



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRENTO**

**RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO: LAS DILACIONES
INDEBIDAS PROCEDIMENTALES.**

TESIS DOCTORAL

**Autor:
Hugo Andrés Arenas Mendoza.**

**Director en España:
Dr. Ricardo Rivero Ortega.**

**Co-director en Italia:
Dr. Fulvio Cortese.**

2011



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

Departamento: Derecho Admnsitrativo,
Financiero y Procesal.

Doctorado: Derecho Administrativo, en
la Sociedad del Conocimiento.



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRENTO**

Dipartimento: Scienze Giuridiche.

Dottorato: Studi Giuridici, Comparati
ed Europei.

RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO: LAS DILACIONES INDEBIDAS PROCEDIMENTALES.

TESIS DOCTORAL

Trabajo presentado por: Hugo Andrés Arenas Mendoza, para optar
el Título de Doctor, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Ricardo Rivero
Ortega y la co-tutela de Prof. Dr. D. Fulvio Cortese.

Doctorando

V°B° del Director

V°B° del Cotutor

Salamanca, 2011

TRIBUNAL

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

Doctorando: Hugo Andrés Arenas Mendoza

Tesina leída en: ____/____/____

Calificación: _____

*Dedico esta Tesis Doctoral a mis padres y a mi hermanita;
a los miembros de las familias Arenas, Mendoza,
Salamanca y Arias y finalmente, a todos aquellos que se
alegren sinceramente, con la producción de este escrito.*

AGRADECIMIENTOS.

Aprovecho esta ocasión para agradecer a las personas que me han acompañado durante esta experiencia; empezando por destacar, el desmedido apoyo tanto afectivo como económico de mis padres Hugo Gonzalo Arenas Salamanca, Gloria Inés Mendoza Arias y de mi hermanita Gloria Patricia Arenas Mendoza. Puesto que, sin ellos no hubiera podido terminar esta Tesis Doctoral y en todo, caso no tendría sentido mi existencia, debido a que son indudablemente mi razón de vivir.

Así mismo, quiero agradecer a mi Director de Tesis Ricardo Rivero Ortega con quien he tenido la oportunidad de trabajar desde el 2007. Él me ha acompañado, aconsejando, ayudando y enseñando desinteresadamente desde que nos conocimos y por tanto, ha sido, sin duda, un gran apoyo tanto en lo académico como en lo personal, durante mi aventura en Europa.

De igual manera, debo presentar mis más sinceros agradecimientos a Fulvio Cortese, mi Cotutor en Italia, quien me apoyó incondicionalmente en todas las dificultades que se me presentaron en la ciudad de Trento, en el norte de Italia.

Además, se debe mencionar a los profesores Enrique Rivero, Giandomenico Falcon y Luis Medina, quienes contribuyeron a facilitar mis estudios tanto en España como en Italia y poder materializar la Cotutela que me permite tener los dos títulos de Doctorado, el de la Universidad de Salamanca y el de la Universidad de los Estudios de Trento.

A continuación, debo reconocer la gran contribución efectuada por el resto de mi familia; mis abuelos (especialmente a mi abuelita Ana Beatriz quien me ha acompañado y educado por más años), tíos, primos y a mi ahijado, quienes me han apoyado, me han enseñado tanto y sobre todo, siempre me han demostrado su afecto incondicional.

A renglón seguido, quiero agradecer a mis amigos del alma y a María, quienes realmente me dieron las alegrías y las energías para seguir. Sin olvidarme, de todas aquellas personas que considero mis amigos y especialmente, a mis amigos de Salamanca y de Trento.

En este momento, corresponde reconocer la colaboración de mis maestros de Colombia: Gerardo Arenas, Fernando Mayorga, Jaime Vidal y Enrique Arboleda; quienes, siguieron con gran interés éste proceso y constantemente me orientaron en las diversas facetas de mi vida.

Por último, se debe dar gracias a cada una de las personas que se alegren sinceramente de la oportunidad que he tenido, aquellos que me hayan ayudado de cualquier manera y quienes se sientan felices por haberme acompañado en el cumplimiento de este proyecto.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

A.P.	Administración pública
Art.	Artículo.
BO.	Boletín Oficial.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
C.	Circular.
CBG	Código de buen gobierno y de los altos cargos de la Administración General.
CCE	Código Civil español.
CCI	Código Civil Italiano.
CDFCE	Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea 2000.
CE	Constitución española de 1978.
CE 31	Constitución española de 1931.
CEEU	Comunidad Económica Europea
CI	Constitución italiana 1948.
CPE	Código Penal español.
CPI	Código Penal italiano.
DA	Documentación Administrativa.
DCE	Dictamen Consejo de Estado.
DIP	Dilación Indebida procedimental.
DL. 9/93	Decreto-ley 9 de 1993.
DL. 35/2005	Decreto-ley 35/2005.
DL. 104/2010	Decreto Legislativo 104 de 2010.
DCE	Dictamen Consejo de Estado.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
LH	Libro homenaje
LEF	Ley de expropiación forzosa de 1954.
LPAB	Ley de Procedimiento Administrativo o Ley de bases de 1889.

LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRL	Ley de Régimen Local de 1950.
L.24/98	Ley 24 de 1998.
L. 29/98	Ley 29 de julio de 1998.
L. 4/99	Ley de 4 de enero de 1999.
LO. 6/ 1999	Ley Orgánica 6 de 1999.
L. 27/2001	Ley 27 de 2001.
L. 14/2002	Ley 14 de 2002.
L. 30/2002	Ley 30 de 2002.
LO. 19/03	Ley Orgánica 19 de 23 de diciembre de 2003.
LO. 03/04	Ley 3 de 2004.
Ley 15/2005	Ley 15 de 2005.
Ley 80/2005	Ley 80 de 2005.
Ley 248/2007	Ley 248 de 2007.
Ley 31/2008	Ley 31 de 2008.
Ley 69/2009	Ley 69 de 2009.
Ley 25/2009	Ley 25 de 2009.
Ley 2/2011	Ley 2 de 2011.
P.A.	Pubblica amministrazione.
RAE	Real Academia Española.
RAP	Revista de Administración Pública.
RD. 429/93.	Real Decreto 429 de 1993.
RD. 951/05	Real Decreto 951 de 2005.
RD. 8/2011	Real Decreto 8 de 2011.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
Reco.	Recomendación.
REV.	Revista.

STCE	Sentencia Tribunal Constitucional español.
STSE	Sentencia Tribunal Supremo español.
SCEE	Sentencia Concejo de Estado español.
SCEE	Sentencia Consejo de Estado italiano.
SCJCE	Sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea.
SCCI	Sentencia de la Corte de Casación italiana.
STJCE	Sentencia Tribunal de Justicia Comunidades Europeas.
TAR	Tribunal Administrativo Regional.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

TABLA DE CONTENIDO.

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS.....	II-III
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	IV-VI
TABLA DE CONTENIDO.....	VII-XXXVIII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. EL RÉGIMEN RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA.....	9
<i>Introducción</i>	9
<i>Parte 1. La responsabilidad objetiva en España su régimen normativo vigente, sus características y su debate actual</i>	16
Introducción.....	16
1. El régimen normativa vigente.....	17
Introducción.....	17
1.1. La Constitución de 1978.....	18
1.2. La Ley 30 de 1992.....	21
1.3. La Ley 4 de 1999.....	24
2. Las características de la responsabilidad objetiva.....	28
Introducción.....	28

2.1. Carácter total o general.....	28
2.2. Reponabilidad Directa.....	29
2.3. Responsabilidad Objetiva.....	31
2.4. Reparación integral.....	34
2.5. Unidad jurisdiccional.....	35
3. El debate actual: ¿Se debe mantener el régimen de responsabilidad objetiva en España?.....	36
Introducción.....	36
3.1. Argumentos que defienden la imperante necesidad de una profunda modificación al régimen de las Administraciones públicas, pasando a un régimen subjetivo.....	36
3.1.1. Fuertes deficiencias teóricas.....	40
3.1.2. Carga económica excesiva para la Administración.....	41
3.1.3. Funciones de la responsabilidad.....	41
3.1.4. En contra de la seguridad Jurídica.....	42
3.1.5. El gran peligro que conlleva el sistema y su interpretación jurisprudencial.....	43
3.1.6. Seguir los postulados de la Unión Europea.....	45
3.2. Argumentos para mantener la responsabilidad objetiva en España.....	46
3.2.1. No existen tales deficiencias y en caso de presentarse tampoco son relevantes.....	47
3.2.2. Carga para las arcas estatales.....	48
3.2.3. Funciones de la responsabilidad.....	49
3.2.4. Seguridad jurídica.....	50
3.2.5. Interpretaciones jurisprudenciales.....	52
3.2.6. Comunidad europea.....	53

<i>Parte II. Requisitos para que se origine la responsabilidad objetiva</i>	54
Introducción.....	54
4. La lesión y sus cuatro componentes.....	54
Introducción.....	55
4.1. Lesión efectiva.....	56
4.2. Lesión susceptible de ser evaluable económicamente.....	58
4.3. Lesión individualizable con relación a una persona o grupo de personas.....	61
4.4. Lesión antijurídica.....	62
5. La imputación a la Administración Pública.....	66
Introducción.....	66
5.1. La noción de servicio público y la inserción del agente en la Administración.....	67
5.2. Títulos de imputación.....	70
5.2.1. Funcionamiento anormal del servicio.....	71
5.2.2. El funcionamiento normal como causa de imputación.....	72
5.2.3. Riesgo.....	74
5.2.3.1. Riesgos irrelevantes.....	75
5.2.3.1.1. Riesgo general.....	75
5.2.3.1.2. Riesgo insignificante.....	75
5.2.3.1.3. Riesgo socialmente tolerado.....	76
5.2.3.2. Riesgos relevantes.....	76
5.2.3.2.1. Riesgo creado o no insignificante.....	77
5.2.3.2.2. Aumentado.....	77

5.2.3.2.3. No disminuido.....	77
5.2.3.2.4. No consentido.....	78
5.2.4. Sacrificio especial o ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.....	78
5.2.5. Autoimputación.....	79
5.3. La responsabilidad concurrente de las administraciones públicas.....	81
6. Relación de causalidad.....	87
Introducción.....	87
6.1. Teorías para probar la relación de causalidad.....	89
6.1.1. Causalidad exclusiva.....	89
6.1.2. Equivalencia de condiciones.....	90
6.1.3. Causación adecuada.....	92
6.1.4. Imputación objetiva.....	93
6.2. Interrupción o debilitación del nexo causal.....	94
6.2.1. Concurrencia de la culpa de la víctima.....	95
6.2.2. Intervención de un hecho de tercero.....	97
6.2.3. Caso fortuito y fuerza mayor.....	98
6.2.3.1. Diferencia doctrinal entre caso fortuito y fuerza mayor.....	99
6.2.3.2. Tratamiento jurídico de la fuerza mayor en el derecho español.....	100
 CAPÍTULO II. PRINCIPALES ORIENTACIONES DEL MODELO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	 102
Introducción.....	102

<i>Parte I. Las perspectivas, los principios y los fines orientadores del procedimiento administrativo español</i>	108
Introducción.....	108
1. La perspectiva clásica del procedimiento administrativo, su nueva orientación y el deber de Buena Administración en España.....	109
Introducción.....	109
1.1. Concepto clásico o formal de procedimiento administrativo.....	111
1.2. Una visión más amplia del procedimiento administrativo.....	114
1.3. Las nuevas orientaciones del modelo procedimental Español: El derecho a la buena administración.....	116
2. Los principios orientadores del procedimiento en el Der. Administrativo español.....	121
Introducción.....	121
2.1. Exigencia del procedimiento mismo.....	124
2.2. Principio de legalidad.....	125
2.3. Principio de Igualdad.....	126
2.4. Principio de objetividad.....	127
2.5. El principio de imparcialidad.	127
2.6. El principio de intervención de la arbitrariedad.....	128
2.7. Seguridad jurídica y confianza legítima.....	129
2.8. Principio de contradicción.....	130
2.9. In dubio pro actione.	131
2.10. Economía y eficiencia procedimental.....	132
2.11. Oficialidad.....	133
2.12. Publicidad.....	134

3. Principales fines del procedimiento administrativo contenidos en el ordenamiento jurídico español.....	135
Introducción.....	135
3.1. Garantía del interés público.....	135
3.2. Garantía de los derechos de los ciudadanos.....	136
3.3. Sometimiento a la ley, búsqueda del acierto de la decisión y garantía de la racionalidad.....	137
3.4. Comprobación de datos e intercambio de información.....	138
3.5. Contribuir con la participación de los ciudadanos.....	139
3.6. Buena administración.....	140
<i>Parte II. El procedimiento administrativo actualmente contenido en la legislación española.....</i>	<i>142</i>
Introducción.....	142
4. El régimen de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento jurídico español.....	144
Introducción.....	144
4.1. Nociones generales sobre el procedimiento administrativo en España.....	144
4.1.1. Origen y consolidación del procedimiento administrativo en España.....	144
4.1.2. Las relaciones territoriales.....	146
4.1.3. El procedimiento común y los procedimientos especiales.....	147
4.2. Las partes en el procedimiento Administrativo: La Administración responsable y los derechos de los interesados dentro del procedimiento administrativo.....	148
4.2.1. La Administración responsable del procedimiento.....	149
4.2.2. Los derechos de los interesados.....	151
5. La estructura del procedimiento en la legislación vigente.....	153

Introducción.....	153
5.1. La iniciación.....	155
5.1.1. La iniciación de oficio.....	156
5.1.1.1. Iniciativa del órgano competente.....	157
5.1.1.2. Orden superior.....	157
5.1.1.3. Petición razonada.....	157
5.1.1.4. Denuncia.....	157
5.1.2. La iniciación a instancia de parte.....	157
5.2. Instrucción.....	159
5.2.1. Los actos de instrucción de origen externo.....	160
5.2.1.1. Alegaciones.....	160
5.2.1.2. Trámite de visita y audiencia.....	161
5.2.1.3. Información pública.....	161
5.2.1.4. Pruebas.....	162
5.2.2. Los actos de instrucción de origen interno.....	162
5.2.2.1. Actos de comunicación y solicitud de documentos.....	163
5.2.2.2. Petición de informes.....	163
5.2.2.3. Acumulación de procedimientos.....	164
5.2.2.4. Pruebas.....	164
5.2.2.5. Medidas provisionales.....	165
5.3. Terminación.....	165
5.3.1. Resolución expresa.....	167
5.3.2. Decisión del interesado.....	167
5.3.2.1. Desistimiento.....	167

5.3.2.2. Renuncia.....	168
5.3.3. Terminación por decisión convencional.....	168
5.3.4. La imposibilidad material de continuar.....	169
5.3.5. El silencio administrativo.....	170
5.3.6. La terminación por inactividad o caducidad.....	170
CAPÍTULO III. EL TÉRMINO PROCEDIMENTAL Y LAS CONSECUENCIAS DE SU DESCONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	171
<i>Introducción.....</i>	<i>172</i>
<i>Parte I. Los plazos procedimentales y el silencio administrativo en el derecho español.....</i>	<i>175</i>
Introducción.....	175
1. Los plazos en el procedimiento en la legislación española.....	177
Introducción.....	177
1.1. Plazos y términos en el procedimiento administrativo.....	178
1.2. El tiempo en el procedimiento administrativo.....	181
1.2.1. El plazo máximo para dictar resolución.....	183
1.2.2. El plazo supletorio y la forma de contabilizar el tiempo de duración del procedimiento.....	184
1.2.3. La información en los procedimientos.....	185
1.2.4. Suspensión de los plazos para resolver los procedimientos.....	185
1.2.4.1. El requerimiento del interesado.....	186
1.2.4.2. El concepto previo de la Comunidad Europea.....	186
1.2.4.3. Solicitud de informes.....	186
1.2.4.4. Solicitud de análisis técnicos.....	186

1.2.4.5. Terminación convencional.....	187
1.2.5. Mecanismos para cumplir el plazo.....	187
2. El silencio de la Administración.....	188
Introducción.....	188
2.1. El silencio administrativo y su afianzamiento.....	191
2.2. Clases de silencio administrativo.....	195
2.2.1. Silencio administrativo negativo o desestimatorio.....	196
2.2.2. Silencio administrativo positivo o estimatorio.....	198
2.3. El desarrollo del silencio administrativo en la Ley 30 de 1992.....	200
2.3.1. El silencio administrativo en la Ley 30 de 1992 con sus posteriores modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999.....	201
2.3.1.1. Procedimientos iniciados a solicitud del interesado. (art.43).....	203
2.3.1.2. Procedimientos iniciados de oficio por alguna de las Administraciones Públicas.....	204
2.3.1.2.1. Situaciones jurídicas consolidadas.....	205
2.3.1.2.2. Facultades de intervención que puedan producir efectos desfavorables.....	205
2.4. Las profundas modificaciones en materia de silencio administrativo positivo introducidas por la Ley 25 de 2009, la ley 2 de 2011 y el Real Decreto-ley 8 de 2011.....	206
2.4.1. La Ley 25 del 22 de diciembre de 2009 o de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 30 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.....	207
2.4.2. Las innovaciones al régimen de silencio positivo introducidas por la Ley 2 de 2011 y el Real decreto-ley 8 de 2011.....	209
2.5. La responsabilidad del Estado en los supuestos de silencio administrativo.....	211

2.5.1. La responsabilidad del Estado en casos de silencio administrativo negativo.....	211
2.5.1.1. Se dicta resolución tardía que reconoce la solicitud.....	211
2.5.1.2. Si no se hubiese producido el retraso el interesado se hubiere beneficiado.....	212
2.5.1.3. Inmovilización de capitales u otros recursos.....	212
2.5.1.4. Denegación tardía y contraria a derecho.....	213
2.5.2. La responsabilidad del Estado por silencio administrativo positivo: Responsabilidad ante terceros interesados.....	213
<i>Parte II. La inactividad formal de las Administraciones Públicas españolas y su responsabilidad por retardo en la decisión procedimental.....</i>	<i>215</i>
Introducción.....	215
3. La inactividad de las Administraciones públicas españolas.....	216
Introducción.....	216
3.1. La inactividad de la Administración.....	218
3.2. Las clases de inactividad administrativa.....	220
3.3. La relación entre inactividad y silencio administrativo.....	222
3.4. La relación entre la inactividad, deber de resolver y responsabilidad de las Administraciones públicas españolas.....	224
4. El deber de resolver en plazo y la responsabilidad por su incumplimiento.....	226
Introducción.....	226
4.1. El deber de resolver en el ordenamiento jurídico español.....	227
4.2. Tratamiento legislativo del deber de resolver.....	229
4.3 El plazo máximo de cumplimiento del deber de resolver.....	232
4.4. La responsabilidad derivada del deber de resolver en plazo.....	234

4.4.1. La responsabilidad derivada del deber de responder dentro del plazo según los lineamientos del numeral 7 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992.....	235
4.4.2. La responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de la obligación de resolver.....	237

CAPÍTULO IV. EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y POR PROVVEDIMENTO (DECISIÓN FINAL DEL PROCEDIMIENTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA) EN ITALIA.....	241
---	-----

<i>Introducción</i>	241
---------------------------	-----

<i>Parte I. La responsabilidad de las Administraciones públicas italianas, su marco normativo, los elementos que la generan y sus posibles clases</i>	248
---	-----

Introducción.....	248
-------------------	-----

1. El régimen normativo actual de las Administraciones Públicas en Italia.....	249
--	-----

Introducción.....	249
-------------------	-----

1.1. La responsabilidad en la Constitución italiana.....	250
--	-----

1.1.1. En el artículo 28 de la Constitución italiana.....	250
---	-----

1.1.2. En el artículo 42.....	252
-------------------------------	-----

1.1.3. En el artículo 113.....	253
--------------------------------	-----

1.2. La responsabilidad de las Administraciones Publicas en el Código Civil.....	254
--	-----

2. Los elementos para generar la responsabilidad.....	256
---	-----

Introducción.....	256
-------------------	-----

2.1. El hecho dañoso injusto.....	258
-----------------------------------	-----

2.2. La imputación.....	260
-------------------------	-----

2.3. El elemento subjetivo de la culpa.....	262
---	-----

2.4. La relación de causalidad.....	266
2.4.1 Casos en que se presenta el debilitamiento o rompimiento del nexo causal.....	268
2.4.1.1. La fuerza mayor y el caso fortuito.....	268
2.4.1.2. La presencia de un tercero.....	269
2.4.1.3. El concurso del perjudicado y la culpa exclusiva de la víctima.....	269
3. Las clases de responsabilidad en Italia.....	271
Introducción.....	271
3.1. La responsabilidad extracontractual por el mero comportamiento.....	271
3.2. Responsabilidad por acto lícito.....	272
3.3. Responsabilidad proveniente del servicio público.....	274
3.4. Responsabilidad por violación del derecho comunitario.....	276
3.5. Responsabilidad por el provvedimento.....	278
<i>Parte II. La responsabilidad providencial de las Administraciones públicas italianas: La Sentencia 500 de 1999, el debate sobre su naturaleza y los elementos que la genera.....</i>	<i>279</i>
Introducción.....	279
4. El origen de la responsabilidad por actividad procedimental en Italia: La Sentencia 500 de 1999.....	281
Introducción.....	281
4.1. Resumen de los hechos más relevantes que originaron la Sentencia 500 de 1999 de la Corte de Casación.....	282
4.2. Consideraciones previas de la Corte de Casación.....	282
4.3. Nuevas premisas orientadores contenidas en la Sentencia No. 500/99.....	284

4.4. El interés legítimo y la responsabilidad providencial en el derecho administrativo italiano.....	288
4.4.1. El interés legítimo procedimental.....	289
4.4.2. La responsabilidad por actividad procedimental en Italia.....	291
5. El debate sobre la naturaleza de la responsabilidad procedimental de las Administraciones Públicas italianas.....	294
Introducción.....	294
5.1. Precontractual.....	295
5.2. Contractual.....	297
5.3. De contacto o paracontractual.....	298
5.4. Especial o tertium genus.....	300
5.5. Extracontractual.....	302
6. Los elementos que generan la responsabilidad procedimental en Italia.....	304
Introducción.....	304
6.1. El daño antijurídico que se concreta en la lesión de un interés legítimo pretensivo.....	304
6.2. La imputación: Especialmente la presencia del elemento subjetivo.....	307
6.3. La relación de causalidad entre daño e imputación.....	309
CAPÍTULO V. NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.....	312
<i>Introducción</i>	312
<i>Parte I. La construcción del procedimiento administrativo en Italia y los principios que orientan su aplicación</i>	316
Introducción.....	316

1. El camino hacia la primera legislación sobre procedimiento administrativo en Italia o Ley 241 del 7 de agosto de 1990.....	317
Introducción.....	317
1.1. La incipiente construcción del procedimiento Administrativo en Italia.....	319
1.2. De la entrada de los nuevos postulados de la Constitución de 1948 a la década de los años setentas.....	323
1.3. La fuerte evolución teórica de la década de 1970.....	326
1.4. Los aportes doctrinarios del XXXII Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración celebrado en la provincia de Como del 18 al 20 de septiembre de 1986.....	328
2. Los principios del procedimiento establecidos en el ordenamiento jurídico italiano.....	332
Introducción.....	332
2.1. Los principios contenidos la normatividad italiana.....	335
2.1.1. Legalidad.....	335
2.1.2. Buen funcionamiento.....	336
2.1.3. Imparcialidad.....	337
2.1.4. Economía.....	337
2.1.5. Eficacia.....	338
2.1.6. Publicidad.....	339
2.1.7. Transparencia.....	339
2.1.8. No agravación.....	340
2.1.9. El principio de adopción de un provvedimento expreso y dentro de un término cierto.....	340
2.1.10. La motivación de ls decisiones individuales.....	341

