivar razonadamente la desestimación de las observaciones alegadas por la parte con posterioridad a la solicitud.

Como excepción a esta regla, el artículo 10-*bis* establece que no será de aplicación en los procedimientos concursales y en los procedimientos administrados por los institutos de previsión (asistenciales). La explicación parece clara, puesto que en el caso de los procedimientos asistenciales, por ejemplo, este nuevo procedimiento podría presentar enormes problemas en términos de operatividad debido a la gran cantidad de preguntas que se podrían plantear. En tal caso, el *preavviso di rigetto*, en vez de ser a garantía del ciudadano, podría conseguir, paradójicamente, el efecto contrario, una insoportable falta de celeridad en la resolución de las instancias.

En cualquier caso, ha comentado LONGOBARDI que el *preavviso di rigetto* puede suscitar no sólo perplejidad por el agravio que representa el establecimiento de una ulterior fase sumarial, que, dicho sea de paso, comporta también interrupción de los tiempos procedimentales, sino que hay que preguntarse también sobre su verdadera utilidad, puesto que no se debe olvidar que la Administración viene ya obligada a promover en los procedimientos a instancia de parte un amplio debate y, por lo tanto, a solicitar las alegaciones oportunas, formular la interpretación de los hechos y, también, a facilitar al solicitante las condiciones adecuadas de defensa respecto de las objeciones de la propia Administración. En cambio, es cierto que a la previsión le acompaña un juicio positivo, derivado de la realista carencia y defectuosa práctica de debate por parte de las Administraciones en los procedimientos iniciados a instancia de parte, hasta hoy avalada por la jurisprudencia y también por cierta doctrina. Ahora, en cambio, con el claro dictado del artículo 10-*bis*, el escenario cambia notablemente y esperamos que se desarrolle una interesante doctrina sobre los derechos de los ciudadanos con ocasión de estos debates previos a la resolución formal⁵².

8. SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Con la nueva Ley se afronta finalmente a nivel normativo el régimen jurídico de los actos administrativos. Ello debe recibirse como una buena noticia en la medida en que el debate ahora girará en torno a normas jurídicas y no solamente a posiciones doctrinales o pronunciamientos jurisprudenciales; técnicamente, parece bastante más correcto así.

⁵² N. LONGOBARDI, «La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione», en *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, Articolle e Note, pág. 13.

En este punto conviene recordar que en Italia, tradicionalmente, se ha venido manteniendo en la doctrina y en la jurisprudencia la definición de ZANOBINI de acto administrativo: «*toda manifestación de voluntad, deseo, juicio o conocimiento proveniente de una Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa*»⁵³, cobrando especial relevancia entre los actos administrativos el denominado *provvedimento*, que es el acto dictado por el órgano competente con el cual se cierra el procedimiento.

El nuevo capítulo IV-*bis* de la Ley 241/1990, introducido por el artículo 14 de la Ley 15/2005, describe el régimen jurídico de los actos administrativos, pero no se ofrece una definición legal precisa. Ni siquiera se determina cuál es el ámbito de aplicación. Es por esto por lo que podemos decir que continúa vivo el problema de la inclusión o no en la noción de acto administrativo de actos como, por ejemplo, son las ya más que habituales certificaciones. Y si bien es cierto que en Italia nunca se ha tenido necesidad de delimitar legalmente el concepto de acto administrativo, porque es una categoría elaborada por la ciencia jurídica sobre la base de pocas normas y mucha jurisprudencia, quizá se podía haber aprovechado este momento de reforma para establecer una definición de acto administrativo, o al menos ofrecer una enumeración de los tipos de resoluciones sujetas a esta disciplina⁵⁴.

En cualquier caso, hay que indicar que, como era de esperar, las nuevas disposiciones incluidas en el artículo 14 de la Ley 15/2005 han supuesto uno de los grandes caballos de batalla de esta reforma. El capítulo IV-*bis* contiene siete artículos (21-*bis* a 21-*nonies*) que regulan por primera vez una materia en la que, como venimos diciendo, la elaboración jurisprudencial y doctrinal han tenido una importancia capital. El texto final acoge, con algunas modificaciones sustanciales, la propuesta originaria de reforma de CERULLI IRELLI en la anterior legislatura, e introduce nuevos principios sobre la disciplina del acto administrativo.

Así, con el nuevo artículo 21-*bis* se introduce el delicado tema de la vinculación entre notificación y eficacia del acto administrativo⁵⁵, problemática sobre la cual la jurisprudencia ya había afirmado la necesidad de que la Administración realizara las notificaciones por los medios más adecuados para garantizar el conocimiento de su contenido por parte del particular afectado. La nueva Ley indica a este respecto que la determinación de

⁵³ G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, VIII, ed., Milano, I, 1958, pág. 243.

⁵⁴ B. G. MATTARELLA, «El provvedimento amministrativo», en *Giornale di Diritto amministrativo*, núm. 5/2005, pág. 472.

⁵⁵ «Art. 21-*bis*. (*efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati*)
1. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica del privato non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci».

la eficacia de las resoluciones administrativas limitativas de la esfera jurídica de los particulares surtirá efectos desde el momento en que se practica la notificación, si bien se establece como excepción aquellos casos en los que la medida limitativa no tiene carácter sancionador; pero, aun así, dichas resoluciones podrían contener una cláusula que sí determine su inmediata eficacia.

Esta previsión ha inquietado a algunos autores por el hecho de que técnicamente parece ser que se confiere a la Administración un peligroso poder de atribución de *eficacia inmediata* a determinados actos, sin que incluso los interesados sepan nada⁵⁶. La aplicación de la norma podemos decir que afecta genéricamente a todas aquellas resoluciones que, incidiendo en los intereses preexistentes, imponen la limitación a un interés del cual es titular el particular; por ejemplo, las medidas ablativas de carácter personal o real. Pero, claro, también es cierto que la ratio del *provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati* debe comprender más ampliamente aquellos casos en los que la Administración, después de haber incidido en dicha esfera jurídica, por ejemplo a través de actos autorizatorios o concesiones que otorgan derechos al particular con las condiciones establecidas, determine una constricción por medio de una nueva medida. Si pensamos en las denominadas *autorizzazioni operative*, que algunas incluso están sometidas forzosamente a renovación y/o prórroga, se ve muy claramente el hecho de que el establecimiento de nuevas condiciones, que normalmente serán menos favorables para la situación jurídica del particular, se ve dentro del ámbito de aplicación de la norma.

Por su parte, el nuevo artículo 21-ter, referido a la ejecutoriedad, viene a indicar que: «*Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge*». Que en los casos y modalidades previstos por la Ley las Administraciones pueden imponer coactivamente el cumplimiento de obligaciones no es, ni mucho menos, una novedad. La ejecutoriedad, exponente de la autotutela ejecutiva de la Administración, recordemos que es una cualidad del acto administrativo consistente en la capacidad de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados, violentando incluso su propiedad y libertad si, llegado el caso, fuera necesario. Lo interesante de la reforma es que, en Italia, parte de la doctrina venía entendiendo que la ejecutoriedad traía su fundamento en la presunción de legitimidad del acto administrativo, que es lo que lo hace imperativo⁵⁷, pero parece ser que con la redacción de este artículo se supera la teoría de la ejecutoriedad

⁵⁶ F. SATTÀ (2005: 4).

⁵⁷ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; *L'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1999. También, en M. GIANNINI (1970: 291-298).

como atributo general de la resolución sobre la base del concepto de soberanía y parece adoptarse definitivamente la tesis que mantiene que la ejecutoriedad queda vinculada a la exigencia de tutelar correctamente el interés público⁵⁸.