2.2. Los principios procedimentales establecidos por el ordenamiento comunitario.....	342
2.2.1. La participación en el procedimiento.....	343
2.2.2. La tutela de la confianza legítima.....	344
2.2.3. La proporcionalidad.....	345
2.2.4. La buena Administración.....	346
2.2.5. La tempestividad.....	346
<i>Parte II. El procedimiento administrativo actualmente contenido en el ordenamiento jurídico italiano.....</i>	<i>348</i>
Introducción.....	348
3. Régimen actual del procedimiento administrativo italiano en la Ley 241 de 1990.....	349
Introducción.....	349
3.1. La noción de procedimiento administrativo y algunos conceptos afines que pueden oscurecer su significado.....	350
3.1.1. Noción de procedimiento administrativo.....	351
3.1.2. Definición de provvedimento administrativo.....	351
3.1.3. Algunas relaciones y rasgos diferenciadores entre de las definiciones de procedimiento y provvedimento.....	351
3.1.4. Diferencias entre procedimiento, procedura y processo.....	352
3.2. El procedimiento administrativo en la Ley 241 de 1990.....	352
3.3. Las modificaciones a la Ley 241 de 1990.....	354
3.3.1. Ley 15 de 2005, el D.L. 35 de 2005 y la Ley 80 de 2005.....	355
3.3.2. Las variaciones introducidas por la Ley 69 de 2009.....	356
3.3.3. El Decreto Legislativo N. 104 de 2010.....	357
3.4. La estructura general del la Ley 241 del 7 de agosto de 1990.....	358
3.5. El ámbito de aplicación de la Ley 241 de 1990.....	360

4. Las fases del procedimiento administrativo.....	363
Introducción.....	363
4.1. Fase de iniciativa.....	364
4.2. Fase instructoria.....	366
4.3. Fase decisoria.....	368
4.4. Fase de la eficacia.....	370
CAPÍTULO VI. EL TÉRMINO DEL PROCEDIMIENTO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU VIOLACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA.....	373
<i>Introducción.....</i>	<i>376</i>
<i>Parte I. El término del procedimiento y el silencio de la Administración pública en Italia.....</i>	<i>377</i>
Introducción.....	377
1. El término del procedimiento en Italia.....	379
Introducción.....	379
1.1. La importancia del tiempo en el procedimiento.....	380
1.2. El término y la conclusión del procedimiento.....	383
2. La disciplina general del Silencio Administrativo en Italia.....	389
Introducción.....	389
2.1. Clases de silencio administrativo.....	390
2.1.1. El silencio incumplimiento.....	390
2.1.2. El silencio significativo.....	393
2.1.3. Silencio positivo.....	394
2.1.4. Silencio negativo.....	395
2.1.5. Otros tipos de silencio.....	396

2.1.5.1. Silencio desconocimiento.....	396
2.1.5.2. Silencio devolutivo.....	397
2.2. El silencio asenso o positivo.....	397
2.3. El silencio negativo o deniego.....	400
2.4. El recurso contra el silencio administrativo.....	403
<i>Parte II. La responsabilidad de las Administraciones Públicas italianas por el retardo en la expedición de la decisión procedimental.....</i>	<i>406</i>
Introducción.....	406
3. El daño de retardo como consecuencia del desconocimiento de la obligación de resolver en un término determinado.....	408
Introducción.....	408
3.1. La noción del daño de retardo.....	409
3.2. Marco normativo del daño de retardo.....	412
3.3. El daño de retardo como lesión a intereses jurídicos pretensivos y las tesis de la configuración del daño.....	413
3.3.1. El daño a los intereses jurídicos pretensivos.....	413
3.3.2. Teorías de los elementos necesarios para la configuración del daño.....	414
3.3.2.1. El simple vencimiento del término como derecho procedimental autónomo o daño puro de retardo.....	414
3.3.2.2. El incumplimiento del término como una violación necesaria de un bien de la vida.....	415
3.4. Los supuestos de responsabilidad por retardo.....	416
3.4.1. Verdadero daño de retardo por la decisión favorable tardía.....	416
3.4.2. Decisión desfavorable tardía o daño de incerteza.....	417

3.5. El nuevo régimen del daño de retardo contenido en La Ley 241 de 1990, modificado por la Ley 69 de 18 de junio de 2009 y las variaciones introducidas por el Nuevo Código de Proceso Administrativo o Decreto 2 de julio de 2010.....	419
3.5.1. Consecuencias del retardo.....	420
3.5.2. La obligación de indemnizar.....	420
3.5.3. Cuestiones procesales.....	422
3.5.4. El contenido del artículo 30 del Código de Proceso Administrativo o Decreto Legislativo del 2 de julio de 2010.....	423
3.6. Elementos para que se configure la responsabilidad por retardo en el derecho italiano.....	426
3.6.1. El daño injusto por el retardo en la decisión procedimental.....	426
3.6.2. Sólo se reconoce el daño de retardo cuando la pretensión del particular hubiera sido positiva en caso de no ocurrir la demora.....	427
3.6.3. La imputación a una Administración Pública en el daño de retardo.....	428
3.6.4. El elemento subjetivo en el daño de retardo.....	429
3.6.5. La relación de causalidad en el daño de retardo.....	430
4. Principales lineamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad de las Administraciones públicas por el daño en Italia.....	431
Introducción.....	431
4.1. Lineamientos jurisprudenciales básicos en relación con el daño de retardo.....	432
4.1.1. El reconocimiento del daño de retardo.....	433
4.1.2. Sólo puede lesionar intereses pretensivos.....	433
4.1.3. El simple retardo no genera daño.....	433
4.1.3.1. Corte Constitucional.....	434
4.1.3.2. Consejo de Estado.....	434

4.1.3.3. Audiencia Plenaria del Consejo de Esado.....	434
4.1.4. Está supeditado a la decisión positiva.....	435
4.1.5. La determinación de la jurisdicción competente.....	435
4.1.5.1. Corte de Casación.....	436
4.1.5.2. Consejo de Estado.....	436
4.2. La cuantificación del daño de retardo.....	437
4.2.1. Determinación de la cuantía del daño con base en el instrumento de valoración subsidiaria prevista en el artículo 1226 del Código Civil italiano.....	437
4.2.2. La fijación según los cálculos del demandante, ya que no fueron rebatidos por la contraparte.....	438
4.2.3. Con base en el salario que el recurrente hubiera conseguido en calidad de vigilante entre las fechas de su dimisión y la fecha de la decisión, con algunas deducciones debidas a las condiciones particulares al caso.....	439
4.3. Situaciones de daños de retardo concedidos por la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado italiano.....	441
4.3.1. Retardo en la fijación de una tarifa.....	441
4.3.2. Demora en la autorización de apertura de un establecimiento de venta de periódico en Roma.....	443
4.3.3. La prueba del daño de retardo en la expedición de una decisión urbanística.....	445
4.3.4. Retardo ocurrido dentro de un Concurso Público.....	447

CAPÍTULO VII. LAS DILACIONES INDEBIDAS PROCEDIMENTALES EN EL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL..... 449

Introducción..... 449

Parte I. La noción de dilación indebida procedimental..... 453

Introducción.....	453
1. Los tipos de daños procedimentales pretensivos.....	454
Introducción.....	454
1.1. El daño de retardo.....	456
1.2. El daño de incerteza.....	458
1.3. El daño de pérdida de oportunidad.....	461
1.4. Daño por desconocimiento de la confianza legítima.....	465
2. Una propuesta de concepto de dilación indebida procedimental.....	468
Introducción.....	468
2.1. La definición de plazo razonable en los procesos judiciales y su posible aplicación al procedimiento administrativo.....	468
2.1.1. El plazo razonable y los procesos judiciales.....	469
2.1.2. Las dilaciones indebidas en el proceso administrativo y su relación con el procedimiento.....	473
2.2. La definición de las dilaciones indebidas procedimentales.....	476
2.2.1. Noción de dilación indebida procedimental.....	477
2.2.2. La injusticia del retraso.....	478
2.2.2.1. Vencimiento del término.....	479
2.2.2.2. Incumplimiento indebido del plazo.....	482
3. Los procedimientos en que se puede producir la responsabilidad por dilaciones indebidas.....	484
Introducción.....	484
3.1. Clases de procedimientos.....	486
3.1.1. Procedimiento general y procedimientos especiales; Declarativos, ejecutivos y de simple gestión; Ordinarios y sumarios o de urgencia y Procedimientos en que los particulares están en relación de colaboración y procedimientos en que hay contraposición de interés.....	486

3.1.2. Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, Procedimientos de primer y segundo grado, procedimientos ordinarios y triangulares y Procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.....	487
3.1.3. Procedimiento administrativo común, procedimientos especiales concéntricos y procedimientos especiales excéntricos.....	487
3.1.4. Procedimientos declarativos; constitutivos; organizativos; sancionadores y ejecutivos.	488
3.1.5. Su regulación y ámbito de aplicación; grado de ordenación de sus actuaciones; relación con otras actuaciones administrativas; Sujetos que intervienen y su finalidad.....	488
3.1.6. Procedimientos con tramitación preestablecida (formalizados) y Procedimientos en que se deja la libertad al instructor (no formalizados).....	488
3.1.7. Procedimientos iniciados a petición de la parte privada interesada, de oficio o por propuesta de otra Administración pública.....	489
3.1.8. Procedimientos declarativos y procedimientos constitutivos; Procedimientos de primer y de segundo grado; Procedimientos con efectos ablatorios y ampliatorios y Procedimientos sancionatorios.	489
3.1.9. Los procedimientos prevalentemente sustanciales y los procedimientos prevalentemente funcionales.	490
3.1.10. Procedimientos administrativos que entrañan una afectación directa de posiciones jurídicas subjetivas de carácter sustantivo y aquellos otros que no tienen por objeto inmediato garantizar derechos o intereses individuales.....	490
3.2. Procedimientos ablatorios y ampliatorios.....	490
3.2.1. Procedimientos ablatorios.....	492
3.2.2. Procedimientos ampliatorios o autorizatorios.....	494

<i>Parte II. Las dilaciones indebidas que se pueden en las diversas fases procedimentales</i>	497
Introducción.....	497
4. Dilaciones injustificadas por no iniciar el procedimiento o por demorar su inicio.....	498
Introducción.....	498
4.1. No iniciar el procedimiento.....	499
4.1.1. La falta de iniciación de los procedimientos administrativos oficiosos.....	500
4.1.1.1. La iniciativa propia.....	501
4.1.1.2. Petición razonada solicitada por otro órgano.....	501
4.1.1.3. Por la denuncia de un tercero.....	501
4.1.2. La no iniciación en los procesos en que medie la petición de parte.....	502
4.2. Demorar el inicio del procedimiento.....	502
4.2.1. El deber de actuar.....	503
4.2.2. La demora al iniciarlo.....	503
4.2.3. Vencimiento del plazo razonable.....	504
5. Dilaciones administrativas que se pueden presentar durante la instrucción del procedimiento administrativo.....	504
Introducción.....	504
5.1. La interrupción y la paralización: El incumplimiento del deber de impulsión.....	506
5.1.1. La paralización.....	506
5.1.2. Interrupción del procedimiento.....	507
5.2. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por omisiones en la realización de las medidas provisionales.....	508

5.3. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por la demora en la producción de pruebas o en su práctica innecesaria.....	510
5.3.1. Decreto de pruebas oficiosas.....	510
5.3.2. Solicitud del interesado.....	511
5.4. La responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas por la no remisión del informe en plazo.....	512
5.4.1. Informes no determinantes para la resolución.....	513
5.4.2. Informes vinculantes determinantes para la resolución.....	514
5.5. La responsabilidad del Estado por la pérdida del expediente administrativo.....	515
6. Dilaciones indebidas que se pueden producir en la terminación del procedimiento administrativo.....	516
Introducción.....	516
6.1. La responsabilidad por falta de resolución expresa.....	518
6.2. La responsabilidad del Estado por la inexistencia o defectuosa notificación.....	520
6.3. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de resolver. (Remisión).....	522
CAPÍTULO VIII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR DILACIONES INDEBIDAS PROCEDIMENTALES EN ESPAÑA.....	523
Introducción.....	523
Parte I. El reconocimiento de la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales en España.....	528
Introducción.....	528
1. Los principios contenidos en el deber de buena Administración como sustento general de la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales: Concretamente el procedimiento debido y la razonabilidad del plazo.....	530
Introducción.....	530

1.1. El derecho a la Buena Administración.....	531
1.2. El derecho al procedimiento debido.....	535
1.3. El derecho a la tempestividad o razonable duración del procedimiento Administrativo en el Derecho Comunitario europeo.....	540
2. El fortalecimiento de la responsabilidad patrimonial por dilaciones procedimentales administrativas en España.....	545
Introducción.....	545
2.1. Régimen general de la responsabilidad en España.....	546
2.1.1. La Constitución de 1978.....	547
2.1.2. El régimen normativo vigente de responsabilidad estatal en España: La Ley 30 de 1992 y sus modificaciones.....	549
2.2. Una interpretación alternativa de la obligación de resolver y la propuesta de un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992.....	552
2.2.1. El cumplimiento del plazo legal es obligatorio.....	554
2.2.2. La fijación una verdadera consecuencia jurídica en caso de su desconocimiento: La posibilidad de incorporar un octavo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992.....	548
<i>Parte II. Los elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por dilaciones procedimentales indebidas.....</i>	<i>561</i>
Introducción.....	561
3. Los tres elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por dilaciones indebidas: El daño antijurídico, la imputación a una Administración pública y la relación de causalidad.....	563
Introducción.....	563
3.1. El daño antijurídico.....	563
3.1.1. Los elementos del daño contenidos en el artículo 139 de la Ley 30 de 1992: Su efectividad, su valoración económica y su individualización.....	565

3.1.2. La antijuridicidad del daño, requisito contenido en el numeral 1 del artículo 141 de la Ley 30 de 1992.....	567
3.2. La imputación: Principalmente la presencia de la culpa.....	570
3.2.1. Más coherente con el sistema objetivo de responsabilidad español es omitir el criterio de la culpa como requisito para la configuración de las dilaciones indebidas procedimentales y dejar el sólo incumplimiento como criterio de imputación.....	572
3.2.2. La teoría mayoritaria española que exige como elemento indispensable la culpa y que entiende el plazo como razonable de manera muy amplia como si no fuera obligatorio, sino simplemente un parámetro orientador.....	575
3.2.3. La doctrina que exige la presencia de la culpa de la Administración y el vencimiento del término para que se configure el funcionamiento anormal o tesis del mero incumplimiento del plazo.....	578
3.2.4. La presencia de la culpa, el incumplimiento del término y la realización de un juicio pronóstico positivo: El daño de retardo en Italia.....	580
3.2.5. El término jurídico es obligatorio y se presume el plazo razonable, en caso de incumplimiento debe ser imputable a la Administración por ser un funcionamiento anormal del servicio.....	583
3.3. Relación de causalidad.....	586
3.3.1. Nociones básicas.....	586
3.3.2. Situaciones en que en que se presentará el quebrantamiento de la relación de causalidad en los casos de dilaciones procedimentales administrativas.....	588
3.3.2.1. La culpa de la víctima.....	589
3.3.2.2. Hecho de un tercero.....	591
3.3.2.3. Fuerza mayor.....	593
3.3.2.4. La excesiva complicación del procedimiento.....	594
3.3.2.5. Demora por el excesivo trabajo.....	596

CONCLUSIONES.....598

FUENTES INCLUIDAS.....603

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis Doctoral denominada “Responsabilidad y procedimiento: Las dilaciones indebidas” es el resultado de varios años de investigación, iniciados en el 2007 cuando fui aceptado en el Doctorado de Derecho Administrativo en la Sociedad del Conocimiento en la prestigiosa Universidad de Salamanca, por los doctores Enrique Rivero Isern y Ricardo Rivero Ortega.

En los años posteriores tuve la oportunidad de permanecer en Salamanca hasta diciembre de 2009 bajo la dirección de estos dos profesores de derecho administrativo, hasta que consideraron conveniente enviarme a la Universidad de los Estudios de Trento, donde tuve la fortuna de trabajar durante el año 2010 bajo la Cotutela del Doctor Fulvio Cortese y la supervisión del Doctor Giandomenico Falcon dentro del programa de doctorado de esta importante universidad italiana. En el 2011 trabajé desde Colombia, aunque conté con el privilegio de mantener contacto con mis directores de Tesis y de viajar a Salamanca durante los meses de junio y julio de este mismo año.

La decisión de realizar un trabajo de Derecho Comparado¹ Administrativo² incluyendo los desarrollos italianos³, surgió fundamentalmente por cuatro razones: La primera, la marcada

¹ “Quienes han procedido a indagar en la historia del Derecho comparado coinciden en afirmar que, a pesar de los precedentes que dieron origen a su nacimiento, el acta fundacional de esta disciplina es el Congreso Internacional de Derecho comparado que tuvo lugar en París, coincidiendo con la Exposición Universal, los días 31 de julio a 4 de agosto de 1900. El Congreso, organizado por Raymond Saleilles, sentó las bases de una nueva concepción de la comparación definiendo por vez primera los criterios metodológicos, el objeto y la función de la nueva disciplina. Poco más adelante fue completado con el importante trabajo de Edouard Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, constituyéndose de este modo los dos pilares sobre los que descansará las disciplina del Derecho comparado”.

DE LA SIERRA, Susana. *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*. Derecho Público comparado y Derecho Administrativo europeo. Thomson civitas. Madrid. 2004. pp. 39-40.

² “En lo que respecta al Derecho Administrativo comparado, es ésta una disciplina que ha sido practicada largo tiempo en Europa, hasta el punto de que el desarrollo del Derecho Administrativo alemán se debe en gran parte a la obra de Otto Mayer, inspirado hace un siglo por el estudio y la enseñanza del derecho administrativo francés”.

ZILLER Jackes. “Prólogo”. En *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*. Derecho Público comparado y Derecho Administrativo europeo. Thomson civitas. Madrid. 2004. p. 16.

³ “En este sentido, para el estudio de un tema concreto, no basta, como es conocido, acudir a la norma en cuestión, sino que se ha de realizar un estudio de doctrina y de jurisprudencia, mediante el cual se conocerá el alcance exacto de las instituciones”.

DE LA SIERRA, Susana. *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*. Derecho Público comparado y Derecho Administrativo europeo. Thomson civitas. Madrid. 2004. pp. 74-75.

interrelación jurídica en materia de derecho administrativo entre estos dos países⁴; la segunda, la gran influencia doctrinaria en materia de responsabilidad del Estado introducida por aportes producidos en universidades italianas⁵; la tercera, es la existencia de un muy importante desarrollo en materia de responsabilidad por acto administrativo en Italia⁶ y la cuarta, la introducción normativa del daño de retardo⁷ que es una noción muy afín con el tema central de este trabajo, la responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas procedimentales en España.

Las dilaciones indebidas procedimentales son aquellos retrasos en que incurren las Administraciones públicas españolas superando el término previsto para cumplir con la obligación de resolver causando perjuicios a los asociados, quienes se ven indefensos ante la desidia administrativa.

De antemano se debe precisar que, en Italia en materia de responsabilidad procedimental del Estado se han presentado importantes construcciones teóricas y se ha producido la consagración legislativa del daño de retardo por la Ley 69 de 2009; mientras que, en España,

⁴ En este sentido, es muy pertinente destacar el reciente trabajo de Fernando López Ramón titulado: "Sobre las influencias italianas en el Derecho Administrativo español". Este artículo está publicado en la *Revista española de derecho administrativo*, número 150, de abril-junio, de 2011, pp. 279-293.

⁵ Esta influencia ha provenido claramente de las tesis realizadas en la Universidad de Bolonia, por grandes juristas españoles como: Leguina Villa (*La responsabilidad civil de la Administración pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos, francés y español*. Tecnos. Madrid. 1970); Mir Oriol Puigpelat (*La responsabilidad patrimonial de la Administración pública: Hacia un nuevo sistema*. Civitas. Madrid. 2002 y Luis Medina Alcoz (*La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005). En todo caso, a la influencia tradicional de los Bolonios, se le deben sumar los trabajos realizados en otras universidades italianas como Florencia, Milán, Roma o Trento.

⁶ "La doctrina italiana, a diferencia de la española, ha prestado una gran atención a la responsabilidad de la Administración derivada de actos administrativos. Ha sido precisamente, en el marco de la responsabilidad por actos donde se ha planteado la cuestión más debatida y peculiar del sistema italiano de responsabilidad extracontractual de la Administración: la indemnizabilidad de los intereses legítimos".

MIR PUIGPELAT, Oriol. "La responsabilidad de la Administración en Italia y en España ola necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos". En *Revista de Administración Pública*. Número. 156. Septiembre-diciembre. 2001. p. 478.

⁷ "Por daño de retardo se entiende la lesión ocasionada por la Administración pública en razón de la inercia en la emanación de la decisión final del procedimiento (provvedimento)". (Traducción propia).

"Con la locuzione danno da ritardo si intende la lesione cagionata dalla pubblica amministrazione in ragione della inerzia nell'emanare il provvedimento".

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 494.

lamentablemente, a pesar de que existe la responsabilidad procedimental, no se ha desarrollado profundamente y en la práctica parece muy lejana la posibilidad de reconocer dichos daños.⁸

Concretamente, en España es un tema que merece un análisis riguroso puesto que pese a que la Ley 30 de 1992 parece cobijar todos estos supuestos como posibles fuentes de responsabilidad⁹ y se ha incorporado una obligación de resolver dentro un lapso determinado, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria han decidido realizar una interpretación que desconoce, como regla general, la posibilidad de reconocer las lesiones por retrasos injustificados en la resolución del procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, resulta conveniente dedicarle un trabajo de grado a la materia de la responsabilidad de las Administraciones públicas por las dilaciones indebidas procedimentales en España¹⁰; sin embargo, como se ha afirmado anteriormente, es pertinente referirse al derecho italiano con el fin de tener un punto de referencia que ya ha abordado el tema y ha avanzado un poco más en el camino que se pretende recorrer.

Partiendo de lo anterior, es metodológicamente pertinente dividir este escrito en ocho capítulos: Los tres primeros se ocupan del derecho español, los tres segundos hacen referencia puntual al ordenamiento jurídico italiano y en los dos últimos se analiza todo lo estudiado

⁸ “Aunque la responsabilidad por actos es hoy una realidad, lo cierto es que no proliferan sentencias que condenen a abonar indemnizaciones en supuestos de denegaciones discrecionales, esto es, en casos en que el interesado no obtiene un acto favorable para cuyo libramiento o rehúse la Administración disfruta de un margen de opinabilidad o de valoración. Este fenómeno ha sido convenientemente registrado por Mir, quien atestigua cómo la jurisprudencia declara con mayor facilidad la responsabilidad de la Administración cuando el acto administrativo incide en situaciones jurídicas preexistentes que cuando se limita a dejar de crear nuevas situaciones jurídicas favorables”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 196.

⁹ “La consideración de la responsabilidad como una de las instituciones capitales del Derecho Administrativo en el plano de las garantías del ciudadano sugiere la importancia de una correcta regulación de los deberes de indemnizar de la Administración”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante, Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000. p. 219.

¹⁰ “La responsabilidad por omisión, inactividad o retraso es, ciertamente un tema testigo. Pero un tema ambivalente porque si bien su consideración es obligada, su aplicación práctica no siempre satisface porque, no existen como digo, pautas, reglas y parámetros de referencia”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 85.

anteriormente y se proponen una serie de ideas tendientes al reconocimiento de la responsabilidad de las Administraciones públicas españolas por dilaciones indebidas procedimentales.

En cuanto a la parte correspondiente a España se subdivide en tres capítulos que son: I. El régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual objetiva de las Administraciones públicas en España; II. Principales orientaciones del modelo de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento jurídico español y III. El término procedimental y las consecuencias de su desconocimiento en el ordenamiento jurídico español.

Esta subdivisión obedece a la necesidad de abordar los tres temas cardinales que tienen relación con la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales, con el objetivo de entender el manejo que se le da actualmente al tema en España y las posibles alternativas que pueden contribuir al fortalecimiento del término procedimental para resolver y la responsabilidad que puede acarrear su incumplimiento.

En cuanto al Capítulo I sobre la responsabilidad es España, se debe tener siempre presente que se trata de un sistema objetivo, que prescinde de la idea de culpa como requisito indispensable para reconocer la indemnización y de esta manera, los requisitos son: La lesión antijurídica, la imputación (en ocasiones se recurre a la culpa) y la relación de causalidad entre los dos anteriores. Es un sistema que ha sido fuertemente criticado¹¹, pero se mantiene y no parece haber una verdadera intensidad de reforma en este sentido.¹²

¹¹ "Aunque existe una importante corriente favorable al mantenimiento del sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración, creo que puede afirmarse que domina la que considera insostenible el mantenimiento del régimen vigente a no muy largo plazo".

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 54.

¹² "La responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas, tal como ha sido regulada por el legislador español desde 1954, es objetiva: La Administración responde de todos los daños que se produzcan como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aunque éstos hayan funcionado correctamente, aunque se hayan adoptado todas las precauciones razonablemente exigibles para evitar los daños. Eso es lo que nuestro más reputados autores han sostenido durante décadas, y lo que todavía hoy vienen repitiendo, una y otra vez, los Tribunales".

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. "Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? En *Revista de Administración pública*. Número 183. Septiembre-diciembre. 2010. p. 187.

Por su parte, el Capítulo II se encarga de analizar el régimen vigente en materia de procedimiento administrativo, con el fin de determinar cuáles son los lineamientos que rigen el sistema, si son acordes con la visión que se tiene en la actualidad sobre el papel del procedimiento administrativo, determinar si se están interpretando adecuadamente¹³, encaminado hacia la consecución de un buen procedimiento¹⁴ o un procedimiento debido.¹⁵

De la misma manera, el Capítulo III se ocupa del tema del desarrollo legislativo del término en España, de la responsabilidad por inactividad y de la interpretación que se le ha dado a la obligación de resolver dentro de un plazo determinado, como una sola sugerencia a la Administración.¹⁶ Todo esto ha hecho que no se haya podido implementar una verdadera consecuencia jurídica al incumplimiento de los tiempos procedimentales.¹⁷

¹³ “Sin apartarnos de su comprensión tradicional, nosotros propondremos aquí una relectura del procedimiento administrativo para convertirlo en un verdadero derecho, señalando la necesidad de corrección de los aspectos insatisfactorios que todavía se advierten en su régimen, que no parece estar del todo diseñado para garantizar a los interesados todas las garantías, ni tampoco para contemplar una auténtica obligación administrativa de tramitar adecuadamente y resolver los procedimientos”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 556-567.

¹⁴ “La construcción de la decisión administrativa no debe olvidar los aspectos relativos a su incidencia práctica. Una buena decisión es una decisión que pueda ser aplicada en la práctica, que haya tenido en cuenta sus condicionantes económicos, y también, y en ocasiones sobre todo es una decisión susceptible de ser dictada en breve plazo. Por tanto, un buen procedimiento es aquel que tiene en cuenta los condicionantes económicos y que incorpora los trámites necesarios, aquel que permite llegar a la mejor decisión en el menor tiempo posible”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 24.

¹⁵ “El debido proceso debe incluir también el procedimiento administrativo, tal y como es interpretado en el contexto jurídico europeo, y las evoluciones doctrinales más recientes apuntan”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 573.

¹⁶ “De ahí a considerar que los plazos son relativos, fuera de lo verdaderamente excepcional, se da el paso que de hecho relativiza la obligación de resolver, atenuando su condición de deber, y relajándola notablemente en comparación con los deberes que la propia Administración impone, en plazos innegociables, a todos los ciudadanos”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 283.

¹⁷ “Esta tesis es, en esencia, la de la generalidad de la doctrina que, aunque no siempre dice explícitamente que la culpa constituye la *ratio* justificativa de la responsabilidad, viene afirmando que la superación del plazo establecido es un simple indicio de que el servicio ha funcionado mal, de tal manera que si las circunstancias del caso arrojan que el tiempo empleado fue razonable, la Administración no ha de reparar los daños que eventualmente ocasione”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegitimidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 324

En lo relativo a los capítulos correspondientes a Italia, que son del cuarto al sexto, se tratan los mismos temas con la intención de poderlos contraponer y entender por qué han llegado a diferentes conclusiones sobre la inoperatividad del término, de la obligación de resolver y en general, a sus grandes avances en materia de responsabilidad pública procedimental. En particular, los capítulos son los siguientes: IV. El régimen general de la responsabilidad civil de las administraciones públicas y por provvedimento en Italia; V. Nociones básicas sobre el procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico italiano y VI. El término de procedimiento y las consecuencias de su violación en la legislación italiana.

En relación con el Capítulo IV es conveniente aclarar que la responsabilidad del Estado en Italia¹⁸ se encuentra desarrollada con base en el régimen civil y curiosamente, no se ha deslindado de ésta, sino que su régimen está contenido principalmente en normas de derecho privado.¹⁹ Otra consideración importante es tener presente que se ha creado una avanzada doctrina acogida por la jurisprudencia en materia de responsabilidad procedimental.

En lo referente al Capítulo V se debe remarcar la concepción que se tiene en el derecho italiano sobre el procedimiento, los principios que lo orientan, la influencia que ha tenido el derecho comunitario y en general, cómo se ha venido consolidando hasta llegar al régimen actual contenido en la Ley 241 de 1990.

Posteriormente, el Capítulo VI muestra como en Italia se ha desarrollado una verdadera responsabilidad del Estado por retraso, cuando la entidad no cumple con el término establecido

¹⁸ Antes de continuar, para evitar ambigüedades se debe hacer una aclaración terminológica; puesto que, en el derecho administrativo italiano, a diferencia de lo establecido en el ordenamiento español, la responsabilidad administrativa se refiere a la que se conoce como disciplinaria, es decir a aquella a la que están sometidos los funcionarios si han infringido algún deber inherente a su cargo.

“La responsabilidad administrativa es aquella que deriva de la violación de cada clase de deber administrativo, donde sea prevista una sanción administrativa”. (Traducción propia).

“La responsabilità amministrativa è quella che deriva dalla violazione di ogni sorta di doveri amministrativi, ove sia prevista una sanzione amministrativa”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 309.

¹⁹ Este régimen sigue las normas de responsabilidad civil establecidas para los particulares en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, no se debe olvidar que el Estado es una persona jurídica de Derecho público, con fuertes poderes especiales, que debe encaminarse directamente a la consecución de unos fines concretos y por sobre todo, velar por la prevalencia del interés general sobre el particular y por ende, su régimen es bastante diverso del que se aplica a los privados.

para la resolución del procedimiento administrativo. De esta forma, desde el año 2009 se ha consagrado legislativamente el daño de retardo en Italia²⁰ y se ha venido creando una serie de jurisprudencia muy relevante sobre el tema.²¹

Una vez realizada la exposición de los ordenamientos español e italiano sobre los temas relacionados con este escrito (en los primeros seis capítulos), se debe pasar a presentar el contenido de los dos últimos que son: Capítulo VII. Las dilaciones indebidas procedimentales en el ordenamiento jurídico español y el Capítulo VIII. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por dilaciones administrativas en España. Estos dos capítulos son mucho menos descriptivos y es donde se presentan los aportes principales de este trabajo de grado, que no son ideas originales sino que simplemente son el reflejo de lo que se ha investigado durante estos cuatro años de estudio tanto en España como en Italia.

En este sentido, en el Capítulo VII se presenta una noción de lo que sería una dilación indebida durante el procedimiento administrativo en España, se diferenciará de otros tipos de

²⁰ “El art. 2-bis de la Ley 241 de 1990, introducida por el artículo 7, numeral 1, literal c), de la Ley 69 de 2009, establece que las Administraciones públicas y los sujetos a los que se refiere el artículo 1, numeral 1, o sea los sujetos privados encargados del ejercicio de la actividad administrativa, *son llamados al resarcimiento del daño injusto ocasionado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento*”.

“L’art. 2-bis della l.n. 241/1990, inserito dall’articolo 7, comma 1, lettera c), della l. n. 69/2009, stabilisce che le pubbliche amministrazione ed i soggetti di cui articolo 1, comma 1-ter, ossia i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrativa, *sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 94.

²¹ “Entre los posibles tipos de daño derivantes de la violación de las normas procedimentales, una importancia preeminente asume el denominado daño de retardo.

Tal tipo de daño es reconocido por la jurisprudencia en todas aquellas hipótesis en las que el privado aspira a hacer valer el perjuicio causado por el retardo de la Administración en resolver, con la precisión de que la sola comprobación del retardo no es de por sí suficiente para establecer el juicio resarcitorio, siendo necesario que las razones del retardo se deban a la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento y que el daño causado sea considerado como injusto”.

“Tra le possibili fattispecie di danno derivanti dalla violazione delle norme procedimentali, un’importanza preminente assume il c.d. danno da ritardo.

Tale fattispecie di danno è ravvisata dalla giurisprudenza in tutte quelle ipotesi in cui il privato aspira a far valere il pregiudizio provocato dal ritardo dell’amministrazione nel provvedere, con la precisazione che il solo accertamento del ritardo non è di per se sufficiente a fondare un giudizio risarcitorio, essendo necessario che le ragioni del ritardo siano riconducibili all’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento e che il danno che ne consegue sia qualificabile come *ingiusto*”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 481.

daños procedimentales, se establecerá en qué tipos de procedimiento se puede presentar y se analizará en las fases en que puede configurarse.

El capítulo VIII, con el que se cierra esta Tesis de Doctoral, es dónde se demuestra la posibilidad de reconocer la responsabilidad de las Administraciones públicas españolas por las dilaciones indebidas procedimentales, se prueba su amplio sustento normativo, su estrecha relación con el derecho a la buena administración²², se demuestra la necesidad del fortalecimiento de la obligación de resolver y se determinan los requisitos para que se produzca la responsabilidad patrimonial, incluyendo la presencia de la culpa de la Administración.

²² “En España, todavía el derecho a la buena administración no es un derecho fundamental de la persona, sí un derecho general ciudadano al cumplimiento de ciertos parámetros constitucionales que han de caracterizar la Administración”. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “Prólogo”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. p. 10.

CAPÍTULO I. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA.

Sumario. Capítulo I. EL Régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual objetiva de las Administraciones públicas en España. Introducción. Parte I. La responsabilidad objetiva en España su régimen normativo vigente, sus características y su debate actual. 1. El régimen normativo vigente. Introducción. 1.1. La Constitución de 1978. 1.2. La Ley 30 de 1992. 1.3. La Ley 4 de 1999. **2. Las características de la responsabilidad objetiva.** Introducción. 2.1. General. 2.2. Directa. 2.3. Objetiva. 2.4. Reparación integral. 2.5. Unidad jurisdiccional. **3. El debate actual: ¿Se debe mantener el régimen de responsabilidad objetiva en España?** Introducción. 3.1. Argumentos que defienden la imperante necesidad de una profunda modificación al régimen de las Administraciones públicas, pasando a un régimen subjetivo. 3.1.1. Fuertes deficiencias teóricas. 3.1.2. Carga económica excesiva para la Administración. 3.1.3. Funciones de la responsabilidad. 3.1.4. En contra de la seguridad Jurídica. 3.1.5. El gran peligro que conlleva el sistema y su interpretación jurisprudencial. 3.1.6. Seguir los postulados de la Unión Europea. 3.2. Argumentos para mantener la responsabilidad objetiva en España. 3.2.1. No existen tales deficiencias y en caso de presentarse tampoco son relevantes. 3.2.2. Carga para las arcas estatales. 3.2.3. Funciones de la responsabilidad. 3.2.4. Seguridad jurídica. 3.2.5. Interpretaciones jurisprudenciales. 3.2.6. Comunidad europea. **Parte II. Requisitos para que se origine la responsabilidad objetiva. 4. La lesión y sus cuatro componentes.** Introducción. 4.1. Lesión efectiva. 4.2. Lesión susceptible de ser evaluable económicamente. 4.3. Lesión individualizable con relación a una persona o grupo de personas. 4.4. Lesión antijurídica. **5. La imputación a la Administración Pública.** Introducción. 5.1. El concepto amplio de servicio público y la inserción del agente en la Administración. 5.2. Títulos de imputación. 5.2.1. Funcionamiento anormal del servicio. 5.2.2. El funcionamiento normal como causa de imputación. 5.2.3. Riesgo. 5.2.3.1. Riesgos irrelevantes. 5.2.3.1.1. Riesgo general. 5.2.3.1.2. Riesgo insignificante. 5.2.3.1.3. Riesgo socialmente tolerado. 5.2.3.2. Riesgos relevantes. 5.2.3.2.1. Riesgo creado o no insignificante. 5.2.3.2.2. Aumentado. 5.2.3.2.3. No disminuido. 5.2.3.2.4. No consentido. 5.2.4. Sacrificio especial o ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. 5.2.5. Autoimputación. 5.3. La responsabilidad concurrente de las administraciones públicas. **6. Relación de causalidad.** Introducción. 6.1. Teorías para probar la relación de causalidad. 6.1.1. Causalidad exclusiva. 6.1.2. Equivalencia de condiciones. 6.1.3. Causación adecuada. 6.1.4. Imputación objetiva. 6.2. Interrupción o debilitación del nexo causal. 6.2.1. Concurrencia de la culpa de la víctima. 6.2.2. Intervención de un hecho de tercero. 6.2.3. Caso fortuito y fuerza mayor. 6.2.3.1. Diferencia doctrinal entre caso fortuito y fuerza mayor. 6.2.3.2. Tratamiento jurídico de la fuerza mayor en el derecho español.

INTRODUCCIÓN.

Al hablar de una garantía²³ del ciudadano como la responsabilidad²⁴ extracontractual²⁵ (no proviene de un acuerdo de voluntades²⁶) patrimonial²⁷ de las Administraciones Públicas es

²³ Es conveniente abordar el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado interpretándolo como una garantía al ciudadano, que retoma Eva Menéndez, basada en el pensamiento del jurista francés M. Hauriou, el cual se transcribe a continuación.

interesante citar a uno de los principales expositores de la materia en el Derecho español, el Doctor Martín Rebollo, quien recuerda, haciendo alusión a la importancia de esta institución, que: “En la clásica formulación liberal de M. Hauriou, en efecto, la responsabilidad de la Administración aparece, junto con el contencioso administrativo, como uno de los pilares del Derecho Administrativo concebido éste como un Derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del poder”²⁸.

En la actualidad, resulta evidente que el Estado tiene un papel mucho más protagónico en la actividad prestacional de los servicios públicos y aunque, se hable de su huída, parece que el fortalecimiento del Derecho Administrativo es uno de los planteamientos básicos en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho²⁹, en donde la Administración tiene que ir más allá de simples

“La responsabilidad patrimonial de la Administración es una garantía del ciudadano, que surge bajo el sentimiento popular confirmado a lo largo del S. XIX por la jurisprudencia del *Conseil d'État* “*qu'elle* (la Administración) *fasse, mais qu'elle indemnise*”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 35-36.

²⁴ “La responsabilidad pública es principio y presupuesto fundante de la organización política. Jamás podrá hablarse de libertad, democracia, república, o de otras fórmulas fundadas, si no existe una clara determinación de la responsabilidad pública, con fijación precisa de los derechos y deberes de los que mandan y de los que obedecen”.

DROMI, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*. Madrid. Editorial Grouz. 1986. pp. 13-14.

²⁵ “Tipológicamente, la responsabilidad del Estado puede ser: 1) precontractual, 2) contractual y 3) extracontractual: a) legislativa, b) judicial y c) administrativa.

El tipo que interesa especialmente es el de responsabilidad extracontractual, es decir, aquella que surge de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado”.

DROMI, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*. Madrid. Editorial Grouz. 1986. p. 34.

²⁶ “La responsabilidad de la Administración Pública se encuadra dentro de la responsabilidad extracontractual, la contractual o derivada de un contrato, administrativo o privado, se exigirá atendiendo a las obligaciones y derechos contraídos”.

COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. Barcelona. Cuarta edición. Editorial BOSCH. 2007. p. 18.

²⁷ “La responsabilidad es patrimonial, puesto que “[...] obliga a la Administración a pagar una indemnización si causa una lesión antijurídica a un ciudadano”.

ARQUILLO COLET, Begoña. *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Editorial Atelier. Barcelona. 2008. p. 24.

²⁸ MARTÍN REBOLLO, Luís y otros. “La Responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: Nota introductoria”. En *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Luís Martín Rebollo (Coordinador). Madrid. Consejo General del poder judicial. Madrid. Mateu Cromo, S.A. 1996. p. 17.

²⁹ “La responsabilidad de la Administración como complemento básico de una concepción liberal del Estado de Derecho es, como ya se ha señalado en otro lugar, un tema testigo del Derecho administrativo que se alza como punto de equilibrio y de contrapeso a los exorbitantes poderes del Estado, pero que opera, al mismo tiempo, como garantía del administrado ante una Administración omnipresente, prestadora de servicios e interventora en la vida social y económica; como medio de control de esa Administración, pero también como garantía interna, como principio de orden de la propia Administración pública”.

consideraciones económicas, garantizando una serie de condiciones básicas para los habitantes de su territorio y cumplir con sus demás funciones; de no hacerlo, se podría poner en entredicho su legitimidad y habría que replantearse un cambio de modelo estatal.³⁰

Reconociendo la gran importancia del Estado y el fuerte poder de intervención que presenta en cada una de las diversas esferas económica, jurídica, social o cultural, “[l]a doctrina administrativista considera que los actuales principios de legalidad de la actuación administrativa y de *responsabilidad patrimonial* de las Entidades públicas constituyen el contrapeso a la omnipresencia de éstas, particularmente de sus órganos ejecutivos”.³¹

Por otra parte, se debe reconocer que cada sistema de responsabilidad surge de un determinado entorno en el que se construye y posteriormente se desarrolla, por lo que varían según el país y la época para que se conciben. Estas realidades son los marcos de referencia o “[p]autas que, al ser fijadas, han pasado por el tamiz de lo que se quiere y de lo que se puede. Esto es por los condicionamientos políticos e ideológicos (lo que se quiere) y los condicionantes económicos (lo que se puede)”.³²

En España se ha desarrollado un modelo de responsabilidad estatal (aunque basado en el modelo de derecho civil y en el pensamiento francés³³) con unas particularidades propias que lo

MARTIN REBOLLO, Luis. “Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (España)”. En *Revista de Administración pública*. Número 91. Enero-abril. 1980. pp. 309-310.

³⁰ “No cabe duda de que en una sociedad colectivista e igualitaria ésta socialización de los riesgos se impone como un corolario del propio sistema social. En cambio, en una sociedad que tiene por base el beneficio individual y que, por consiguiente, dista de alcanzar el ideal igualitario, la antedicha socialización de los riesgos podría llevar a resultados excesivos a través de una hipertrofia del sistema de la responsabilidad civil, cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe sufragar”.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración”. En *Revista española de derecho administrativo*. Número 7. Octubre-diciembre. 1975. p. 646.

³¹ IVARS BAÑULS, José Antonio y VILLARINO SALAMEA, Gonzalo. “Prólogo” (Enrique Sánchez Goyanes). *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección estudios. 2003. p. 11.

³² MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”. En *Revista de Administración Pública*. Número 150. Septiembre-diciembre de 1999. p. 363.

³³ “De otro lado, la responsabilidad patrimonial, al igual que otras instituciones como los contratos administrativos, se ha formado y consolidado en nuestro ordenamiento como una institución propia de esta rama del Derecho, no obstante, y aunque en ambos ejemplos ello es así, los inicios y el sustrato de esta institución arrancan de la responsabilidad civil propia del Derecho Privado, si bien la misma, al igual que sucediera con la contratación, se adapta a las peculiaridades de la Administración —labor que en el sistema francés vino de la mano como en tantas otras materias del Consejo de Estado—, llegando a constituir con entidad propia una institución dentro del Derecho Administrativo que, además y

hace único en el contexto europeo y con muy escasas excepciones en el derecho comparado mundial³⁴; con lo que, se consolida como una propuesta alternativa que debe ser estudiada profundamente en la actualidad.

Fue así como, en los años cincuenta se estableció por primera vez en España un régimen operante de responsabilidad del Estado el cual se construyó partiendo de la aplicación de la responsabilidad objetiva al Derecho Administrativo³⁵, un régimen que se separaba de las normas de derecho privado e intentaba dar un ordenamiento propio de derecho público, que se correspondiera con la particular naturaleza y finalidad del Estado. Esta teoría se introdujo paulatinamente por el legislador por medio de tres normas principales: La ley de Régimen Local de 1950³⁶, La Ley de Expropiación Forzosa de 1954³⁷ y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957³⁸.

como se verá, difiere considerablemente en alguno de sus caracteres de la primigenia responsabilidad tomada del Derecho Civil, principalmente en cuanto a su carácter objetivo y, por tanto, ajeno a cualquier idea de culpa o dolo”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 36.

³⁴ Excepcionalmente, como lo destaca Mir Oriol Puigpelat, en México se ha instaurado un sistema de responsabilidad objetivo “[...] sobre todo después de la reciente reforma del art. 113 de la Constitución mexicana y de aprobada la ley general de responsabilidad patrimonial del Estado de 14 de diciembre de 2004, que desarrolla dicho precepto constitucional estableciendo –según sus impulsores– un sistema de responsabilidad objetiva global, para todos los ámbitos de la actividad administrativa, directamente inspirado por la regulación española hoy contenida en la Ley 30/92 (LRJPAC)”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. Número 140. Octubre-diciembre. 2008. p. 631.

³⁵ Este régimen ha sido fuertemente criticado, como se verá más adelante, por Mir Oriol Puigpelat quien sostiene en sus escritos que:

“La administración española pasó, pues, de la más absoluta de las irresponsabilidades, a la responsabilidad más absoluta, sin detenerse en el estadio intermedio más generalizado: la responsabilidad por culpa. En esta brusca evolución hubo un elemento que, curiosamente, permaneció invariable: la singularidad del régimen español en el contexto europeo; singularidad, en efecto, al iniciar la década de los años cincuenta sin someter a la Administración a régimen de responsabilidad alguno, y singularidad, después, al someterla al régimen de responsabilidad más estricto”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 43.

La expresión “absoluta” ha sido catalogada por alguna parte de la doctrina como “demasiado extremada”.

Ver MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 179.

³⁶ La Ley de Régimen Local del 17 de julio de 1945, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950, fue muy bien recibida por la doctrina española; por ejemplo, el jurista Segismundo Royo Villanova en su artículo *Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950*, después de analizar el nuevo régimen de responsabilidad del Estado, concluía que:

“Basta la breve exposición hecha para concluir que la nueva Ley de Régimen local ofrece unas garantías jurídicas a los particulares para la defensa de sus derechos e intereses legítimos que pueden parangonarse con las establecidas en favor de los administrados por las legislaciones más progresivas de los países más civilizados. Únicamente es de desear

La responsabilidad objetiva continuó su fortalecimiento con el transcurso de los años, consolidándose definitivamente al ser respaldada constitucionalmente; puesto que, la nueva Constitución Española de 1978, concretamente en el numeral 2 del artículo 106³⁹, mantuvo el régimen objetivo. Posteriormente, se expiden la Ley 30 de 1992 (modificada por la Ley 4 de 1999) y el Real Decreto 429 de 1993 que son los que rigen hasta nuestros días.⁴⁰

De lo anterior se desprende que, el régimen de responsabilidad objetivo español, aunque ha sido sometido a fuertes críticas, se mantiene vigente y es apoyado por la mayor parte de la doctrina. Es además, un tema que continúa teniendo una gran vigencia, puesto que: “En los últimos años se ha producido un aumento importante del número de reclamaciones que los particulares dirigen contra la Administración Pública: su litigiosidad es la más elevada de cualquier sector del derecho de daños español”.⁴¹

que el régimen jurídico local sirva de ejemplo y estímulo para las reformas que debe introducirse en esta materia en la legislación relativa a la Administración del Estado”.

ROYO VILLANOVA, Segismundo. “Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950”. En *Revista de Administración Pública*. No. 4. 1951. p. 298.

³⁷ El profesor Eduardo García de Enterría, uno de los principales creadores y defensores del sistema de responsabilidad objetiva española, explicaba en sus antiguos textos que:

“La peculiaridad quizá más notable de la nueva Ley de Expropiación Forzosa es la extensión del sistema de garantía patrimonial de los administrados fuera del supuesto de expropiación propiamente tal, aplicándolo a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración y no sólo al despojo expropiatorio. La ley desborda así los límites reconocidos a la institución de la expropiación forzosa, entrando a regular derivativamente el tema de la responsabilidad civil de la administración”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid. Civitas. 1984. p. 145.