Por otro lado, el artículo 21-*quater* se ocupa de la ejecutividad, y su apartado primero indica que: «*i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo*». La regla general consiste, por tanto, en que el inicio de la ejecución tiene que coincidir con la asunción de eficacia de la resolución administrativa. Las resoluciones administrativas eficaces son ejecutadas inmediatamente; ahora bien, el apartado segundo de este artículo establece que la eficacia o la ejecución de la resolución pueden ser suspendidas, por graves motivos y por el tiempo estrictamente necesario, por el mismo órgano que la ha dictado o por otro órgano previsto por la Ley. El problema es que nada dice la norma sobre la decisión a este respecto, no se indica si se hará de oficio, a instancia de parte o a consecuencia de un recurso, o, lo que es más grave, por el tiempo que se podrá mantener en suspenso, abriéndose así un gran margen a la discrecionalidad de la Administración que en el proyecto de Ley no existía, puesto que ese plazo de suspensión quedó limitado a seis meses como máximo.

Por otro lado, en lo que se refiere a la revocación de la resolución administrativa, el artículo 21-*quinquies* viene a indicar que, por motivos de interés público, a consecuencia de la modificación de la situación de partida, o también por una nueva valoración del interés público originario, la resolución administrativa puede ser revocada por parte del órgano que la dictó o por otro si así se prevé legalmente. Si dicha revocación comporta perjuicio y daño a los sujetos directamente interesados, la Administración tiene la obligación de indemnizar. En caso de controversia, corresponde a la jurisdicción administrativa conocer de la causa. El artículo 21-*quinquies* institucionaliza así un poder de revocación de las resoluciones administrativas de efecto duradero en términos bastante amplios, estableciendo como contrapartida el derecho de indemnización con carácter general.

Evidentemente, la cuestión clave es determinar si de esta nueva literatura cabe deducirse o interpretarse un poder amplio de revocación en favor de la Administración, porque, claro, son criterios enormemente amplios, como el «interés público» y la «modificación de circunstancias», los que habilitarían a la Administración para llevar a cabo esas revocaciones. En este punto hay que entender que ese poder que la Ley atribuye a la Administración para la correcta defensa y gestión del interés público, entre otras cosas, debe compatibilizarse con el contenido y alcance que se otorgue a los principios del Derecho comunitario, es decir, se deberán tomar

⁵⁸ Respecto a este debate, ver N. PAOLANTONIO, «Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/1990», en *Giustizia Amministrativa*, 2/2005, Articoli e Note, pág. 3.

en consideración para adoptar este tipo de medidas tanto la proporcionalidad como la confianza legítima, sendos criterios ya comentados al analizar la redacción del artículo 1.1 de la Ley.

Por último, los apartados *septies*, *octies* y *nonies* del artículo 21 se refieren, respectivamente, a la nulidad, anulabilidad y a la anulación de oficio de los actos administrativos. Sin duda, categorías trascendentales de la disciplina y uno de los casos más claros de institutos jurídicos importados del Derecho privado.

Con carácter general, hay que recordar que la inobservancia de las normas jurídicas deriva en la eliminación del acto administrativo. Consecuencia que puede ser automática o bien de necesaria aplicación judicial, como en el caso de la anulabilidad. Ello es lo que nos lleva a determinar que el acto nulo es ineficaz en Derecho, mientras que el anulable provisionalmente es eficaz, perdiendo tal condición desde el momento de su anulación; de ahí la diferencia de los efectos en uno y otro caso.

En el Derecho italiano se venía manteniendo que la nulidad se corresponde con la falta de elementos esenciales, mientras que la anulabilidad sería el vicio de tales elementos. La nulidad del acto administrativo, al contrario que la anulabilidad, determina la ausencia de imperatividad, eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad, por lo que todo acto nulo no es capaz de determinar una modificación de la situación preexistente.

En este sentido, el nuevo artículo 21-*septies* determina que será nula la resolución que adolezca de los elementos esenciales, la que sea dictada por *defecto absoluto de atribución*, también la adoptada contrariamente al criterio de la jurisprudencia y, por último, cuando así lo disponga expresamente la Ley⁵⁹.