³⁸ El Reglamento de la LEF o Régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957, en materia de responsabilidad, buscaba precisar algunos contenidos esenciales de la Ley de Expropiación de 1954; es decir, concretamente en lo referente a los aspectos sustantivos se deben remarcar las siguientes variaciones introducidas por la LRJAE:

“Así desde esta perspectiva material, el texto legal se limita a introducir mejoras técnicas sobre el sistema heredado en los dos aspectos siguientes:

- accede al articulado de la ley la referencia a expresa a la fuerza mayor como causa de exoneración;
- desaparece la alusión de los actos discrecionales como categoría libre de revisión jurisdiccional”.

OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 2005. p. 53.

³⁹ “Art. 106. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

⁴⁰ “Y de esto modo se llega a la actual regulación de la responsabilidad patrimonial que se recoge con carácter general y común para todas las Administraciones en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/92, así como en el RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, con base en la competencia que a tales efectos confiere el art. 149.1.18 a CE al Estado”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 43.

⁴¹ ARQUILLO COLET, Begoña. *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Editorial Atelier. Barcelona. 2008. p. 30.

En este orden de ideas, resulta evidente que la producción de textos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas ha sido realmente prolifera, no es posible hacer referencia a cada uno de los trabajos producidos durante la vigencia de la responsabilidad objetiva en España. Pese a esto, es necesario destacar algunos autores, que en los últimos años, han desarrollado de una manera tan rigurosa la materia que es obligatoria su lectura: Luis Martín Rebollo⁴², Eduardo García de Enterría⁴³, Luis Medina Alcóz⁴⁴, Francisco De Ahumada⁴⁵, Jesús González Pérez⁴⁶ y Mir Oriol Puigpelat⁴⁷ (por su visión crítica).

Al lado de esta bibliografía existen libros especializados en temas de responsabilidad en ámbitos más concretos (Actos administrativos⁴⁸, Administración de justicia⁴⁹, Estado legislador⁵⁰, Responsabilidad Concurrente⁵¹, Sanitario⁵² y Urbanismo⁵³). Adicionalmente, se debe destacar el extenso texto dirigido por Tomás Quintana López y coordinado por Anabelén Casares Marcos, que cuenta con la participación de diversos administrativistas y en cual abarca diversos temas en dos

⁴² MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006.

⁴⁴ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005.

⁴⁵ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004.

⁴⁶ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006.

⁴⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002.

⁴⁸ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005.

⁴⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. *Jueces y responsabilidad del Estado: El artículo 121 de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Estado español*. Madrid. Civitas. 2007.

GARRIDO MAYOL, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Valencia. Tirant lo blanch. 2004.

⁵¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*. Segunda Edición. Madrid. Civitas. 1998.

⁵² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000.

RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria*. Barcelona. Atrelier. 2007.

⁵³ IVARS BAÑULS, José Antonio y VILLARINO SALAMEA, Gonzalo. *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección estudios. 2003.

GONZÁLES-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V. Derecho urbanístico. Volumen II. Navarra. ARANZADI. 2008. pp. 1249-1327.

tomos.⁵⁴ Finalmente, se pueden observar una gran cantidad de artículos entre los cuales se debe destacar dos, que son de gran interés al presentar las posiciones de quienes están a favor (Leguina Villa⁵⁵) y en contra (Mir Oriol⁵⁶) del modelo español.

Una vez demostrada la importancia que reviste el estudio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas en el Derecho Administrativo Comparado y realizadas algunas precisiones previas indispensables para entender el contenido de este capítulo, parece pertinente describir la estructura que se ha utilizado para desarrollar el tema.

En este sentido, se consideró metodológicamente adecuado dividir el primer capítulo en dos grandes partes que son: I. Las nociones generales sobre el régimen de responsabilidad objetiva en España y II. Los requisitos para que se produzca su configuración.

La primera parte, intenta presentar una visión general sobre la responsabilidad objetiva en España en la actualidad centrándose, principalmente, en su régimen vigente y presentando sus cinco características principales; adicionalmente, resulta muy pertinente hacer referencia al debate doctrinal acerca de la conveniencia de mantener la responsabilidad objetiva. Por ende, esta parte del escrito está compuesta por tres subtemas que son: 1. Régimen normativo, 2. Sus características y 3. Su debate actual.

En la segunda subdivisión, denominada requisitos vigentes para que se origine la responsabilidad administrativa, se busca profundizar en los tres elementos clásicos para que surja la responsabilidad patrimonial. En consecuencia, se estudian los temas de: 4. La lesión y sus cuatro componentes, 5. La imputación a la Administración y 6. La relación de causalidad.

⁵⁴ QUINTANA LÓPEZ, Tomás y otros. *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Tomos I y II. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009.

⁵⁵ LEGUINA VILLA, Jesús. "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. pp. 669-681.

⁵⁶ MIR PUIGELAT, Oriol. "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)". En *Revista española de Derecho Administrativo*. Número 140. Octubre-diciembre. 2008. pp. 631-652.

PARTE I. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN ESPAÑA SU RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE, SUS CARACTERÍSTICAS Y SU DEBATE ACTUAL.

INTRODUCCIÓN.

Durante la segunda mitad del siglo XX algunos administrativistas empezaron a preocuparse por el evidente retraso que se presentaba en el tema de la responsabilidad del Estado en España, al compararlo con los avances que se habían producido en otros países, principalmente en Francia, Estados Unidos e Inglaterra.⁵⁷

Fue así como, la responsabilidad objetiva española nació en el seno del Instituto de Estudios Políticos, construida por una Comisión compuesta por grandes juristas como Luis Jordana de Pozas, Juan Gascón Hernández, Jesús Gonzales Pérez y Eduardo García de Enterría⁵⁸. Este selecto grupo, decidió emprender un camino diverso e innovador al intentar desarrollar un sistema de responsabilidad objetiva, es decir que no se fundamentará en la noción de culpa; con esto, se pretendía lograr una mayor protección a los particulares.

La introducción y aplicación del nuevo sistema establecido en la Ley de expropiación forzosa de 1954⁵⁹ fue bastante gradual, pero se fue fortaleciendo con el paso del tiempo, aunque

⁵⁷ Por ejemplo, Juan Ignacio Tena Ybarra concluía que:

“El examen del sistema español sobre responsabilidad de Administración, muestra, en primer lugar, la escasez y antigüedad de los preceptos legislativos que lo regulan, y después, el carácter restrictivo de la jurisprudencia que los ha interpretado y aplicado”.

TENA YBARRA, Juan Ignacio. “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”. En *Revista de Administración Pública*. Número 6. Septiembre-diciembre de 1951. p. 190

⁵⁸ “El sistema vigente de responsabilidad debe mucho a la labor y a la obra magistral del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. A su participación —conocida y confesada— en la elaboración de la LEF de 1954 unió pronto su análisis teórico en su excelente libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, afortunadamente reeditado, y del que viene a ser una actualización y puesta al día el capítulo XXI de su *Curso de Derecho Administrativo*, ahora con T. R. FERNÁNDEZ”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas”. En *Estudios sobre la Constitución española, libro homenaje a Eduardo García de Enterría*. Tomo III. Civitas. Madrid. 1991. p. 2785.

⁵⁹ “[...] el cambio radical introducido por este texto legal en el sistema jurídico español ha sido de una importancia tal, que no dudamos en calificarla como la regulación técnicamente más progresiva que del instituto de responsabilidad civil ha sido de una importancia tal, que no dudamos en calificarla como la regulación técnicamente más progresiva que el instituto de la responsabilidad civil de los entes públicos exista hoy en el panorama de los derechos comparados”.

con claras divergencias de criterios jurisprudenciales⁶⁰ y finalmente, recibió en 1978 el respaldo constitucional.⁶¹ En la actualidad, como se verá, la Ley 30 de 1992 desarrolló los elementos esenciales de la responsabilidad objetiva y es la norma que regula el régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas.

1. EL RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE.

Introducción.

En la actualidad la responsabilidad de todas las Administraciones públicas españolas, bien sean nacionales, de una respectiva comunidad o ciudad autonómica, está regulada por la Constitución de 1978, la Ley 30 de 1992 y sus respectivas modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999. De lo anterior se desprende la necesidad de presentar el contenido de estas normas, porque ellas son las que determinan el verdadero funcionamiento de la institución y el punto de partida para los comentarios doctrinales y las sentencias judiciales.

Antes de profundizar en el tema se debe empezar por resaltar que en este momento el sistema de responsabilidad extracontractual patrimonial de las Administraciones Públicas españolas está regido por unas normas de derecho público, separándose de los preceptos de responsabilidad privada.

LEGUINA VILLA, Jesús. *la responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Madrid. Editorial Tecnos. Segunda edición. 1983. pp. 158-159

⁶⁰ "No obstante, la jurisprudencia no sentó una doctrina clara y uniforme. Existían sentencias que aplicaban la Ley de Régimen Local (así, Ss. de 17 de noviembre de 1973 y 18 de abril de 1974) y hasta la LRJ en la esfera local (así, Ss. de 25 de junio de 1973 y 10 de junio de 1975), al lado de la doctrina jurisprudencial correcta que consideraba que la normativa contenida en la LE y en el REF sustituyó la contenida en la Ley de Régimen Local y el ROF. En este sentido, Ss. de 8 de febrero de 1973 y 11 de diciembre de 1974".

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre*. Tomo II. Cuarta Edición. Navarra. Thomson-civitas. 2007. p. 3179.

⁶¹ "La responsabilidad patrimonial de la Administración, considerada ya como un principio de aplicación general, logrará, sin embargo, su mayor predicamento a partir de la promulgación de la Constitución española de 1978 en cuanto su artículo 106 proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados en toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

GARCÍA RUIZ, María del Pilar. *Formularios criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Comares, S.L. Segunda Edición. Granada. 1998. p. 7.

1.1. Constitución de 1978.

Inicialmente, como lo reseña el profesor Eduardo García de Enterría, la jurisprudencia fue reticente en la utilización del nuevo sistema de responsabilidad objetiva; es decir, el Tribunal Supremo en sus decisiones mantuvo la tendencia a aplicar el régimen civil de responsabilidad y de esta manera, continuaron considerando la presencia de la culpa como un elemento indispensable para poder reconocer una indemnización por parte de las entidades del Estado. Tan sólo en los primeros años de la década de los setenta se produjo un evidente cambio en la orientación de las sentencias, introduciéndose la responsabilidad objetiva.⁶²

De esta manera, poco antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978 el régimen de responsabilidad objetiva había entrado a formar, de manera exclusiva, el régimen de responsabilidad administrativa por antonomasia y era claramente aceptado por la mayoría de la doctrina.⁶³ Por ende, la norma de normas tan sólo lo elevó a nivel constitucional.⁶⁴

⁶² “Son expresivas en este sentido las Sentencias de 28 de enero de 1972 (muerte de un motorista en accidente causado por un bache existente en una vía pública) y 8 de febrero de 1973 (vuelco de un camión por el mismo motivo). Esta última refleja con claridad el cambio de planteamiento cuando dice que <<difícilmente podrá estimarse normal la existencia de grandes baches en la carretera durante varios días sin que se proceda a su señalización hasta después de ocurrido un accidente>>, a lo que añade que <<los conductores deben poder confiar en que los obstáculos de la calzada estarían reglamentariamente señalados>>”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006, p. 376.

⁶³ Para entender el proceso de fortalecimiento de la responsabilidad del Estado en España es adecuado citar al Doctor Mir Oriol quien recuerda que en materia de responsabilidad civil: “Los años sesenta y setenta constituyeron, probablemente, el período de mayor auge de la responsabilidad objetiva. En dichos años numerosos autores dieron un paso más en el proceso de progresiva implantación de la responsabilidad objetiva y se mostraron partidarios de que ésta *sustituyera* a la responsabilidad por culpa. La preeminencia que un siglo antes había recibido la culpa debía corresponder, pues, ahora a la responsabilidad objetiva”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 156.

⁶⁴ En cuanto al régimen local, al que sólo se han hecho referencias marginales, se debe comentar que: “La LRJAE no era aplicable a las Entidades locales. Sin embargo, las diferencias entre la LEF, que si les es de aplicación, y la LRJAE son mínimas, de modo que, a partir de ese momento, en la práctica ambos textos legales configuraban el bloque normativo general de la responsabilidad del Estado y de las demás Administraciones Públicas. A ese bloque se remitirá luego la LBRL en 1985”. Dicho artículo simplemente remite a las normas nacionales con lo que se configura un sistema común a todos los niveles de la administración en el tema de la responsabilidad.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 31.

Otros antecedentes sobre el desarrollo de la materia a nivel local, citados por el Doctor Luis Martín Rebollo son: El Proyecto de la Ley de Bases de Régimen Local de 1972, La Ley de bases del Estatuto de Régimen Local de 1975 y El Proyecto de Ley de Bases de la Administración Local de 1981.

Ver MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. pp. 34-39.

El reconocimiento de la responsabilidad en cada país depende de su régimen y en los sistemas democráticos dichos principios se integran a su Constitución; en el caso español, existen una serie de artículos que reconocen la Responsabilidad del Estado. “La propia *concepción constitucional* de la Administración pública española se vincula de forma esencial al sometimiento a la responsabilidad extracontractual por los daños que su actuación pueda ocasionar: la Administración española, en su configuración constitucional es una Administración *responsable*”.⁶⁵

Así, desde su primer artículo vemos como el pueblo español se define como un “Estado Social y democrático de Derecho”, reconociendo que los poderes públicos están sometidos a las normas y que se buscará un Estado Social basado en formas democráticas.⁶⁶ En el numeral 3 del artículo 9 el constituyente hace un reconocimiento expreso de la responsabilidad en que pueden incurrir los poderes públicos.⁶⁷

El régimen de responsabilidad objetiva administrativa en España está establecido en el numeral 2 del artículo 106 en los siguientes términos:

“Art. 106. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Este precepto mantiene el postulado de que siempre que la lesión sea consecuencia de los servicios públicos, se generará la indemnización sin importar si el funcionamiento sea anormal o normal; es otras palabras, la culpa o negligencia del agente no será determinante para el reconocimiento del daño.⁶⁸

⁶⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 45.

⁶⁶ “Art. 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

⁶⁷ “Art. 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁶⁸ Sin embargo, otros autores han considerado que la omisión, por parte del constituyente, de la fórmula del <<funcionamiento anormal o normal>>, no es una casualidad, corresponde a una clara finalidad de introducir un régimen subjetivo. “Parece razonable sostener que, al contrario, si el constituyente se ha apartado de la fórmula de la normativa precedente (artículos 121. LEF y 40.1 LRJAE) ha sido, precisamente, porque no han querido decir lo mismo que ésta, porque no han querido consagrar e imponer una responsabilidad objetiva global de la Administración”.

De la lectura armónica de los anteriores textos constitucionales el profesor Martín Rebollo concluía que dicha norma reconoció constitucionalmente la legislación vigente en la materia, manteniendo un régimen de responsabilidad del Estado común a todas las Administraciones públicas al recordar que:

“[...] así también se halla sujeta al principio de responsabilidad de modo que si de su actividad se derivan daños a los particulares que éstos no tiene la obligación de soportar será la propia Administración, como persona jurídica quien indemnice esos daños producidos por una actividad que, en definitiva, tiende a satisfacer finalidades públicas, en su conjunto, y que, por consiguiente, debe ser soportada, cuando de ella se derivan daños, por la colectividad, personificada desde el punto de vista financiero por esa especie de caja colectiva que es el Presupuesto del Estado que de todos se nutre”.⁶⁹

Otro artículo de la Constitución fundamental es el 121 donde se introduce un régimen subjetivo para la administración de justicia.⁷⁰ Solamente se reconocerá la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando el daño que se produzca, sea consecuencia del funcionamiento anormal.⁷¹

Por último, la Constitución en el numeral 18 del artículo 149⁷² ordena la existencia de un régimen general para todas las Administraciones Públicas, que ha sido acogido por las 17 Comunidades Autónomas y en general, por todos las entidades del Estado.⁷³ Dicho artículo, “[...]”

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. pp. 217-218.

⁶⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. *Jueces y responsabilidad del Estado: El artículo 121 de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. pp. 9-10.

⁷⁰ “Art. 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

⁷¹ Un muy completo análisis de las nuevas implicaciones que representa este nuevo artículo en el modelo español es presentado por Luis Martín Rebollo en su trabajo *Jueces y Responsabilidad del Estado*, libro que se ha citado anteriormente. Este trabajo considera el nuevo artículo como una subespecie del régimen general que lo complementa, al cubrir la responsabilidad de los jueces.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Jueces y responsabilidad del Estado: El artículo 121 de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. p 17.

⁷² “Art. 149.18. Las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

⁷³ “Respetuosos con el texto constitucional, los Estatutos de Autonomía suelen limitarse a remitirse a la legislación del Estado. Y el mismo criterio se observa en las leyes de régimen jurídico o de gobierno y administración que han ido promulgando las Comunidades Autónomas, que, por lo general, se limitan a remitirse a la legislación especial”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. pp. 211-212.

establece por tanto una competencia estatal exclusiva para la regulación del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de la Administración, competencia que no se reduce al establecimiento de las bases en la materia, sino que se extiende a la totalidad de la misma”.⁷⁴

1.2. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Ley 30 de 1992, en su Título X: “De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”, partiendo de los postulados constitucionales determina los lineamientos generales para que el Estado garantice la defensa del patrimonio de los ciudadanos, si causa un daño en la prestación de los servicios públicos. Con base en esto, se debe hacer algunos comentarios a esta nueva legislación partiendo de los numerales 1 y 2 del artículo 139 que contiene los principios de la responsabilidad en los siguientes términos:⁷⁵

“Art. 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

El numeral 1 del artículo 139 simplemente mantiene las orientaciones que fueron establecidas en los años cincuenta y volvieron a consagrar textualmente, la controvertida frase, <<que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos>>, despejando cualquier duda en cuanto al cambio de régimen de la responsabilidad objetiva a la subjetiva en España.

⁷⁴ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 466.

⁷⁵ Los numerales 3 y 4 desbordan el tema de esta parte del escrito; por esto, sólo se debe afirmar que el tercero hace referencia a la responsabilidad por actos legislativos y el cuarto, da la posibilidad de que la indemnización se pueda realizar por medio de pago periódico o por especie, eso sí con el consentimiento del afectado.

“3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

Así mismo, repite la frase <<en cualquiera de sus bienes y derechos>>. “La expresión bienes y derechos comprende, sin duda, tanto los derechos propiamente dichos, como los intereses patrimoniales legítimos (no así las simples expectativas o derechos meramente condicionales o similares)”.⁷⁶

Adicionalmente, se conserva el concepto de lesión señalando, en el numeral segundo, que es un tipo de daño que presenta obligatoriamente los cuatro elementos de: antijurídico, efectivo, evaluable e individualizable.⁷⁷

En este orden de ideas, el siguiente artículo que establece la ley en la materia, determina la posibilidad de la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas españolas.⁷⁸

En cuanto al tema de las indemnizaciones se introduce el novedoso artículo 141⁷⁹ como respuesta a las fuertes críticas efectuadas por una parte de la doctrina al régimen de responsabilidad objetiva en España, concretamente en cuanto al tema del daño y de la forma de indemnizar.

En este sentido, por un lado, el numeral 1 incorpora el elemento de la antijuridicidad del daño por medio de la expresión <<que éste no tenga el deber jurídico de soportar>>; es decir, para

⁷⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones Generales*. Barcelona. Editorial Ariel. 2003. p. 881.

⁷⁷ Tema que se trabaja con mayor detenimiento dentro de los requisitos de la responsabilidad administrativa, exactamente en el aparte dedicado a la lesión.

⁷⁸ “Art. 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria”.

⁷⁹ “Artículo 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.
2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.
3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria.
4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado”.

que exista responsabilidad tiene que haber un perjuicio en la esfera de la víctima.⁸⁰ Por otro lado, los numerales del 2 al 4 determinan la forma en que se realizará a indemnización la manera de calcularla y la posibilidad de pagar por cuotas o en especie.⁸¹

Por otra parte, el artículo 144⁸² regula el régimen de responsabilidad cuando se actúa según las normas de derecho privado, aclarando que en dichas hipótesis los actos de sus agentes se consideran propios de la Administración.

El otro artículo que trata el tema de la responsabilidad es el 145⁸³ que desarrolla la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas. En este artículo queda claramente estipulado que la responsabilidad es directa, en ningún caso subsidiaria, lo que significa que se debe demandar a la Administración y

⁸⁰ “Se trata, sin embargo, de una novedad más aparente que real, puesto que dicha conceptualización del requisito de la lesión se encontraba ya consolidada en la doctrina desde la aprobación de la LEF”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 48.

⁸¹ En la Exposición de motivos de la Ley 30 de 1992 se señala:

“En lo que a la responsabilidad patrimonial se refiere, el proyecto da respuesta al pronunciamiento constitucional de indemnización de todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de acuerdo con las valoraciones predominantes en el mercado, estableciendo además la posibilidad de que hasta un determinado límite pueda hacerse efectiva en el plazo de treinta días, siempre que la valoración del daño y la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento normal o anormal del servicio público sean inequívocos”.

⁸² “Art. 144. Responsabilidad de Derecho Privado. Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda”.

⁸³ “Art. 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: El resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, podrá la Administración instruir igual procedimiento a las Autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave. En este supuesto, los criterios de ponderación aplicables serán los previstos en el punto 2.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de la culpa a los Tribunales competentes”.

ésta responderá por la totalidad de la indemnización y una vez cumplido con su obligación, puede repetir contra el funcionario que actuó con negligencia grave, culpa grave o dolo.⁸⁴

Resulta pertinente mencionar la opinión de a Jesús González Pérez quien precisaba que: “Ciertamente, esta regulación ofrecía deficiencias técnicas, y su aplicación puso de manifiesto el riesgo de hipertrofiar el sistema, por lo que, ante la insistentemente reclamada reforma de la LRJPA, se destacó la necesidad de no olvidar el capítulo dedicado a la responsabilidad patrimonial”.⁸⁵

Algunas de dichas deficiencias fueron destacadas por Miriam Cueto Pérez quien después de comentar los grandes avances de la Ley 30 de 1992 advertía que:

“Esta regulación era, sin embargo, claramente mejorable en algunos aspectos: la responsabilidad del Estado legislador se incluía en términos muy restrictivos; la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas quedaba reducida a las fórmulas colegiadas de actuación; el cálculo de la cuantía se hacía con referencia al día en que la lesión se produjo y no al momento de la ejecución de sentencia, que era el modo de valoración que había establecido la jurisprudencia; faltaba la responsabilidad de los concesionarios y contratistas de la Administración, y nos encontramos con una más que dudosa redacción de los preceptos dedicados a las responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas”.⁸⁶

1.3. La Ley 4 de 1999 de modificación de la Ley 30 de 1992.

Esta ley tiene por objetivo precisar el contenido de la Ley 30 de 1992 y realiza unas modificaciones puntuales en su contenido, con el fin de superar algunos interrogantes en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas.⁸⁷ Adicionalmente, busca orientar algunas sentencias que fueron fuertemente cuestionados por la doctrina española.⁸⁸

⁸⁴ “Una sujeción de índole universal, pues a la Administración se imputaba igualmente la de sus funcionarios y agentes (vale decir, la responsabilidad por la producción de daños –lesión, en sentido técnico- cuyo autor individual fuera nítida y perfectamente identificable), sin perjuicio, en su caso del derecho de repetición”.

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. “La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 126. Abril-junio. 2005. p. 194.

⁸⁵ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 56.

⁸⁶ CUETO PEREZ, Miriam. “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la Reforma de la Ley 30/92”. En *Revista de Administración Pública*. Número 152. Mayo-agosto de 2000. p. 270.

⁸⁷ En la Exposición de motivos de la Ley 4 de 1999 se afirma que la nueva legislación:

En palabras de Mir Oriol: “Dicha reforma ha introducido cambios destacables en la regulación del sistema de responsabilidad administrativa de la LRJPAC. Pero no ha alterado las bases del sistema, dejando intactos los apartados primero y segundo del artículo 139 LRJPAC y manteniendo, por ello, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”.⁸⁹

En concreto la reforma, en materia de responsabilidad concurrente de las Administraciones, da una nueva redacción al primer numeral del artículo 140 y crea un segundo numeral en los siguientes términos:

“Artículo 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

Así, la modificación, “[r]egula con carácter general los supuestos de responsabilidad concurrente de varias Administraciones públicas, estableciendo como regla el carácter

“En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en el Título X se introducen algunas modificaciones importantes. Por una parte, se amplía la regulación de la responsabilidad concurrente de diferentes Administraciones públicas previsto en el artículo 140, distinguiendo el régimen de las actuaciones conjuntas de otros supuestos de concurrencia. En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad y, en beneficio del afectado, se prevé la actualización de la cuantía de la indemnización.

Se opta, con la nueva redacción del artículo 144, por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero.

Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, se pretende garantizar su efectividad, al preverse en el artículo 145 que se exigirá de oficio. Por otra parte, desaparece del artículo 146 toda mención a su responsabilidad civil por los daños producidos en el desempeño del servicio, clarificando el régimen instaurado por la Ley 30 de 1992 de exigencia directa de responsabilidad a la Administración, y, en concordancia con ello, en la disposición derogatoria se derogan la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos”.

⁸⁸ “La regulación introducida por la Ley 4/1999 tiene probablemente su origen en la alarma despertada por determinados pronunciamientos judiciales que declaraban la responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de secuelas derivadas de la asistencia sanitaria, invocando para ello el carácter objetivo de la responsabilidad”.

BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1326.

⁸⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 49.

mancomunado de la obligación, salvo en los casos en los que la actividad sea <<conjunta>>, en los que la responsabilidad será solidaria”.⁹⁰

La segunda gran modificación se presenta en materia de indemnización, donde se modifican los numerales 1 y 3 del artículo 141, quedando así:

“Artículo 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria”.

En suma, se puede afirmar que la variación introducida por la nueva redacción “[e]stablece la actualización de las cuantías de las indemnizaciones con arreglo al índice de precios al consumo, con lo que se ponía fin a la injusticia que había generado la introducción en 1992 de la regla de que la indemnización se calcula con relación a la fecha en que el daño se produjo”.⁹¹

El artículo 144 recibe un pequeño cambio en su redacción con lo que se pretende unificar el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración sin discriminar sus actuaciones bajo régimen de derecho público o de derecho privado.

“Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.

Por último, al artículo 145 también se le introducen variaciones en el inciso primero del numeral 2, retirando la expresión <<directamente>> y haciendo imperativa la acción de repetición

⁹⁰ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1181.

⁹¹ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1181.

por parte de la administración, que será iniciada de oficio. Con lo que se intenta evitar que la Administración evada la posibilidad de ejercer la acción de repetición, al establecerla como obligatoria.⁹²

“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

Adicionalmente, en el numeral 3 se efectúan dos variaciones; la primera, consistente en la eliminación de la palabra <<podrá>>, buscando hacer que sea obligatoria, por parte del Estado, ejercer la acción de repetición contra sus funcionarios en los casos en que medie negligencia grave, culpa o dolo⁹³ y la segunda, consistió en suprimir la expresión: <<En este supuesto, los criterios de ponderación aplicables serán los previstos en el punto 2>>, para hacer que quedara clara la nueva redacción del artículo.

Como corolario de todo lo anterior se debe seguir al profesor Jesús Leguina Villa quien considera que:

“Esta ley ha venido a confirmar el sistema de responsabilidad administrativa vigente en nuestro ordenamiento desde los años cincuenta, en unos términos sustancialmente idénticos a los que ya conocemos: el derecho de los sujetos privados a ser indemnizados de los daños patrimoniales que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.⁹⁴

2. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

⁹² “En la práctica la acción de regreso no se utiliza por la Administración pese a que, en ocasiones, la responsabilidad de la autoridad o funcionario está clara y ha producido un quebranto injustificado de los intereses de la Hacienda Pública. Esta inacción se pretende justificar en la eventual utilización sectaria de la acción de regreso, susceptible de ser utilizada patológicamente; y también para evitar cierta propensión a la inactividad de los funcionarios públicos ante el temor a ulteriores acciones de regreso; pero es obvio que frente a estas situaciones patológicas y, por tanto, inadmisibles, también son injustificadas las situaciones de impunidad de funcionarios o autoridades frente al quebranto producido por acciones de responsabilidad con ocasión de sus acciones temerarias o de clara desviación de poder”.
COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimosexta edición. Navarra. Civitas. 2005. p. 589.

⁹³ Con la modificación introducida por la Ley 4 de 1999, “[l]a ley 30/92 no deja, pues, en manos de la Administración pública la libre decisión de conveniencia u oportunidad respecto al ejercicio de la acción de regreso. El ejercicio de esa acción no es discrecional sino reglado”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 206.

⁹⁴ LEGUINA VILLA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. pp. 672-673.

Introducción.

La responsabilidad objetiva española ha tenido más de 50 años de vigencia, se ha mantenido a pesar de su originalidad y ha podido contrarrestar las fuertes críticas efectuadas por sus detractores; por esto, su estudio se ha hecho muy relevante para los trabajos sobre la cuestión.

Sus grandes particularidades o rasgos esenciales del sistema han sido destacados por la doctrina, la cual en términos amplios ha afirmado que son: 2.1. Carácter total o general, 2.2. Responsabilidad objetiva, 2.3. Responsabilidad Directa, 2.4. Reparación integral y 2.5. Unidad jurisdiccional. Con el objetivo de lograr una mayor comprensión del sistema de responsabilidad vigente en la actualidad en España, es importante dedicar algunas páginas a las características fundamentales de este régimen.

2.1. Carácter total o general.

El régimen de responsabilidad español busca homogenizar todas las actividades del Estado en sus diversas posibilidades y someterlo a un régimen común. De esta, manera la totalidad o generalidad del régimen de responsabilidad español se puede observar con relación a varios aspectos.

La responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas puede surgir por la actividad de cualquiera de los tres ramos del poder público: Del ejecutivo por actos administrativos, por acciones u omisiones de sus funcionarios, por actuaciones de los cuerpos de seguridad, asistencia sanitaria, etcétera; en cuanto al poder judicial, por funcionamiento de la administración de justicia y del legislativo, derivada de los actos legislativos y de tratados internacionales.

Así mismo, “[...] cubre, ante todo, la actividad dañosa realizada por las diferentes Administraciones Públicas, en sus distintos tipos de personificaciones, tanto primarias como

instrumentales, tanto si actúan con sometimiento al Derecho administrativo o con sujeción al derecho privado (art. 144 LRJAP).⁹⁵ Esto incluye, los diversos niveles como el nacional, los autonómicos, los municipales y además, todas las entidades que conformen la Administración pública sin importar su ubicación dentro del esquema público.

Además, como lo anota el Doctor Martín Rebollo. “[c]onstituye un régimen *general* en la medida en que se refiere a la total actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción o como por omisión”.⁹⁶ En otras palabras, responderá tanto por la actividad reguladora como por la ejecución de tareas técnicas, siempre que sea consecuencia de la prestación de los servicios públicos.

Por último es preciso recordar que: “La cláusula general se refiere a los <<particulares>>, pero el empleo de esta expresión no impide lógicamente que una Administración Pública (un Ayuntamiento, por ejemplo), reclame a otra distinta (la del Estado o la de una Comunidad Autónoma) la reparación de los daños por ella sufridos en su patrimonio por el funcionamiento de los servicios públicos sostenidos por ésta última”.⁹⁷ Es decir, la totalidad incluye que cualquier persona natural o jurídica, tenga o no vinculación con el sector público puede iniciar el proceso de responsabilidad y ser indemnizada por el daño sufrido.

2.2. Responsabilidad directa.

La segunda característica del sistema español, es la de articular un sistema de responsabilidad directa y no subsidiaria.⁹⁸ “Ahora la Administración ha de responder directamente

⁹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 490.

⁹⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 53.

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. pp. 378-379.

⁹⁸ “La característica de la responsabilidad patrimonial en cuanto a que la misma es directa quiere decir que, a diferencia de otros tiempos, como se ha visto, la Administración responde de forma directa por los perjuicios causados en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, no es responsable subsidiario del funcionario (en sentido amplio) que causa en concreto el daño, de hecho ni siquiera será necesario identificar al mismo, sino que ella, como persona jurídica dentro de la que se integra el agente o funcionario concreto de cuya actuación puede derivar el daño, y que como tal actúa, responde frente al ciudadano, sin perjuicio de la posterior acción en vía de regreso frente al funcionario en determinados casos [...]”.

de todo acto o hecho que le sea imputable; también, por tanto podrán los particulares dirigirse a ella para la exigencia de de la indemnización <<por los daños causados por las autoridades y personal a su servicio”.⁹⁹

De la anterior cita se debe puntualizar dos cosas que resultan clave para entender el tema que nos ocupa: Por un lado, se dota de una mayor protección o se garantiza más adecuadamente, el patrimonio del afectado, ya que la víctima al demandar lo hace directamente contra el Estado y no contra el causante del daño; es así como, en caso de ser reconocida la responsabilidad, siempre será pagada la indemnización, evitando la insolvencia del funcionario y por el otro, siempre se debe demandar a la Administración, no al funcionario, ni conjuntamente al funcionario y a la entidad.

Pese a todo lo antedicho, “[l]a responsabilidad de la Administración no excluye la del funcionario o autoridad causante directo del daño”.¹⁰⁰ Lo que realmente sucede, es que una vez el Estado pague, debe iniciar otro proceso en contra del funcionario ejerciendo la acción de repetición contra el funcionario causante del daño, en el caso que medie dolo, culpa o negligencia grave en sus acciones u omisiones.

Para finalizar, es pertinente recordar que, la aplicación de la responsabilidad directa “[n]o es exclusiva de la responsabilidad de las Administraciones públicas cuando actúen sujetas al Derecho Administrativo. Si no que se da también cuando <<actúen en relaciones de Derecho privado. También cuando así actúen <<responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre>>”.¹⁰¹

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 44.

⁹⁹ MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999. p. 416.

¹⁰⁰ NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. *Notas sobre Derecho Administrativo II*. Segunda Edición. Salamanca 2006. p. 106.

¹⁰¹ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 201.

2.3. Responsabilidad objetiva.

Este elemento es quizá el que demuestra la mayor particularidad del régimen español, al no existir desarrollos similares en el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en otros ordenamientos jurídicos europeos, incluyendo las remisiones al derecho privado.¹⁰² Esto no quiere decir, que deba ser cambiado, sino todo lo contrario que debe ser fuertemente analizado, bien sea para defenderlo o para atacarlo.

Precisamente, lo que sucede es que “[l]a responsabilidad patrimonial de la Administración tiene un carácter objetivo, no asentada por tanto en la necesaria concurrencia de algún elemento de carácter subjetivo como el dolo, la culpa o negligencia del agente o autoridad causante del daño”.¹⁰³ En otras palabras, “[e]s sobre todo, un régimen de *carácter objetivo*, que prescinde de la idea de culpa, que ya no es determinante. Por tanto, no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate”.¹⁰⁴

Este sistema ha buscado otros criterios para determinar la responsabilidad por fuera de la culpa y de esta manera, ha depurado el criterio de lesión añadiendo a las tradicionales características de efectivo, evaluable, individualizado, el de la antijuridicidad, es decir sólo se reconocerán los daños que la persona no tenga el deber jurídico de soportar. Con esta precisión, delimita acertadamente los supuestos en que deben indemnizar las administraciones públicas por los daños, o mejor dicho lesiones, causadas a los asociados.

En la actualidad, la doctrina considera que en todo caso que el régimen objetivo, no implica que la culpa no deba ser estudiada; sino que en ocasiones se debe recurrir a ella de

¹⁰² Así, lo sostiene también en Consejo de Estado en el Dictamen de 20 de diciembre de 1982 al precisar que: “[...] la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado tiene un carácter objetivo, esto es que no se exige para que se aprecie tal responsabilidad la concurrencia de una conducta dolosa o simplemente culposa o negligente para que pueda exigirse de la Administración la correspondiente responsabilidad patrimonial, si se dan los demás requisitos que establece la ley”.

Dictamen del Consejo de Estado del 20 de diciembre de 1982.

¹⁰³ NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. *Notas sobre Derecho Administrativo II*. Segunda Edición. Salamanca 2006. p. 105.

¹⁰⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 53.

manera secundaria o auxiliar, en las decisiones que realicen los tribunales al enfrentarse al caso concreto.¹⁰⁵ Esta tesis no es nada novedosa, es simplemente la que más se acomoda a los postulados del sistema como lo han sostenido, entre otros, Eduardo García de Enterría¹⁰⁶ y Jesús Leguina Villa, quien ha compartido esta premisa desde 1970¹⁰⁷, reiterándola en 1980¹⁰⁸ y la ha mantenido en sus últimos escritos sobre el tema por lo cual considero necesario transcribir sus ideas expresadas, a finales de 2007, a continuación:¹⁰⁹

“Ahora bien, calificar el sistema como objetivo en el sentido indicado no significa en modo alguno que la culpa –sea subjetiva de los agentes o sea objetivada en el funcionamiento anormal de los servicios públicos- haya desaparecido del campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Tampoco quiere decir que al valorar el daño sufrido por el perjudicado en cada caso concreto sea indiferente que la actuación administrativa haya sido lícita o ilícita. Ni menos aún quiere decir que los criterios normativos de ínsitos en la cláusula general –ilegalidad, culpa subjetiva, culpa objetiva, riesgo y sacrificio especial- puedan ser utilizados indistintamente para cualquier tipo de actividad administrativa y ante cualquier evento dañoso, de suerte que si el daño no fuera imputable a la Administración a título de anomalía del

¹⁰⁵ Mir Oriol Puigpelat no considera esta interpretación plausible, al opinar:

“Que la responsabilidad sea objetiva significa que no se requiere la existencia de culpa en el actuar administrativo para que nazca el deber de indemnizar, a diferencia de lo que establece el artículo 1.902 del Código civil (a pesar de la progresiva objetivación de que viene siendo objeto) para el resto de sujetos jurídicos”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 32.

¹⁰⁶ Eduardo García de Enterría precisa que la: “Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente (cuya culpa asume la Administración como organización responsable ad extra): es el supuesto típico del <<funcionamiento anormal de los servicios>>”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Prólogo: García de Enterría. Madrid. Civitas. 2002. p. 23.

¹⁰⁷ “Por consiguiente, en el ordenamiento español, la culpa del funcionario tiene valor solamente, en cuanto a criterio de imputación de un hecho dañoso, para engendrar su propia responsabilidad, en los casos en que sea posible identificar y probar tal comportamiento culposo, quedando en todo caso la culpa del mismo como elemento absolutamente extraño de la hipótesis legal que condiciona la responsabilidad del ente público”.

LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Madrid. Editorial Tecnos. Segunda edición. 1983. p. 170.

¹⁰⁸ “De ahí que se califique como objetiva la responsabilidad de la Administración, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento del sistema indemnizatorio para convertirse simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la Administración”.

LEGUINA VILLA, Jesús. “La responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas Regionales o Locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 92. Mayo-agosto. 1980. p. 23.

¹⁰⁹ Teniendo en cuenta lo anterior, discrepo fuertemente del pensamiento de Mir Oriol Puigpelat, manifestado en la revista RAP 140 pp. 647-652, al sostener que Jesús Leguina Villa recientemente haya variado su concepción del régimen de responsabilidad español, en su artículo de 2007 publicado en REDA número 136 al sostener que: “Por su claridad, merece la pena transcribir algunos párrafos del citado trabajo de Leguina, en que se muestra partidario de reservar la responsabilidad por el funcionamiento normal a los supuestos de daños cuasiexpropiatorios y de riesgo (parece que especial) creado por la Administración...”. (RAP. 140. p. 648).

Considero que no se ha producido tal giro doctrinal, ya que desde su conocido texto titulado *La responsabilidad Civil de la Administración Pública* de 1970 Leguina Villa defiende la idea de que: “Con la fórmula de funcionamiento normal de un servicio público>> se pretende aludir a todos los casos de daños incidentales o eventuales que tengan lugar como consecuencia de una actividad legítimamente emanada de la Administración”. (Jesús Leguina Villa, *La responsabilidad civil...*, p. 169).

servicio público sería posible tal imputación a título de riesgo o sacrificio especial. Nada menos cierto. En la generalidad de los casos, las actividades judiciales o materiales que la Administración lleva a cabo no son en sí mismas peligrosas ni creadoras de situaciones de riesgo patrimonial, y por ello, si se realizan bajo pautas de normalidad, los eventuales daños resultantes no le son en modo alguno imputables; sólo su prestación anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio legal de imputación de tales daños a la Administración”.¹¹⁰

Lo que ha ocurrido, como lo destaca Luis Medina Alcóz, es que parte de la doctrina y la jurisprudencia ha interpretado erradamente el sistema de responsabilidad objetiva implantado en España desde 1954.¹¹¹ Obviamente, existen sectores muchos más radicales que no están de acuerdo con esa posible interpretación.¹¹² Para partir de una interpretación más cercana a sus verdaderas directrices se debe seguir al profesor Ricardo Rivero quien destaca que: “Gran parte del fundamento de la doctrina de la responsabilidad objetiva de la Administración se basa en esta teoría de los riesgos, como demuestra la íntima relación existente entre el sistema y el criterio que utiliza: el funcionamiento de los servicios públicos”.¹¹³

Por último, se debe tener muy presente, como lo afirman Jesús Gonzales Pérez y Francisco González Navarro en sus Comentarios a la Ley de Régimen Común de las Administraciones

¹¹⁰ VILLA LEGUINA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. p. 678.

Así mismo, lo reconoce el profesor Jesús Gonzales Pérez en los siguiente términos:

“Y es que, en definitiva, por claros y terminantes que sean los términos de la ley al consagrar la responsabilidad objetiva y, por tanto, el desplazamiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas, ello no supone que no sea necesario demostrar en todos los casos la presencia de la culpa”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 208.

Por su parte, el Doctor Francisco De Ahumada sostiene que:

“Ahora bien, en nuestra opinión, la naturaleza objetiva del instituto resarcitorio no implica que, en orden a decidir si procede a declarar una concreta responsabilidad de la Administración, sea siempre irrelevante la diligencia o negligencia con que aquella ha actuado, o que no sea nunca necesaria la demostración de la existencia de culpa en la conducta de los agentes de la Administración”.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 56.

¹¹¹ Algunas causas que no han permitido la correcta interpretación del sistema, según este autor, son: 1. La incertidumbre propia de las etapas de crisis, 2. La reticencia jurisprudencial a aplicar el nuevo sistema, 3. La ambigüedad de determinados planteamientos teóricos, 4. Los <<indicios>> de autonomía o especialidad.

Ver MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 158-170.

¹¹² Este tema será trabajado con mayor precisión más adelante, por el momento, tan sólo se dirá que uno de los principales opositores al sistema en la actualidad es el Doctor Mir Oriol Puigpelat. Para quien, el sistema se desdibujaría al pretender que en la responsabilidad objetiva, es necesario determinar la culpa o declarar el funcionamiento anormal para admitir responsabilidad.

¹¹³ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante, Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000. p. 222.

Públicas que: “Consecuencia de este carácter objetivo de la responsabilidad es que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración”.¹¹⁴

2.4. Reparación integral.

La indemnización debe buscar que el afectado reciba una justa compensación por el detrimento sufrido; en este sentido, la reparación no debe ser tan baja que no permita que la víctima reciba una real retribución, pero tampoco debe obtener una suma tan alta que sea arbitraria, puesto que la responsabilidad no es un mecanismo de redistribución de renta.

En consecuencia, “[...] el principio general de garantía patrimonial de la víctima postula una reparación integral que restablezca en su totalidad el *status* patrimonial de que aquélla venía disfrutando antes de la causación del perjuicio antijurídico. Indemnizar significa justamente eso: dejar indemne a la víctima, compensarla económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio”.¹¹⁵ En resumen, debe ser una suma que permita que la persona vuelva a la situación en la que estaba antes que se produjera el daño o que le permita vivir en condiciones justas e igualitarias, después de haber recibido un perjuicio particular.

Como se ha visto, “[r]eparar el daño es la finalidad esencial de la institución de la responsabilidad. Reparación que debe ser íntegra, puesto que la víctima no está obligada a soportar jurídicamente el daño o la lesión causada”.¹¹⁶ Debido a que el daño, no es legítimo la Administración debe hacer frente a sus hechos y corregir la situación en la medida de sus posibilidades.

¹¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre*. Tomo II. Cuarta Edición. Navarra. Thomson-civitas. 2007. p. 3177.

¹¹⁵ LEGUINA VILLA, Jesús. “La responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas Regionales o Locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 92. Mayo-agosto. 1980. p. 34.

¹¹⁶ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimosexta edición. Navarra. Civitas. 2005. p. 587.

Para que dicha reparación sea integral es necesario analizar el caso concreto y determinar qué tipo o tipos de daños son los que sufre la persona, los cuales pueden ser morales, materiales, corporales. Así mismo, se debe discriminar si el daño se puede corregir económicamente (destrucción de un bien patrimonial) o si por el contrario, solamente se puede brindarle elementos materiales al afectado para que lleve una vida en las mejores condiciones posibles ante su nueva realidad (el daño produce alguna disminución en la capacidad física o psíquica en la víctima).

2.5. Unidad jurisdiccional.

Uno de los grandes debates que se generó en la doctrina desde el origen mismo de la responsabilidad del Estado, consistía en saber cuál era la jurisdicción competente frente a las actuaciones generadoras de responsabilidad de las Administraciones públicas, para saber el lugar al que deberían acudir los particulares para poder exigir sus derechos.

Las tesis variaron produciéndose una proliferación jurisdiccional, puesto que en ocasiones se podía acudir a la jurisdicción Administrativa, Civil, Laboral o Penal; dentro de las diversas ramas jurisdiccionales las respuestas eran variadas y a veces, contradictorias. Esto contribuyó a una profunda inseguridad jurídica y a un conflicto de competencias que claramente contrariaba la búsqueda de la eficiencia.

Todas estas discusiones terminaron con la expedición de la Ley 30 de 1992, ratificada en 1998, 1999 y 2003. De esta manera, en la actualidad, el régimen de responsabilidad “[...] pivota hoy sobre la base de un principio de *unidad jurisdiccional*, con la sola excepción de la jurisdicción penal cuando la responsabilidad civil deriva de un delito cometido por funcionarios; supuesto en el que, por excepción y sin mucho fundamento con el resto del sistema, la responsabilidad de la Administración es sólo subsidiaria”.¹¹⁷

¹¹⁷ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 53.

3. EL DEBATE ACTUAL: ¿SE DEBE MANTENER EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN ESPAÑA?

Introducción.

El modelo de la responsabilidad objetiva ha regido en España durante más de medio siglo, durante el cual ha sufrido varias modificaciones, pero siempre ha mantenido su estructura de fondo.¹¹⁸ Sin embargo, en la actualidad se ha venido fortaleciendo un grupo de juristas que consideran que hay que hacer la transición a un sistema culpabilístico, puesto que se han producido algunas sentencias demasiado amplias, que pueden poner en riesgo el patrimonio del Estado.

A continuación se describirá el estado del debate, presentando los principales autores y sus más fuertes argumentos, tanto a favor como en contra, sobre la conveniencia de fortalecer o suprimir el sistema Español.

3.1. Argumentos que defienden la imperante necesidad de una profunda modificación al régimen de las Administraciones públicas, pasando a un régimen subjetivo.

En cuanto a las críticas se deben distinguir dos corrientes claramente diferenciadas: La primera, mucho más radical, está conformada por un grupo de escritores que buscan la abolición del sistema objetivo y de este modo, dar paso a un sistema subjetivo como única solución a las graves inconsistencias del modelo español, por ejemplo: Fernando Pantaleón Prieto¹¹⁹, Fernando Garrido Falla¹²⁰, Mir Oriol Piugpelat¹²¹, Tomás Font i Llovet¹²², Rafael Entrena Cuesta¹²³, Ramón

¹¹⁸ “Podrá estarse o no de acuerdo con el sistema, pero hoy es éste el que rige en el Ordenamiento español, sin que quepa interpretar la normativa vigente en un sentido que excluya la responsabilidad objetiva, como defienden algunos de los críticos del sistema”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 204.