De esta disposición resulta especialmente interesante la remisión que se hace al criterio de la jurisprudencia, que se completa con lo dispuesto en el apartado segundo de ese artículo, que establece que la jurisdicción administrativa será la exclusiva para determinar las cuestiones inherentes a la nulidad de la resolución administrativa. No obstante, el problema, como ya se había puesto de manifiesto durante la tramitación del proyecto de Ley, es que no se ha aprovechado la reforma para determinar cuáles son los elementos esenciales de la resolución administrativa, ni se aclara tampoco qué es lo que se debe entender por «*difetto assoluto di attribuzione*», y, por último, no queda claro cuáles son las consecuencias de la nulidad a efectos de impugnación. A este respecto, la doctrina ha criticado con fuerza estas cuestiones y se pregunta si se podría impugnar ante el *Tribunale Amministrativo Regionale* o esa nulidad debe ser comprobada por el juez ordinario⁶⁰.

En cuanto a la anulabilidad del acto administrativo, conviene recordar que parte de su régimen jurídico se encontraba en dos disposiciones proce-

⁵⁹ «È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

⁶⁰ F. SATTÀ (2005: 3).

sales antiguas: el artículo 26 del RD 1054/1924 y el artículo 3 de la Ley 1034/1971, de 6 de diciembre⁶¹, que son las normas que indican los vicios que determinan la anulación de los actos administrativos por parte del juez a consecuencia de la impugnación de los titulares de intereses legítimos. El exceso de poder (que básicamente se refiere al problema de los límites de la discrecionalidad administrativa), la falta de competencia o la contravención de la norma son los supuestos que determinan esos efectos. El nuevo artículo 21-*octies* viene, en gran medida, a recoger lo dispuesto en las normas mencionadas y establece que será anulable toda aquella resolución administrativa contraria a la Ley o viciada por exceso de poder o de incompetencia.

El tema de la anulabilidad ha sido muy discutido desde el principio de la tramitación de la reforma, suscitándose una gran preocupación y debate en la doctrina ya con la originaria propuesta del 8 de marzo de 2000 por CERULLI IRELLI; de ahí que la redacción de la anulabilidad haya sufrido varias modificaciones hasta llegar a ese texto final⁶².

En cualquier caso, señalar que esta previsión nos traslada claramente al problema de la existencia de *vicios menores* en la determinación de la resolución administrativa, un problema clásico de la disciplina publicista y una cuestión que ha sido afrontada por la doctrina más cualificada y determinadamente por la jurisprudencia⁶³.

Por último, el artículo 21-*nonies* se refiere a la anulación de oficio por parte de la Administración, indicando lo siguiente: «*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*». Con esta redacción, el legislador parece querer determinar que la resolución administrativa ilegítima, pero no anulable según el artículo 21-*octies*, podrá ser anulada de oficio, quedando a salvo su posible validación según lo dispuesto en el apartado segundo: «*È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole*».

En realidad, poco se puede objetar al régimen jurídico de la anulación de oficio porque en la norma prácticamente se recoge lo ya establecido reiteradamente por la jurisprudencia italiana. Es opinión casi unánime

⁶¹ Ver la *Sentenza della Corte Costituzionale del 24 giugno 1958, n. 40*.

⁶² La redacción originaria establecía: «*È annullabile il provvedimento viziato per incompetenza, adottato in violazione di norme imperative, o viziato per eccesso di potere*». Y los apartados 3 y 4 establecían que: «*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». «*Resta salva la facoltà di regolarizzazione, anche in pendenza di ricorso giurisdizionale*».

⁶³ Ver M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, vol. I, págs. 609, 645 y ss., y F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pág. 596. Más recientemente, E. CASERTA (2004: 479); F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2003; D. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, Milán, 2003.

que el legislador ha intentado separar el instituto de la revocación de la anulación de oficio, dos tipos de actos que a menudo tienen efectos análogos y sobre los cuales la jurisprudencia ha elaborado reglas comunes. La única crítica que se le ha hecho es que resulta inevitable preguntarse qué sucede cuando expira el «término razonable» del que habla la norma, bien en sede de anulación, bien en caso de convalidación.