¹¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. En *Documentación Administrativa*. Número. 237-238. 1994.

¹²⁰ “Pero, dicho esto, reconozco mi casi inquietante soledad cuando tozuda e ininterrumpidamente he venido manteniendo que la interpretación del antiguo artículo 40 debe hacerse teniendo en cuenta que la regla general es el funcionamiento *anormal* del servicio público para justificar la indemnización; y que la expresión funcionamiento *normal* cubre los supuestos de *riesgo creado* y el de aquellas actuaciones administrativas –en especial obras públicas- que

Parada¹²⁴, Miguel Sánchez Morón¹²⁵, Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos¹²⁶, Gabriel Domenech Pascual¹²⁷ y Almudena Castaño Sancho¹²⁸.

causan perjuicios singulares que por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica la obligación de reparar”.

GARRIDO FALLA, Fernando. “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 94. Abril-junio. 1997. p. 185.

¹²¹ Autor que sin duda es uno de los principales detractores del sistema vigente en España. Como lo expresa en cada uno de sus escritos más representativos sobre la materia:

- En su libro *la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria* señala que:

“Creo, efectivamente, ha llegado el momento de que nuestra doctrina aborde en profundidad el debate acerca de cuál debe ser el *fundamento* de la responsabilidad administrativa y cuáles deben ser sus *límites*, debe discutirse seriamente, teniendo muy en cuenta los condicionamientos económicos existentes y las *funciones* que se quieran atribuir a la responsabilidad de nuestras Administraciones públicas, si cabe mantener la responsabilidad una responsabilidad administrativa genérica como la actual o si resulta preferente (como ocurre —es preciso recordarlo— en los países de nuestro entorno cultural) reservarla sólo para determinados sectores de la actividad administrativa, convirtiendo a la responsabilidad por culpa en la regla general”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 40-41.

- Así mismo, defiende la conveniencia de acercar el modelo español al sistema italiano basado en la culpa.

MIR PUIGPELAT, Oriol. “La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 156. Septiembre-diciembre. 2001. p. 498.

- Posteriormente, su libro *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema* en presenta once argumentos por los cuales no se puede seguir sosteniendo la responsabilidad objetiva global de la Administración.

Ver MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. pp. 196-251.

- En la actualidad sigue defendiendo la importancia de introducir como regla general la presencia de la culpa o de la ocurrencia de un funcionamiento anormal del servicio público para que se genere la existencia de responsabilidad estatal.

MIR PUIGPELAT, Oriol. “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. Número 140. Octubre-diciembre. 2008. pp. 631-651..

¹²² “Así las cosas, creo que hay que introducir modulaciones en el sistema y pensar ir admitiendo la posibilidad de asumir una suerte de escala de la responsabilidad que conduzca hacia la matización de y graduación de un régimen hasta hoy absolutamente uniforme”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización imputación y causalidad*. Prólogo Tomás Font y Llovet. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 20.

¹²³ “La admisión del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración esta hasta tal punto generalizada que incluso la doctrina científica y jurisprudencial lo da por sentado en supuestos en que, evidentemente, se parte para admitir o rechazar la responsabilidad del incumplimiento por aquella, respectivamente, de un deber que le obliga a actuar”.

ENTRENA CUESTA Rafael. “Responsabilidad e inactividad de la administración: Notas para un intento de reelaboración”. En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2000. p. 1219.

¹²⁴ “La doctrina lleva, sin embargo, al límite la responsabilidad de la Administración, pues, incluso cuando se aprecia una falta personal del funcionario, el daño resultante se presenta como expresión del funcionamiento del servicio y, por ende, la imputación del mismo a la Administración no es excluye ni aún en la presencia del dolo penal”.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 636.

¹²⁵ “En fin llevado a puro cumplimiento de, el modelo de responsabilidad objetiva ocasionaría la banca rota del Estado, ya que con enorme frecuencia se puede encontrar un nexo entre los daños y perjuicios que los ciudadanos sufren en su vida cotidiana, con alguna acción u omisión que compete, directa o indirectamente, a una Administración Pública”.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 898.

La segunda, mucho más moderada, que está conformada por administrativas que consideran la necesidad de realizar cambios profundos, pero no creen que la única solución para fortalecer el régimen, sea cambiar a la culpa como fundamento del sistema, entre ellos se destacan: Alejandro Nieto¹²⁹, David Blanquer¹³⁰, Juan Santamaría Pastor¹³¹, Santiago Muñoz Machado¹³², Luis Martín Rebollo¹³³ y Jesús González Pérez¹³⁴.

¹²⁶ “Su vanguardia es tal que ha llegado incluso a considerarse que la cobertura del sistema es excesiva, reclamando un redimensionamiento de los supuestos de responsabilidad que modere la enorme carga que viene derivando sobre las arcas públicas [...]”.

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 465.

¹²⁷ “Un sistema constituido por un magro conjunto de reglas excesivamente parcas, que ofrecen respuestas monolíticas, que no tienen en cuenta la complejidad y diversidad de los problemas reales planteados ni la necesidad de darles soluciones matizadas, acordes con las circunstancias del caso. Una regulación demasiado vaga, que otorga amplísimos márgenes de apreciación a los Tribunales, que éstos no han sabido colmar con criterios jurisprudenciales estables, claros y determinantes, en detrimento de la seguridad jurídica”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 125. Enero-marzo. 2005. p. 66.

¹²⁸ “Pero no estaría completo este repaso del panorama actual de la responsabilidad de la Administración, sin nombrar a un minoritario, pero cada vez más numeroso, sector doctrinal, en el que por cierto nos incluimos, que viene denunciando desde hace algún tiempo el peligro de este sistema de responsabilidad”.

CASTAÑO SANCHO, Almudena. “La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contencioso-administrativa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 101. Enero-marzo. 1999. p. 128.

¹²⁹ “La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico, que ponga límites a su ambiciosa formulación inicial. Dentro de estos límites, quizá el más importante (junto con el de la conducta de la víctima y el grado de tolerancia -<<Zumutbarkeit>>- de determinados daños) sea el de la determinación de la relación causal precisa, de acuerdo con unos criterios técnicos: todo lo flexibles que se quiera pero precisos. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. Es importante, también, encontrar un punto de equilibrio, sin oscilar pendularmente, como hasta ahora lo viene haciendo la jurisprudencia en su casuística, entre desestimaciones que pueden parecer excesivamente rigurosas y estimaciones que también pueden parecer excesivamente generosas”.

NIETO, Alejandro. “La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 51. Julio-septiembre. 1986. p. 427.

¹³⁰ “Pero una cosa es establecer libremente esa proyección del principio de solidaridad, y otra distinta y equivocada es sostener que se trata de casos de responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos están constitucionalmente obligados a atender”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 184-185.

¹³¹ A continuación se citan las palabras del profesor Juan Santamaría Pastor en el Prólogo del libro de Javier de Ahumada:

“La reducción del conjunto de daños ha de efectuarse, pues, con arreglo a otros criterios que, a mi entender, deben consistir en la exclusión del deber indemnizatorio en los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos y limitando éste, por tanto, a los supuestos de funcionamiento anormal”.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 33.

¹³² “Sin embargo, el sistema presenta algunos defectos, debidos a una comprensión maximalista o exagerada de la objetivación, que merecen ser analizados y corregidos, porque producen, al aplicarse en la práctica, algunos resultados injustificables y técnicamente insostenibles”.

A pesar de las grandes diferencias que se presentan entre los representantes de cada una de las dos tendencias, coinciden en varias de las deficiencias del régimen de responsabilidad vigente en España y de esta manera, han cimentado fuertes argumentos críticos que exponen graves problemas entre los que sobresalen: 1. Fuertes incoherencias teóricas, 2. Ser una carga económica excesiva para la Administración, 3. Contravenir las verdaderas funciones de la figura de la Responsabilidad¹³⁵, 4. Contradecir el principio de la seguridad jurídica, 5. Producción de líneas jurisprudenciales muy peligrosas y 6. Al ser un sistema que no se presenta en el resto de Europa, cuando se busque la armonización legal; se dificultaría, porque las orientaciones europeas implantarán, sin lugar a dudas, un régimen basado en la culpa. Estos argumentos serán presentados a continuación.

3.1.1. Fuertes deficiencias teóricas.

Para el Doctor Mir Oriol Piugpelat “[...] tres son los grandes defectos que arrastra el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración española desde la LEF: excesiva generalidad, excesiva uniformidad y excesiva amplitud”.¹³⁶ Para los críticos del sistema estas tres características determinan la imperante necesidad de introducir modificaciones y para los sectores

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*. Segunda Edición. Madrid. Civitas. 1998. p. 32-33.

¹³³ “Pues bien, no se trata ahora de postular un cambio normativo que vuelva a hacer recaer el sistema en un criterio subjetivo, sino de adoptar metodológicamente la postura de analizar siempre y con carácter previo la existencia de o no de ese funcionamiento anormal en que la culpa (personal o de servicio) se traduce, según la fórmula legal”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. pp. 226-227.

¹³⁴ “Aunque existe una importante corriente favorable al mantenimiento del sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración, creo que puede afirmarse que domina la que considera insostenible el mantenimiento del régimen vigente a no muy largo plazo. Si la situación actual no es alarmante y asumida la cifra a la que se elevan indemnizaciones en el sector que más ha preocupado, como es el sanitario, se ha debido a que, pese a la normativa legal, la jurisprudencia se ha resistido a admitir la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos; pero la situación ha cambiado”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 54.

¹³⁵ La asignación de las funciones de la responsabilidad de las Administraciones Públicas son muy importantes porque de las que se seleccione dependerá en gran medida el enfoque y posterior interpretación que se le debe dar al sistema o modelo implantado en un ordenamiento jurídico determinado.

Las principales funciones siguiendo a María Ochoa se pueden agrupar en cuatro clases: 1. Función reparadora, 2. Función de prevención, 3. Estándar de control de calidad de los servicios y 4. Función demarcatoria.

OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 2005. pp. 110-118.

¹³⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 71.

más radicales, evidencia suficiente para dar el paso hacia un régimen basado en la idea de culpa para atribuir responsabilidad al Estado.

Estas graves falencias se originan al entender que la Administración al realizar su actividad de prestación de servicios públicos, debe responder si produce un daño, sin importar que su actividad se desarrolle dentro del funcionamiento normal o actúe de forma anormal. Fundamentándose en lo anterior, los enemigos del sistema concluyen que:

“En este sentido, cuando el daño lo haya causado una concreta persona física, lo único que deberá comprobarse es que ésta esté integrada en la organización prestadora del servicio o actividad, siendo a estos efectos irrelevantes que carezca de condición funcionarial, ya que se considera suficiente que la persona en cuestión lleve a cabo un ejercicio real de las funciones públicas. Siempre, pues, que el daño se presente <<externamente como expresión del funcionamiento del servicio>>, cabrá imputárselo a la Administración”.¹³⁷

En resumen, la responsabilidad objetiva española es demasiado amplia e insegura, al permitir que se le imputen al Estado un montón de supuestos por los cuales no debería responder al haber intervenido de acuerdo con los estándares exigibles, es decir en que haya actuado dentro del funcionamiento normal.¹³⁸ Esto sucede al no utilizar la presencia de la culpa como el elemento esencial del sistema para atribuir responsabilidad.

3.1.2. Carga económica excesiva para la Administración.

La Administración debe responder por los daños que cause, pese a esto debe ser consciente de sus limitaciones e implementar un modelo que sea practicable según sus realidades estructurales y económicas.

¹³⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 55.

¹³⁸ “Cuando la responsabilidad es objetiva, se deben indemnizar todos aquellos daños que se hayan causado (responsabilidad por acción) o que no hayan sido evitados –teniendo el sujeto llamado a responder el deber jurídico de evitarlos- (responsabilidad por omisión), salvo que exista culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, fuerza mayor, consentimiento excluyente responsabilidad o se trate de un daño justificado de forma expresa e indubitada por el ordenamiento,...”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. Número 140. Octubre-diciembre. 2008. p. 636.

Al repasar los argumentos en contra del régimen de responsabilidad español se nota la recurrente preocupación, por parte de la doctrina, en cuanto a que la aplicación de éste sistema sea una verdadera amenaza para el patrimonio del Estado¹³⁹, puesto que: “En fin llevado a puro cumplimiento, el modelo de responsabilidad objetiva ocasionaría la banca rota del Estado, ya que con enorme frecuencia se puede encontrar un nexo entre los daños y perjuicios que los ciudadanos sufren en su vida cotidiana, con alguna acción u omisión que compete, directa o indirectamente, a una Administración Pública”.¹⁴⁰

En este orden de ideas, algunos han advertido, al observar el régimen de responsabilidad patrimonial administrativa que: “Su vanguardia es tal que ha llegado incluso a considerarse que la cobertura del sistema es excesiva, reclamando un redimensionamiento de los supuestos de responsabilidad que modere la enorme carga que viene derivando sobre las arcas públicas [...]”.¹⁴¹

3.1.3. Funciones de la responsabilidad.

Para interpretar correctamente los postulados que orientan los principios de responsabilidad en un ordenamiento jurídico determinado, es fundamental entender cuáles son las verdaderas funciones que le atribuyeron los legisladores, para poderlas distinguir de otras figuras jurídicas como la seguridad social.

En este sentido, el sistema de responsabilidad español, se basa en principios que parecen ser más cercanos a un modelo de seguridad social que a uno que cubra los daños efectuados por el Estado, como lo explica el profesor Martín Rebollo: “El sistema asistencial es diferente del

¹³⁹ “Pero también tiene una importante desventaja que puede pesar tanto o más que aquellas: resulta esperable que la responsabilidad objetiva dé lugar a un mayor número de reclamaciones y, por lo tanto, pleitos”. DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? En *Revista de Administración pública*. Número 183. Septiembre-diciembre. 2010. p. 209.

¹⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 898.

¹⁴¹ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 465.

régimen de responsabilidad, aunque mantenga con él una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio cubre la responsabilidad”.¹⁴²

Esta inadecuada distinción hace que en la práctica se atribuyan supuestos que no deben ser reconocidos por responsabilidad del Estado, sino que deberían ser cubiertos por otro tipo de figuras jurídicas, como fondos de catástrofes o ayudas para personas en condiciones de desigualdad. “Pero una cosa es establecer libremente esa proyección del principio de solidaridad, y otra distinta y equivocada es sostener que se trata de casos de responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos que están constitucionalmente obligados a atender”.¹⁴³

3.1.4. En contra de la seguridad Jurídica.

El sistema de responsabilidad objetivo español es demasiado amplio y general, pretendiendo condensar un tema tan complejo en unas pocas normas; es así como, en la práctica dejan demasiado campo de actuación al operador jurídico, tanto que se pone en peligro el principio de seguridad jurídica, ya que no se sabe, ni siquiera medianamente, la orientación que contendrá la jurisprudencia.

Como lo afirma Luis Martín Rebollo: “Y es que el sistema español de responsabilidad pública resulta, sobre el papel, extraordinariamente generoso, aunque también inseguro, porque pivota en buena medida en valoraciones y conceptos muy abiertos e indeterminados (lesión, imputación por el funcionamiento de los servicios públicos, causalidad...) que dependen mucho de la interpretación del juez, de cada juez”.¹⁴⁴

Pese a esto, el problema no ha sido tan grave porque los jueces han logrado soluciones jurídicas adecuadas. “Pero, no obstante el criterio de prudencia que se va instalando en la aplicación de normas legales, la amplitud del régimen de responsabilidad que deriva de su letra

¹⁴² MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 233.

¹⁴³ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 184-185.

¹⁴⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 217.

provoca que los Tribunales resuelvan muchas veces en función de razones de mera equidad, creando una casuística tan variada que perjudica seriamente la seguridad jurídica”.¹⁴⁵

En síntesis se trata de “[u]na regulación demasiado vaga, que otorga amplísimos márgenes de apreciación a los Tribunales, que éstos no han sabido colmar con criterios jurisprudenciales estables, claros y determinantes, en detrimento de la seguridad jurídica”.¹⁴⁶

3.1.5. *El gran peligro que conlleva el sistema y su interpretación jurisprudencial.*

Las Sentencias judiciales han llevado la responsabilidad objetiva a un punto tal que se justificaría el reconocimiento de cualquier daño, aunque se haya producido dentro de los más estrictos parámetros de comportamiento adecuado de los funcionarios, lo que ha llevado a la producción de fallos incongruentes y desproporcionados, como se ha constatado claramente, en materia sanitaria¹⁴⁷, en el tema de urbanismo¹⁴⁸ y en el de inactividad.¹⁴⁹ De esta manera, se está ante un sistema acrítico que aplica sistemáticamente las normas, sin considerar su fundamento y sus posibles implicaciones.

En este sentido, “[l]a doctrina lleva, sin embargo, al límite la responsabilidad de la Administración, pues, incluso cuando se aprecia una falta personal del funcionario, el daño resultante se presenta como expresión del funcionamiento del servicio y, por ende, la imputación

¹⁴⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 898.

¹⁴⁶ DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 125. Enero-marzo. 2005. p. 66.

¹⁴⁷ “Someter a un régimen de responsabilidad objetiva un sector de actividad administrativa como el sanitario, en el que se producen daños constantemente —de forma imprudente o no imprudente—, puede generar un volumen indemnizatorio inasumible. Si hasta el momento ello no se ha producido, quedando la Administración sanitaria obligada a indemnizar sólo en los reducidos términos expuestos, ha sido porque la jurisprudencia no ha llevado casi nunca a sus últimas consecuencias el amplísimo sistema de responsabilidad previsto normativamente”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 38.

¹⁴⁸ Ver GONZÁLES-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V. Derecho urbanístico. Volumen II. Navarra. ARANZADI. 2008. pp. 1249-1281.

¹⁴⁹ “De esta forma se abre paso una abundantísima jurisprudencia en la que, con olvido del supuesto carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, en los casos de inactividad de la Administración exige, como requisito para reconocer el derecho a indemnización por los daños generados por aquella, el incumplimiento del deber de vigilancia, a la falta del servicio, a la obligación de velar por el respeto a la seguridad y a la integridad física de las personas, al incumplimiento del deber de establecer un servicio, a la omisión administrativa del deber del mantenimiento de una calle mal pavimentada, etc.”.

ENTRENA CUESTA Rafael. “Responsabilidad e inactividad de la administración: Notas para un intento de reelaboración”. En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2000. p. 1220.

del mismo a la Administración no es excluye ni aún en la presencia del dolo penal”.¹⁵⁰ Por lo que se ha creado una nueva línea jurisprudencial muy peligrosa.¹⁵¹

La sentencia del 14 de junio de 1991, ha sido uno de los estandartes de batalla más importantes de los contradictores del régimen de la responsabilidad, como lo denuncia el profesor Ramón Parada: “Apoyada en las fórmulas legales muy amplias y jaleada por la doctrina, la jurisprudencia ha ido muy lejos, tan lejos como la muy comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, en la que se condenó al Estado por la muerte de un paciente, al margen de que los cirujanos hubiesen actuado correctamente”.¹⁵²

En otros casos, para aminorar los efectos del sistema de responsabilidad objetiva, los jueces recurren a muy artificiosas construcciones jurisprudenciales que desvirtúan la institución de la responsabilidad objetiva, al fundamentar sus decisiones en la demostración del funcionamiento anormal del servicio público.¹⁵³ O en otras palabras, como lo denuncia, Luis Medina Alcoz: “Aunque la jurisprudencia suele afirmar la total irrelevancia del criterio culposo, normalmente se esfuerza en averiguar cuál era en el caso concreto el estándar de actuación elegible que revele si hay anormalidad y responsabilidad patrimonial”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 636.

¹⁵¹ “Se ha iniciado así una línea jurisprudencial que, ignorando por completo la exigencia legal del requisito de la imputación y apoyándose en consideraciones de equidad o solidaridad, ha declarado el derecho indemnizatorio de la víctima por la sola circunstancia de que el daño se ha producido en el marco de un servicio de titularidad pública. En esta línea, destaca la STS de 14 de junio de 1991 y destaca porque fue objeto de una feroz crítica por parte de un civilista, el profesor Pantaleón”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 178.

¹⁵² PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. pp. 630-631.

¹⁵³ “En cualquier otro caso, la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, sin apartarse de una ya consolidada doctrina, aun afirmando de entrada en sus resoluciones la existencia de responsabilidad, a tenor del carácter directo y objetivo tanto por funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, pasa a examinar posteriormente el tipo de actuación de la Administración –lícita o ilícita- en que se basa la petición de la indemnización. Demostrando en este sentido una gran insatisfacción argumental, pues no quedándose conforme con tan contundente afirmación, entra a examinar el fondo del asunto, es decir si ha habido funcionamiento normal o anormal del servicio”.

CASTAÑO SANCHO, Almudena. “La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contencioso-administrativa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 101. Enero-marzo. 1999. p. 129.

¹⁵⁴ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 214.

3.1.6. Seguir los postulados de la Unión Europea.

España desde hace mucho tiempo ha sido miembro de la Comunidad Europea, pero dicha unión también significa que debe cumplir una serie de objetivos y políticas comunes, entre ellas la de facilitar un régimen de derecho común al Europeo, para que las personas puedan negociar en las mismas condiciones y que las sentencias contengan las mismas directrices en todos los países miembros.

El modelo español, como lo hemos señalado continuamente, es una construcción doctrinal particular o extraña con relación a los demás países europeos, los cuales basan sus desarrollos jurídicos de responsabilidad sobre un criterio subjetivo, que valora la forma de actuar de sus agentes más que la producción del resultado. De esta manera, parte de la doctrina advierte que: “Poderosas razones aconsejan una aproximación, una convergencia de los regímenes de responsabilidad administrativa de los distintos Estados miembros de la Unión Europea”.¹⁵⁵

Por esto, algunos doctrinantes destacan “[...] la conveniencia de adaptar nuestro régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración al común de los Estados que integran la Unión Europea (que es también el propio de esta) aconsejan hoy en día afrontar una revisión legislativa de aquel”.¹⁵⁶

Dicho acercamiento traería muchas ventajas económicas, sobre todo para el desarrollo del mercado común y la garantía de la libre competencia. “Pero también desde una perspectiva política de profundización de la integración comunitaria, parece conveniente aproximar los respectivos ordenamientos en una materia tan importante y forjar, progresivamente, un Derecho común de la responsabilidad administrativa. No hay verdadera integración sin un régimen uniforme de garantías de los particulares frente al poder público”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. “La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 156. Septiembre-diciembre. 2001. p. 498.

¹⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 898.

¹⁵⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 68.

3.2. Argumentos para mantener la responsabilidad objetiva en España.

Otra parte de la doctrina considera que el régimen no necesita una reforma de fondo, sino que con algunas simples precisiones en puntos concretos sería suficiente para mantener la vigencia de la responsabilidad objetiva en España. Esta posición se ha fortalecido al sostener que el hecho de que se estudie la culpa en algunos casos concretos, no supone que deje de ser un sistema predominantemente objetivo. Entre ellos se destacan por ejemplo, Luciano Parejo Alfonso¹⁵⁸, José Bermejo Vera¹⁵⁹, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹⁶⁰, Villar Palasi, Leguina Villa¹⁶¹, Miriam Cueto Pérez¹⁶², Javier De Ahumada¹⁶³, Jesús Jordano Fraga¹⁶⁴, Margarita

¹⁵⁸ “Estas propuestas, que suponen no tanto un replanteamiento de los elementos arquitecturales básicos de la institución, cuanto un perfeccionamiento de su diseño concreto a partir de los mismos, deben sin duda compartirse en lo sustancial. De otro lado, la crítica efectuada desde la doctrina civilista, sin perjuicio de haber acertado en la denuncia de la desmesura de la situación en que ha abocado la evolución en la práctica de la institución y tenido el efecto positivo de revitalización del interés de la doctrina administrativista por la institución, debe relativizarse desde la consideración de la especificidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración [...]”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones Generales*. Barcelona. Editorial Ariel. 2003. p. 869.

¹⁵⁹ “En otros términos, que no nos encontraríamos ante un caso en el que, ante lo patético de las circunstancias, el juez fuerza la argumentación, sino ante una aplicación ortodoxa y generalizable de la regulación vigente en estos momentos. Si esto fuese cierto, si fallos como el de esta sentencia fuesen la consecuencia lógica e inevitable de nuestro sistema de responsabilidad, esa alarma estaría justificada”.

BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1327.

¹⁶⁰ “Por nuestra parte creemos, sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de los presupuestos técnico-jurídicos del sistema implantado hace casi medio siglo por la LEF podría ser suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido alguna vez la jurisprudencia, excesos que no alcanzan a nublar las virtualidades intrínsecas de aquel, ni llevan a desconocer el progreso que supone el principio básico en que se apoya”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 377.

¹⁶¹ “Este es, por tanto, el sentido y verdadero alcance real del sistema español de responsabilidad directa y objetiva de la Administración Pública. Un sistema que, pese a las implicaciones retóricas de que ha sido objeto (sin mayor trascendencia práctica en la gran mayoría de los casos) y pese a ciertos fallos judiciales extravagantes por notorio exceso (y también en algún caso por defecto) goza de una salud aceptable y es, en términos generales, razonablemente bien entendido por la inmensa mayoría de la doctrina científica y adecuadamente aplicado por los jueces. No hay razón suficiente, por tanto, para su revisión global en una dirección contraria”.

VILLA LEGUINA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. p. 680.

¹⁶² “Se ha hablado de la necesidad de limitar la responsabilidad de la Administración si no queremos llegar a una situación en la que lejos de beneficiar a los administrados, se les estará cargando con unos costes sociales muy elevados, sin que resulte nada claro hasta qué punto estarían obligados a contribuir a su soporte. En relación con esto, a nuestro juicio, la institución de la responsabilidad patrimonial estaba lejos de desbordarse”.

CUETO PEREZ, Miriam. “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la Reforma de la Ley 30/92”. En *Revista de Administración Pública*. Número 152. Mayo-agosto de 2000. p. 275.

¹⁶³ “En consecuencia, desde nuestra perspectiva lo criticable no es el régimen vigente en materia de responsabilidad, sino Sentencias como la comentada, que suponen un grave apartamiento del mismo”.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. pp. 78-79.

Beladiez Rojo¹⁶⁵, Pedro Rodríguez López¹⁶⁶ y Luis Medina Alcóz¹⁶⁷. A continuación se presentarán las réplicas que han efectuado, estos juristas, a las fuertes críticas realizadas por quienes consideran que el sistema necesita, cuanto menos, una muy detallada revisión.

3.2.1. No existen tales deficiencias y en caso de presentarse tampoco son relevantes.

El principal error en que incurren los detractores del sistema consiste en suponer que el sistema de responsabilidad objetiva en España, deja de lado el estudio de la culpa en cualquier actuación que origine la responsabilidad del Estado.¹⁶⁸ Sin embargo, como lo destaca Francisco de Ahumada “[...] la naturaleza objetiva del instituto resarcitorio no implica que, en orden a decidir si procede a declarar una concreta responsabilidad de la Administración, sea siempre irrelevante la diligencia o negligencia con que aquella ha actuado, o que no sea nunca necesaria la demostración de la existencia de culpa en la conducta de los agentes de la Administración”.¹⁶⁹

¹⁶⁴ “La Administración Pública no es un ciudadano más, es una *potentior personae*. Su poder de intervención sobre la sociedad justifica la garantía en favor de los ciudadanos que la responsabilidad objetiva representa. En un Estado Social los casos fortuitos sin culpa ni funcionamiento anormal deben colocarse bajo el manto de dicha garantía. Esto no sólo es razonable sino justo y, lo que es más importante, conforme con nuestra Constitución”.

JORDANO FRAGA, Jesús. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de noviembre 26 o inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones públicas”. En *Revista de Administración Pública*. Número 149. Mayo-agosto de 1999. p. 325.

¹⁶⁵ “La profesora Beladiez comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales. Pero la solución no está en deshacer el camino y regresar al reino de la culpa para reprochar conductas ilegales y castigarlas con indemnizaciones patrimoniales. La solución está en mantener el carácter objetivo del sistema avanzado en la tecnificación de sus elementos estructurales y, por tanto, en la más precisa fijación de sus límites”.

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid. Editorial Tecnos. 1997. p. 23.

¹⁶⁶ “Se persigue, pues, el mantenimiento de la integridad patrimonial de cada individuo frente a las posibles lesiones antijurídicas, es decir, no obligatoriamente soportables por el mismo. Desde este punto de vista, el régimen de responsabilidad consagrado por nuestro ordenamiento jurídico administrativo no puede ser más acabado y satisfactorio”.

RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria*. Barcelona. Atrielier. 2007. p. 37.

¹⁶⁷ “La extendida consideración de que la responsabilidad es patrimonial es globalmente objetiva ha generado la creencia de que el sistema prescinde de la imputación jurídica (del daño) como elemento que lo vertebra [...]”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona. Editorial Arazandi. 2007. p. 39.

¹⁶⁸ Esto, equivaldría a suponer que en los sistemas basados en la culpa, no se pueden presentar ningún supuesto que pueda originar responsabilidad del Estado de manera objetiva, es decir sin mediar culpa del Estado.

¹⁶⁹ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Arazandi. 2004. p. 56.

Así mismo, Eduardo Gracia de Enterría en el prólogo de la obra de Mir Oriol Piugpelat, la *Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*, es enfático al aclarar que:

“Debo decir, por de pronto, que en el ámbito de quienes redactamos el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, como en el de quienes, en general, después hemos expuesto el régimen vigente, hoy regulado en la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde no hace mucho, sin ninguna intervención de la Administración o de sus agentes, sino del legislador mismo, representante de la voluntad general”.¹⁷⁰

3.2.2. Carga para las arcas estatales.

Ante la gran preocupación de los detractores de la responsabilidad objetiva por las fuertes implicaciones económicas que tiene este enfoque, las cuales, a su parecer, no se han presentado simplemente porque no se ha aplicado el sistema. Los defensores responden que en la práctica no ha existido una verdadera crisis económica, porque no son una amenaza real; al mismo tiempo aclaran que el sistema se ha aplicado y lo que ha sucedido, sólo en algunas ocasiones, es que se han producido resultados indeseados como consecuencia de la mala interpretación jurídica.

De igual forma, apuntan que no es cierto, que la sola ocurrencia del daño origine la indemnización, esta al igual que en un modelo basado en la culpa, para que surja, debe cumplir con otra serie de requisitos, que permiten perfilar los casos en que verdaderamente se pueda reconocer la responsabilidad del Estado.

“De ahí que, en definitiva, muy frecuentemente las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional, acuden a las técnicas que permiten dulcificar la exigencia de la prueba del nexo causal, sin que esto esté entrañando una amenaza real para las arcas públicas en la medida en que es igualmente normal que se desestimen

¹⁷⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. p. 20.

las reclamaciones por ausencia de culpa u otra razón o criterio imputación subjetiva”.¹⁷¹ Con lo que en la práctica las Administraciones Públicas no se encuentran verdaderamente amenazadas patrimonialmente por casos de responsabilidad patrimonial.¹⁷²

3.2.3. Funciones de la responsabilidad.

Para los defensores del régimen, no es cierto que las funciones atribuidas al sistema español sean las mismas que orientan a la seguridad social; en vez de esto, como lo aclara García de Enterría la función de la responsabilidad “[...] está en la protección y garantía del patrimonio de la víctima; es lo que la cláusula general pretende, ante todo, preservar frente a todo daño no buscado, no querido, ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa”.¹⁷³ Se busca devolver al afectado a la situación que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, no se trata de una forma de aseguración universal o de un fondo para favorecer a algún grupo de la población.

Como lo explica Javier De Ahumada, de las ideas plasmadas en la exposición de motivos de la LEF de 1954, se puede afirmar que el principal objetivo de los creadores de la responsabilidad objetiva era la protección del patrimonio de los particulares¹⁷⁴; puesto que, la Administración puede soportar mejor estos daños que las víctimas.¹⁷⁵

¹⁷¹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona. Editorial Arazandi. 2007. p. 44.

¹⁷² “Entre nosotros, por lo demás, las aprensiones son hoy por hoy exageradas. Los supuestos reales de daños que han tenido acceso a los tribunales no son todavía excesivos, las sentencias favorables a la Administración siguen superando con mucho a los fallos de condena, las cifras de indemnización no son en absoluto alarmantes (en no pocos casos siguen siendo, por el contrario, notoriamente insuficientes), y las expectativas de cobro inmediato por las víctimas se desvanecen con demasiada frecuencia todavía ante la existencia de obstáculos y resistencias administrativas harto conocidos”.

LEGUINA VILLA, Jesús. *la responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Madrid. Editorial Tecnos. Segunda edición. 1983. p. 10.

¹⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 380.

¹⁷⁴ “Dicho régimen comportaba, en palabras textuales del Legislador, <<un injustificado privilegio de exoneración de la responsabilidad administrativa>> y, con ello la consolidación de verdaderas injusticias materiales; de ahí, precisamente la necesidad de instaurar un mecanismo resarcitorio de carácter objetivo, en virtud del cual no quedara <<sin su justa compensación la lesión acarreada, si quiera que fuese por motivos fundados, al particular>>”.

En estas palabras se aprecia claramente la voluntad del legislador de establecer, no un régimen indemnizatorio fundado en la solidaridad, sino un mecanismo resarcitorio que, basado en un criterio de estricta *justicia conmutativa*, hiciera eficaz la reparación de los derechos de los ciudadanos lesionados a resultados de la actividad administrativa”.

Otro argumento importante es expuesto por Miriam Cueto Pérez quien aclara que: “Sin embargo, ambos institutos jurídicos no deben ser confundidos; la responsabilidad por funcionamiento normal da derecho a indemnización cuando se hayan cumplido todos los demás requisitos que se exigen en la ley (...), mientras que las indemnizaciones encuadrables en las medidas de la asistencia social que adopte el legislador se basan simplemente en la solidaridad social”.¹⁷⁶

Como lo precisa María Romero: “A la vista de lo expuesto cabe concluir afirmando que el sistema de responsabilidad objetiva que preside la legislación general administrativa tiene su fundamento, como no podía ser menos, en el principio universal de la esfera jurídica de los ciudadanos frente al actuar de la Administración, sistema coherente con nuestro Estado Social de Derecho”.¹⁷⁷

3.2.4. Seguridad jurídica.

En cuanto al tema de la seguridad jurídica, afirman que siempre habrá un margen de apreciación del juez al subsumir la norma jurídica al caso concreto, pero esto no es una desventaja por definición, sino que implica la determinación de líneas jurisprudenciales más fáciles de aplicar por los jueces en los casos concretos y de esta manera, será mucho más fácil saber el posible resultado u orientación de las decisiones.

En este orden de ideas, para erradicar los excesos mencionados que puedan poner en peligro la seguridad jurídica, hay que tener una mayor rigurosidad en la constatación de cada uno de los requisitos que se necesitan para que surja el deber indemnizatorio. Por esto, no se puede

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 41.

¹⁷⁵ “Podiera pensarse que la responsabilidad objetiva es preferible desde esta perspectiva, en la medida en que hace recaer el riesgo de ciertos daños –los provocados por el correcto funcionamiento de los servicios públicos- sobre la Administración, que ordinariamente es menos adversa al riesgo que las víctimas y, por lo tanto, puede soportarlo mejor que ellas”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? En *Revista de Administración pública*. Número 183. Septiembre-diciembre. 2010. p. 209.

¹⁷⁶ CUETO PEREZ, Miriam. “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la Reforma de la Ley 30/92”. En *Revista de Administración Pública*. Número 152. Mayo-agosto de 2000. p. 276.

¹⁷⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María. “Lucro cesante y responsabilidad patrimonial de la administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 115. Julio-Septiembre. 2002. p. 445.

desconocer, como en ocasiones se le olvida a los operadores jurídicos, que “[...] para evitar posibles equívocos, en los que alguna vez ha incurrido la jurisprudencia, el elemento básico de que el perjudicado *no tenga el deber jurídico de soportar el perjuicio*, que es donde se encuentra, justamente, el fundamento necesario de su pretensión resarcitoria[...]”.¹⁷⁸

Adicionalmente, resulta imprescindible transcribir un párrafo de quien es sin duda uno de los padres de la responsabilidad objetiva española, quien sostiene que:

“Por nuestra parte creemos, sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de los presupuestos técnico-jurídicos del sistema implantado hace casi medio siglo por la LEF podría ser suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido alguna vez la jurisprudencia, excesos que no alcanzan a nublar las virtualidades intrínsecas de aquel, ni llevan a desconocer el progreso que supone el principio básico en que se apoya”.¹⁷⁹

Por último, se debe insistir en que la responsabilidad objetiva del régimen español no consiste en reconocer una indemnización automática por la producción del daño, es decir no es la observación causa-efecto para que se genere la responsabilidad o como lo concluye el profesor Javier De Ahumada: “Pero una responsabilidad que no surge por la causación de meros daños que el particular no esté obligado a soportar por no venir expresamente previstos en una Ley, sino una responsabilidad vinculada a la privación de verdaderos derechos o intereses legítimos jurídicamente protegidos cuya lesión, en efecto, el particular no esté obligado a soportar”.¹⁸⁰

3.2.5. Interpretaciones jurisprudenciales.

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 381.

¹⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 377.

¹⁸⁰ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 133.

No es claro, como pretenden hacer creer algunos autores, que se haya generado una nueva línea doctrinal de aplicación de la objetividad a ultranza, simplemente se trata de algunas sentencias, que realizan unas argumentaciones un poco artificiosas para llegar al resultado más adecuado y facilitar la carga de la prueba en algunos casos concretos.

Este tipo de decisiones han despertado una alarma en la doctrina, por ejemplo la polémica Sentencia del 14 de junio de 1991, que presenta un gran grado de conocimiento técnico en medicina, para entender si hubo o no un error del cirujano o este actuó adecuadamente en cada uno de los pasos o circunstancias que debió afrontar durante las intervenciones que se le realizaron al paciente.

Esta sentencia, para algunos, como lo ha señalado el profesor José Bermejo, no ha sido analizada a conciencia; al contrario, la doctrina española ha coincidido en repetir las conclusiones del profesor civilista Pantaleón.¹⁸¹ Otra aproximación a esta decisión permitiría sostener que, el fallo de los jueces no se produjo sólo por la causación del daño, sino por algunas anomalías o errores durante la ejecución del procedimiento médico.¹⁸²

En resumen, como lo aclara el Doctor Jesús Leguina Villa con su rigurosa precisión doctrinal:

“Hay en efecto, una larga serie jurisprudencial que, cual si se tratara de una estampillada y redundante cláusula de estilo procesal, reitera *ad nauseam* la incorrecta doctrina de la indiferencia entre el funcionamiento normal y funcionamiento anormal, a los efectos de la imputación del daño resultante. Reiteración cansina que a la postre resulta, sin embargo, más retórica que otra cosa, pues es la inmensa mayoría de los casos, tras esa aparente (y falsa) indiferencia, los jueces no condenan a la Administración, a menos que encuentren algún elemento de anormalidad con suficiente poder causal”.¹⁸³

¹⁸¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. En *Documentación Administrativa*. Número. 237-238. 1994.

¹⁸² “En consecuencia, nos encontramos ante una sucesión de errores que, con independencia de cuál pueda ser su calificación en Derecho penal y de la no concurrencia de culpabilidad del neurocirujano en sentido penal, perfectamente podrían haber sido calificados como funcionamiento anormal de la Administración. Sucede sin embargo que, casi siempre, a un paciente le resulta difícil probar el funcionamiento anómalo de un servicio hospitalario y más la relación de causalidad con las secuelas que le hayan podido quedar, y que un Tribunal contencioso-administrativo carece de auténticos poderes de instrucción”.

BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1330.

¹⁸³ VILLA LEGUINA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. pp. 675-676.

3.2.6. Comunidad europea.

La última gran preocupación de la doctrina, de las seis que se han presentado, consiste en que el sistema de responsabilidad objetivo español, no tiene acogida dentro del ordenamiento jurídico de la comunidad y es evidente que en Europa se acogerá un modelo basado en la culpa, como se establece en los demás ordenamientos jurídicos de la región. Así mismo, se dice que es un sistema mucho más garantista y que por ende no puede mantenerse, ya que esto significaría que las empresas buscaran el régimen más favorable y este sería el del Estado español.

Ante esto los defensores de la responsabilidad objetiva dicen que por ser el mayoritario no quiere decir que sea el mejor, como lo ha demostrado tantas veces la ciencia del derecho. Por otra parte no es definitivo que se tenga que homogeneizar un régimen común de responsabilidad para Europa, que se base sobre la culpa, se puede homologar en otro sentido más profundo y pertinente que consiste en que las orientaciones jurisprudenciales coincidan y así, se logra un verdadero régimen igualitario en todo el territorio.

También, las decisiones pronunciadas en España, en muchas ocasiones coinciden con otras que se construyen en los sistemas basados en la culpa, como lo destaca Luis Medina Alcóz:

“Así las cosas, aunque los Tribunales han venido declarando que la responsabilidad patrimonial de la Administración es puramente objetiva, no han condenado al resarcimiento del daño sino en presencia de un título jurídico de imputación, que se enmascara tras el requisito de la antijuridicidad (considerando antijurídico el daño cuando hay culpa, movilización de un riesgo específico o sacrificio) o el de la causalidad (apreciándola cuando hay culpa, desencadenamiento de un riesgo especial o sacrificio)”.¹⁸⁴

PARTE II. REQUISITOS VIGENTES PARA QUE SE ORIGINE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.

¹⁸⁴ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 177.

INTRODUCCIÓN.

Corresponde determinar cuáles son los requisitos necesarios para que se pueda originar la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones públicas españolas, según la legislación vigente sobre la materia.¹⁸⁵

El sistema de responsabilidad objetiva en España exige como elementos indispensables para que se pueda reconocer una indemnización la presencia de una lesión, la atribución de una actividad o inactividad a una Administración y la mediación de una relación de causalidad entre las dos anteriores.¹⁸⁶

La concurrencia de estos tres elementos, en la práctica, es bastante complicada de establecer y por ende, hay que ser muy riguroso en su justificación, so pena de desfigurar el verdadero sentido de la institución resarcitoria; debido a que, cómo se observará a continuación, en la interpretación de estos tres elementos es donde se producen las principales diferencias en cuanto a lo que realmente es el régimen objetivo del derecho español.

En todo caso se intentará presentar, de la forma más precisa, los argumentos de quienes crearon y desarrollaron el sistema; aunque en ocasiones, como es natural han sido fuertemente criticados por parte de la doctrina. En todo caso, es la manera cómo funciona el régimen de responsabilidad administrativa en España y por consiguiente, es necesaria su profunda comprensión, tanto para defenderlo como para atacarlo.

¹⁸⁵ Este tema es de gran importancia, ya que como lo explica Miguel Sánchez Morón: “La Administración es hoy, y cada vez más, la mayor empresa del país y su actividad se extiende progresivamente hasta afectar virtualmente a todos los sectores en que se desenvuelve la vida de los administrados. Los riesgos que produce la actuación de los entes públicos son, por tanto, enormes. De ahí que se imponga como imprescindible la fijación de unos criterios claros para discernir los supuestos en que el daño causado haya o no de ser indemnizado por la Administración”.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración”. En *Revista española de derecho administrativo*. Número 7. Octubre-diciembre. 1975. p. 647.

¹⁸⁶ “Los presupuestos básicos e indispensables como se deduce de la Ley y ha reiterado la jurisprudencia y el Consejo de Estado son que la lesión sea resarcible, es decir, que encaje en ese concepto, que exista relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio y el daño producido, y la ausencia de fuerza mayor”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 45-46.

En consecuencia, este apartado está dividido en tres partes que corresponden a cada uno de los elementos necesarios para que se pueda pretender una indemnización proveniente del Estado. Así, las subdivisiones serán: 1. La lesión y sus cuatro componentes; 2. la imputación a la Administración pública y finalmente, 3. la relación de causalidad.

4. LA LESIÓN Y SUS CUATRO COMPONENTES.

Introducción.

El concepto de lesión es un concepto jurídico indeterminado, de lo que se desprende que de la delimitación de su contenido dependerán, en gran parte, los desarrollos jurisprudenciales que se produzcan sobre la materia. Por esto, en España, al ser un modelo de responsabilidad objetiva la definición de lesión será “[...] el auténtico centro de gravedad del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde el punto de vista técnico jurídico”.¹⁸⁷

La definición de lesión difiere de otras nociones parecidas como el de daño, perjuicio, simple menoscabo o detrimento patrimonial. Consientes de esto, los juristas españoles han preceptuado que la lesión debe entenderse de tal clase que sea antijurídica y por esto, que la víctima no tenga el deber jurídico de soportarla¹⁸⁸. Esto es de extrema importancia, ya que “[...] sólo acudiendo al concepto estricto de lesión se puede ofrecer una solución correctamente fundamentada y argumentada frente a cualquier reclamación de responsabilidad”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 382.

¹⁸⁸ Esta última precepto ha sido desarrollado legislativamente en el artículo 141 de la LPC con las siguientes palabras: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Este artículo será estudiado con mayor detenimiento más adelante.

¹⁸⁹ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 168.

En palabras del profesor García de Enterría “[...] el concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la Administración) [...]”.¹⁹⁰

En este sentido se ha establecido que “la noción de la lesión indemnizable se nutre de dos elementos: daño y antijuridicidad del mismo. Es por ello, un perjuicio que el particular sufre en cualquiera de sus bienes y derechos (*art. 139*). Pero, además, un daño que el perjudicado <<no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. (*art. 141.1*)”.¹⁹¹

Partiendo de lo anterior, parece pertinente señalar que el concepto de daño es mucho más genérico (se podría definir como un simple menoscabo patrimonial), mientras que para hablar de la producción de una lesión indemnizable es necesario que en el daño concurren cuatro requisitos, los cuales están establecidos en los artículos 122.1 LEP¹⁹² y 139.2 LPC¹⁹³ que son: 1. Ser efectivo, 2. Evaluable económicamente, 3. Individualizado y 4. Antijurídico; en igual sentido, se puede observar la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por ejemplo, en la Sentencia de 21 de abril de 2005.¹⁹⁴ Debido a su gran importancia, cada uno de estos requisitos será analizado a continuación.

4.1. Lesión efectiva.

¹⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 385.

¹⁹¹ MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo 2*. Cuarta Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999. pp. 416-417.

¹⁹² Esta es la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

¹⁹³ Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992. (Modificada por la Ley 4 del 13 de enero de 1999).

El Artículo 139 en su numeral 2 del dispone: “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

¹⁹⁴ “Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

- a) La efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
 - b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia normal o anormal –es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieren influir, alterando el nexo causal.
 - c) Ausencia de fuerza mayor.
 - d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por la propia conducta”.
- Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de abril de 2005.

La primera de las características que debe tener la lesión para ser reconocida por la Administración es la de ser efectiva. Esto significa, según la doctrina española, que el daño debe concretarse en el mundo real; por tanto, no se pueden solicitar indemnizaciones que sean simplemente hipotéticas o basadas en supuestos, que nunca llegarán a producirse.

En ocasiones los hechos de la ocurrencia del daño son evidentes y en estos casos no se creará ninguna dificultad al momento de cotejar este requisito. En otras situaciones, sin embargo, los hechos sociales demuestran que la efectividad del daño no es tan fácil de determinar y ante esto, el derecho debe asimilar estas realidades y tratar de acercarse a la solución más defendible desde la argumentación jurídica.

De esta manera, con el transcurso del tiempo el concepto de efectividad se ha venido depurando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia incluyendo algunos eventos que a primera vista generan controversia. A continuación se hará una breve referencia a los casos más comunes:

- 1) Las primeras situaciones problemáticas para determinar el verdadero alcance de la lesión, se presentan cuando las consecuencias de la lesión no se exteriorizan de manera inmediata. En estos supuestos se ha planteado que aunque “[...] el hecho de que un resultado lesivo pueda evolucionar y empeorar con el transcurso del tiempo (como a veces ocurre con las enfermedades o lesiones físicas), no significa que sea un daño eventual, futuro o hipotético. En estas circunstancias el resultado lesivo es efectivo (“*certusan*”) aunque su alcance definitivo sea incierto (*incertus quantum*)”.¹⁹⁵
- 2) Los segundos casos que generarían incertidumbre se presentan cuando las personas sufren lesiones frente a unas expectativas o probabilidades con un claro porcentaje de

¹⁹⁵ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 186.

ocurrencia¹⁹⁶ y que en consecuencia, pueden ser considerados como intereses patrimoniales legítimos, ante lo cual el derecho debe reconocerlos y tratar de protegerlos por medio de un tratamiento diferenciado y es así como en “[...] ocasiones, las <<meras expectativas>> sí serán indemnizables, concretamente cuando hayan sido generadas fundamentalmente por la propia Administración”.¹⁹⁷ El fundamento de la anterior idea se encuentra en los principios generales de derecho administrativo y en el caso concreto, por ejemplo, en los de la buena fe y el de confianza legítima.

- 3) Otras situaciones que darían lugar a soluciones diversas son las concernientes a las anulaciones de actos administrativos o reglamentos, casos ante los cuales el artículo 142.2 de la LPC señala que la simple anulación en vía administrativa o judicial de actos o reglamentos administrativos no presume el derecho a indemnización. Es decir, para que se pueda presentar la responsabilidad patrimonial del Estado ante estos supuestos es necesario que se produzca una lesión real y determinable como consecuencia directa de la anulación.

4.2. Lesión susceptible de ser evaluable económicamente.

El segundo de los requisitos de obligatoria concurrencia para que se origine la Responsabilidad de las Administraciones Públicas es que el daño que se pretenda indemnizable sea susceptible de determinación económica. En otras palabras, que “[...] quien reclama la responsabilidad debe cuantificarlo, aunque dicha cuantificación puede diferirse al período de prueba o incluso en el proceso administrativo a la fase de ejecución de sentencia”.¹⁹⁸

Con fundamento en lo anterior se pueden reconocer cualquier tipo de daños, ya que su único requisito es que sean evaluables económicamente, lo que se traduce en que se pueden indemnizar los daños patrimoniales, los corporales y los morales. Los daños patrimoniales son los

¹⁹⁶ La teoría de la pérdida de oportunidad es tratado exhaustivamente en: MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona. Editorial Arazandi. 2007.

¹⁹⁷ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1251.

¹⁹⁸ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimosexta edición. Navarra. Civitas. 2005. p. 583.

que afectan directamente los bienes o servicios de las personas incluyendo sus legítimas expectativas; los morales hacen referencia a aquellas situaciones en que las personas sufren algún tipo de menoscabo o perturbación desfavorable en su situación psicológica por ejemplo, en su ánimo, honra, intimidad o en cualquier otro campo que tenga que ver con aspectos mentales y por último, los corporales son los daños consecuencias del dolor físico, disminución de las facultades motoras, pérdidas de partes del cuerpo, daños sobre órganos, entre otros.

Con relación al tema de la valoración económica hay que recordar simultáneamente que no todos los daños son igualmente sencillos de valorar patrimonialmente; en estas ocasiones, se les asigna un valor por medio de una ficción jurídica para tratar de compensar en cierta medida a las víctimas de acontecimientos desafortunados.

De esta manera, “[...] el requisito de la evaluación económica no presenta dificultad mayor cuando se trata de bienes o derechos reales sobre cosas materiales, porque su evaluación se determinará de ordinario por los precios del mercado de cosas análogas a la que ha perecido”.¹⁹⁹

Así mismo, resulta evidente que los daños más fuertes que pueden sufrir los administrados no son los patrimoniales sino los corporales o los morales, consientes de esto, los tribunales españoles empezaron a reconocer este tipo de daños²⁰⁰ y en consecuencia, “[...] la admisión inicial de la indemnización del daño moral se hizo en casos en que, junto al resarcimiento de los daños patrimoniales, el principio de indemnidad exigía la indemnización de otros perjuicios como el dolor físico o las perturbaciones anímicas. Se trataba, en consecuencia, de la admisión del *pretium doloris* como criterio complementario, pero no único, de determinación de la cuantía de la indemnización”.²⁰¹

En este momento resulta adecuado transcribir las ideas del profesor Luis Martín Rebollo quien tratando el tema de la evaluación de los daños morales resalta que: “El precio del dolor no

¹⁹⁹ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. pp. 639-640.

²⁰⁰ Sin embargo, “[...] la inclusión del daño moral como daño indemnizable tardó mucho en introducirse en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a pesar de la larga tradición civilista y penalista sobre el tema”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. p. 57.

²⁰¹ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1252.

es evaluable, pero en la tesitura de hacerlo hay que establecer pautas legales o, de no haberlas, una libertad estimativa que tendrá como referencias criterios. Y es que, en efecto, no es lo mismo la cuantificación del daño moral estricto que aquel otro que sí es directamente cuantificable y donde el establecimiento de pautas objetivas resulta, a la postre, discriminatorio”.²⁰²

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo italiano del 30 de enero de 2006 reconoce que:

“El resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris* carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que (...) siempre tendrá un componente subjetivo (...) debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes al caso (...) el daño moral, en sentido estricto, es independiente de las circunstancias económicas que rodean al perjudicado, ya que lo que se valora es algo inmaterial ajeno por completo a toda realidad física evaluable”.²⁰³

Algunos casos presentan complicaciones adicionales como cuando “[...] es la propia persona física la que sufre la lesión, plantea mayores problemas el tema de la evaluación económica”²⁰⁴ y sobre todo, en los casos en que se produce la muerte, ya que la indemnización recaerá sobre las personas más cercanas a la víctima y así, no podrá en ningún caso verse directamente beneficiada.

En la actualidad, “[...] en relación con los llamados derechos personalísimos y corporativos, la ausencia en ellos de un contenido económico obliga a los Tribunales a fijar una cuantía indemnizatoria de modo *discrecional*, procurando ofrecer una *justa compensación*; para lo cual se atiende a las circunstancias *personales* que se dan en la víctima del daño (de edad, de estado, etc.), al carácter de los daños (gravedad pérdida de facultades que comporta, incidencia en la vida de relación de la víctima) y a la duración (temporal o permanente) de las consecuencias lesivas”.²⁰⁵

4.3. Lesión individualizable con relación a una persona o grupo de personas.

²⁰² MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 60.

²⁰³ Tribunal Supremo. Sentencia de enero 30 de 2006.

²⁰⁴ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 367.

²⁰⁵ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. pp. 193-194.

Otro de los que requisitos que debe reunir el daño para ser resarcible es el de ser individualizado con relación a una persona o grupos de aquellas. Con esto el legislador pretende dos cosas: la primera, que el Estado no responda por daños que no tengan un perjudicado o víctima determinada y la segunda, es que se excluyan aquellos daños que sean generales o graven a un grupo muy amplio de ciudadanos, es decir se convierta en una carga colectiva (lo que haría imposible su protección patrimonial debido a los costos).

La necesidad de la individualización del daño se explica si se tiene en cuenta que “[...] si, en definitiva, el fundamento último de la responsabilidad patrimonial –como de la institución expropiatoria- es el principio de la igualdad ante las cargas públicas, es obvio que únicamente serán indemnizados los que afecten individualmente a una persona o grupo de personas y no lo que afecte con carácter general a todos los administrados”.²⁰⁶

Con base en los anteriores principios se observa que existe un amplio grado de indeterminación en cuanto al principio de individualización del daño, ya que permite la posibilidad de reconocer una indemnización a una persona o a un conjunto de particulares y por ende, es necesario encontrar un parámetro, diferente al simplemente cuantitativo, que permita llevar la norma a las situaciones concretas. En la práctica estos son los criterios más tradicionales para proceder a la individualización de un daño ante un caso concreto.

1. El primer y más importante baremo utilizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es “[...] que el perjuicio ha de consistir en un *sacrificio excesivo o especial* que recaiga sobre ciertas personas [...]”.²⁰⁷

2. Otro criterio de gran utilidad es del número de afectados con relación a un sector determinado o particular, porque “[...] sólo si el actuar de la Administración lesionara los derechos de algunos de los integrantes de dicho sector el daño sería indemnizable, mientras que si el daño

²⁰⁶ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 381.

²⁰⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 904.

afectara a la totalidad del sector no habría lugar a indemnización. En este sentido se manifiesta, de hecho, cierta jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial derivada de reglamentos”.²⁰⁸

4.4. Lesión antijurídica.

En los sistemas de responsabilidad objetiva, al no tener en cuenta la noción de culpa en la actuación por parte de la Administración, el requisito de la antijuridicidad reviste especial importancia convirtiéndose en el pilar fundamental del sistema y por ende el objetivo final será determinar cuando un daño es antijurídico. De esta manera, “[l]a antijuridicidad del daño no se conectaba ya, en el nuevo sistema, con el comportamiento o hecho ilícito del agente dañoso, sino con los efectos perjudiciales que éste podía provocar en la esfera patrimonial de la víctima”.²⁰⁹ Pese a esto, la inclusión de este concepto en la normatividad es bastante reciente remitiéndose a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992.²¹⁰

Para el profesor García de Enterría “[...] un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible *siempre que y sólo cuando* la persona que lo sufre *no tiene el deber jurídico de soportarlo*; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado”.²¹¹ La anterior definición permite afirmar que el sistema español se mirará la antijuridicidad en el perjuicio sufrido por la víctima y no en la conducta dañosa (a diferencia de como sucede en los sistemas de responsabilidad subjetiva o culpabilísticos) y que en caso de existir una justificación jurídica que sustente la acción administrativa, ésta no se deberá indemnizar.

²⁰⁸ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 197.

²⁰⁹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 132.

²¹⁰ En la Ley 30 de 1992 se hace referencia clara al requisito de la antijuridicidad, al utilizar la expresión *que no tenga el deber jurídico de soportar*:

Artículo 139 Numeral 3. “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 383.

Desafortunadamente, la jurisprudencia ha desconocido dichas orientaciones en algunos casos.²¹² Un ejemplo, de una interpretación correcta, que es la que se puede observar en la gran mayoría de los fallos, se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2002 donde en uno de sus apartes precisa que: “[...] no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración, el que debe de exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo. En definitiva, la antijuridicidad es un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la actividad dañosa”.²¹³

En este momento cabe preguntarse cuáles son las razones o supuestos que obligan al particular a soportar un daño producido por la Administración eliminándose la antijuridicidad y por consiguiente la indemnización proveniente del patrimonio estatal. Para esto se expondrán algunas de los casos más comunes presentados por los juristas españoles:

- 1) *Búsqueda del interés general*: Se debe empezar por recordar que uno de los fundamentos de la actuación administrativa y una de las principales razones que justifica la existencia del derecho administrativo, como un régimen paralelo al civil, es la búsqueda de la prevalencia del interés general sobre el particular. En este sentido, es claro que en general será jurídica la lesión producida “[...] incidentalmente como consecuencia de acciones emprendidas por la Administración por razones de interés general”.²¹⁴
- 2) *Derivado de la constitución, la ley o de acto o contrato legal*: Así mismo, resulta evidente que no serán antijurídicas las “[...] obligaciones constitucionales, que determinan el carácter jurídico de las limitaciones patrimoniales que conllevan: es el caso de los tributos,

²¹² “Es más, no es exagerado afirmar que, en la actualidad, aparte de la relajación en la exigencia de los presupuestos de la responsabilidad (tendencia que parece haber contagiado a todos los órganos jurisdiccionales), sólo puede decirse con cierta seguridad que fallará la jurisdicción española en los casos de claro funcionamiento anormal de los servicios públicos. Cuando, en cambio, el servicio haya funcionado correctamente, la vacilación sobre el destino que recibirá la demanda no es pequeña”.

OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 2005. p. 133.

²¹³ Tribunal Supremo. Sentencia de 3 de diciembre de 2002.

²¹⁴ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Décimo sexta edición. Navarra. Civitas. 2005. p. 582.

o de las prestaciones personales forzosas, como los deberes de colaboración que pueden imponerse en casos de catástrofe o calamidad pública”.²¹⁵ Tampoco se originará responsabilidad “[...] si es la ley la que impone al administrado el deber de soportar el daño, no nacerá el derecho a indemnización. Obviamente también existirá el deber de soportar el daño cuando dimanare de un acto o contrato ajustado a la ley”.²¹⁶

- 3) *Funcionamiento normal de los servicios públicos sin que se genere un riesgo elevado o violación del principio de igualdad ante las cargas públicas:* Cuando se está en el caso del funcionamiento normal de los servicios públicos las personas tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias generales de la actividad administrativa y para que surja la responsabilidad es necesario “[...] acudir a algún criterio adicional que haga indemnizable el daño, que lo sitúe por encima de los riesgos normales inherentes a la vida en sociedad, normalmente la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas”.²¹⁷ Es decir, sólo se generará responsabilidad patrimonial cuando la actuación administrativa genere un riesgo o peligro excepcional.
- 4) *Cuando no se presente un funcionamiento normal:* En los casos que se presente un funcionamiento anormal de los servicios públicos es claro que se puede producir con mayor posibilidad la antijuridicidad en el daño. En este punto se debe hacer referencia especial a que el artículo 121 de Constitución de 1978 establece que la responsabilidad del Estado en el tema de la administración de justicia sólo podrá surgir en los casos de funcionamiento anormal.
- 5) *La actuación respeta los principios esenciales del derecho administrativo:* El daño será antijurídico cuando la forma de actuar de la Administración contravenga algunos principios esenciales de la función administrativa, tales como la buena fe, la confianza legítima o la correcta actuación administrativa.

²¹⁵ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 468.

²¹⁶ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 439.

²¹⁷ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. pp. 1257-1258.

6) *El daño sea derivado de un hecho o circunstancia que no se hubiera podido prever según el estado de la ciencia o de la técnica en ese momento:* Se debe señalar que el Art. 141 con la reforma de la Ley 4 de 1999 determinó que: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos”. Lo que se traduce en la práctica como otro caso en que se presenta una lesión que no sería antijurídica.

7) *Actitud inadecuada del perjudicado:* “Pero puede venir el administrado obligado a soportar el daño cuando voluntariamente se coloca en la situación de riesgo”.²¹⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta indudable que “[...] hay *lesión* y, por lo tanto, responsabilidad de la Administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable efectivamente querido, o al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado”.²¹⁹

Finalmente, no se debe dejar de lado que en los casos más complicados para lograr la solución más justa se debe acudir a los principios generales del derecho administrativo y más concretamente la jurisprudencia debe recurrir a los “[...] criterios de razonabilidad, proporcionalidad o confianza legítima para determinar cuando un daño es o no antijurídico”.²²⁰

5. LA IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Introducción.

²¹⁸ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 446.

²¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 383.

²²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 903.

El segundo de los elementos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial las Administraciones públicas es la imputación o posibilidad de ser atribuido el daño al Estado, debido a su acción u omisión en un caso específico.²²¹ Para el profesor García de Enterría “[...] la imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y este”.²²²

En el ordenamiento jurídico español este requisito se encuentra normativamente consagrado en el numeral 1 del artículo 139 de la Ley 30 de 1992 al preceptuar que: “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Del contenido del anterior artículo se puede concluir que para imputar al Estado es necesario que se cumpla con dos requisitos que son: El daño se produzca dentro de la prestación de un servicio público y que haya sido consecuencia de la actuación u omisión de una de las Administraciones públicas.²²³

²²¹ En los casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas, para determinar si se puede imputar a la Administración el daño o se debe hacer los al particulares es necesario, como lo señala Santiago González-Varas, es complicado apriorísticamente y por ende, “[h]abra que indagar en la culpa <<in vigilando>> o <<in omitiendo>> a efectos de de estudiar la posible imputación del daño a la Administración en el caso concreto, en especial en aquellos supuestos en que, aunque la Administración ha dejado de actuar, debía hacerlo conforme al carácter público de la actuación”.

²²¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “La responsabilidad administrativa en los casos de <<colaboración de los particulares en el ejercicio de las funciones administrativas>>”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 123. Julio-septiembre. 2004. pp. 410-411.

²²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 390.

²²³ “Por ello para poder hablar de esa responsabilidad es imprescindible que se produzca esa imputación, pero evidentemente no toda actuación de los funcionarios —en sentido amplio— vincula a la misma, sino sólo aquella que éstos realicen en ejercicio de sus funciones como tales, y por tanto evidentemente de aquellos daños que ocasionen en su vida privada y no en el ejercicio de su actividad como funcionario, agente o autoridad de la Administración, no responderá ésta en principio, aunque, como se verá, la jurisprudencia ha introducido alguna excepción basada en la teoría del riesgo creado”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 59.

5.1. La noción de servicio público y la inserción del agente en la Administración.

Antes de entrar a analizar los títulos de imputación es imprescindible hacer una breve referencia a la noción de servicio público para poder determinar las personas que se integran al Estado y además, entender los casos en que se entiende que un agente hace parte o está inserto en la Administración.²²⁴

El concepto de servicio público, fundamental en cualquier tema de Derecho Administrativo, es una construcción de Derecho Francés que fue acogida por el Derecho español, aunque con sus propios matices, como claramente lo evidencia el profesor Fernando Garrido Falla:

“Ahora bien, en el momento actual tiene sus rasgos propios, que son la consecuencia, en primer lugar, de que el Derecho administrativo español, a diferencia del francés, no es una construcción doctrinal cerrada en su propio ordenamiento jurídico-positivo (por el contrario, aparte la francesa, las influencias de las doctrinas italiana y alemana son notorias); en segundo lugar, porque las propias exigencias de nuestro ordenamiento positivo han determinado un uso del concepto que, en algunos aspectos, difiere bastante del francés”.²²⁵

Una vez asumida la presencia de diversas vertientes doctrinales y reconociendo que ha sufrido con el transcurso del tiempo algunas precisiones, antes era mucho más restrictivo, hasta llegar a su formulación actual. Una muy acertada definición es la de Fernando Garrido Falla para quien el servicio público es un: “*«Servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial»*”.²²⁶

²²⁴ “Por tanto la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra de la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de imputación de responsabilidad civil a la Administración no se produce en <<aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda cualificación jurídica pública>>”.

NAVARRO MUNERA, Andrés A. “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 60. Octubre-diciembre. 1988. p. 604.

²²⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. “El concepto de servicio público en el Derecho español”. En *Revista de Administración Pública*. Número 135. Septiembre-diciembre. 1994. p. 7.

²²⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. “El concepto de derecho público en el Derecho español”. En *Revista de Administración Pública*. Número 135. Septiembre-diciembre. 1994. p. 21.

Ahora, se utiliza una noción amplia de servicio público que se ha traspasado a la responsabilidad de las Administraciones públicas, que es abiertamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como lo explica el profesor Martín Rebollo:

“El daño ha de ser *imputable* a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluida la fuerza mayor. A partir del común entendimiento de que la expresión servicios públicos se está empleando aquí en el sentido equivalente a actividad administrativa, ello supone que quedan incluidos en el ámbito del sistema los daños imputables a todo tipo de actuación (tanto formal como simplemente material) de la Administración, y tanto si dicho daño deriva de la acción personal, identificable y conocida de un empleado público como si trae causa de una acción u omisión anónima o intrínseca al servicio”.²²⁷

De las anteriores definiciones se puede determinar que por servicio público en sentido amplio se entenderá toda la acción, o la falta de esta, administrativa y en consecuencia comprenderá, las actuaciones ejecutivas, policivas, sancionadoras, judiciales, sanitarias, de cuerpos de seguridad, entre otros. O sea, la responsabilidad puede derivarse de la acción estatal sea material o de derecho y en ocasiones, de la misma inactividad u omisión.

No sobra recordar que en esta noción amplia están incluidas las actividades que la Administración realiza sometida al régimen de derecho privado o hasta en casos que el servicio sea prestado por particulares.²²⁸

En los casos de actividad es más fácil determinar el comportamiento del Estado, mientras que en la omisiones “[...] hay que valorar cuidadosamente si la inactividad administrativa es o no reprochable, pues no puede deducirse responsabilidad de la omisión de las actuaciones que no son exigibles de acuerdo con las leyes, con los medios de que la Administración está dotada y con

²²⁷ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”. En *Revista de Administración Pública*. Número 150. Septiembre-diciembre de 1999. p. 345.

²²⁸ “En resumen: en mi opinión, hoy en día la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos debe comprender: por una parte, a toda actividad de titularidad pública, tanto si la realiza un sujeto de Derecho Público o de Derecho Privado, y con independencia de que este último sea una empresa pública o no, pues la Administración también puede contratar con particulares su realización o prestación; y, por otra, a las actividades privadas que *objetivamente* puedan ser consideradas como actividad de servicio público”.
BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid. Editorial Tecnos. 1997. pp. 49-50.

lo que es razonable esperar de ella. En cambio, sí existirá la responsabilidad por actitudes pasivas claramente negligentes”.²²⁹

Una vez asumida esta definición extensa de servicio público, se debe tener en cuenta que el Estado es una persona jurídica y por ende, es necesario establecer qué personas naturales son capaces de crear responsabilidad del Estado.²³⁰ “La cuestión se resuelve ordinariamente con una interpretación amplia, *bastando* la circunstancia de que el agente de la Administración esté por uno u otro título, de una u otra manera, inserto en la organización administrativa para que a aquella se imputen los daños originados por el agente”.²³¹ Así mismo, se reconocen la actividad de particulares como fuente de responsabilidad del Estado, como los voluntarios que participan en programas del gobierno.²³²

Existen ocasiones en que los diversos ordenamientos jurídicos nacionales crean algunas excepciones como en el caso de los empleados de las Notarías, de las Cámaras Comerciales o los Registradores civiles, quienes pese a ejercer funciones públicas se rigen por regímenes de derecho privado. “En este tipo de supuestos es precisamente la no integración en la organización administrativa del sujeto que lleva a cabo la actividad el elemento que impide atribuir a la Administración dicha actividad; es el elemento, en definitiva, que permite excluir la responsabilidad de la Administración”.²³³

En síntesis, lo importante para la determinación de la responsabilidad en el derecho español va a ser el criterio orgánico, que supone que la persona o agente este inmerso en la organización estatal siendo parte de éste, sin importar cuál sea la función específica. En otras

²²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 909.

²³⁰ La noción de servicio público presenta especial importancia para señalar la jurisdicción competente en el tema de la responsabilidad en los países que no hay exclusividad del orden contencioso administrativo en la materia.

²³¹ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 634.

²³² Ver en España por ejemplo, la Ley 2 de 1996 del voluntariado.

²³³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 163.

ocasiones se utiliza el criterio funcional; pero, para esto, “[e]s preciso que entre la *función* asignada al agente y la conducta *lesiva* por él realizada exista una determinada relación”.²³⁴

Para cerrar es importante recordar la calificada opinión del profesor Martín Rebollo quien sostiene que:

“[...] para que la responsabilidad cumpla adecuadamente su papel profiláctico y garantizador su regulación no debe depender de las formas organizativas o de personificación que adopten instrumentalmente las Administraciones públicas, porque, además, el instituto de la responsabilidad forma parte, a mi juicio, del núcleo básico garantizador de los ciudadanos, que no es disponible y que debe ser el mismo cuando de la actividad de *entes públicos* se trata”.²³⁵

5.2. Títulos de imputación.

Los títulos de imputación se pueden clasificar de diversas maneras, en este trabajo, por cuestiones metodológicas, parece adecuado dividirlo en los casos de funcionamiento normal, de funcionamiento anormal, por la intervención de un riesgo, por sacrificio especial y por autoimputación.²³⁶

5.2.1. El funcionamiento normal como causa de imputación.

La responsabilidad objetiva, sin culpa o por funcionamiento normal como fuente de responsabilidad del Estado se ha implementado como regla general en España²³⁷. El fundamento de la responsabilidad sin falta en el ordenamiento español es “[...] el principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las

²³⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 172.

²³⁵ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 76.

²³⁶ El enriquecimiento injusto no es un título de imputación que origine la responsabilidad de las administraciones públicas, en estricto sentido y por ende, no será estudiado en este escrito.

²³⁷ Aunque, existen muchos autores que piensan que: “Los casos en que se reconoce la responsabilidad por el *funcionamiento normal*, son en la práctica, mucho menos numerosos. Pues, aunque en teoría la responsabilidad de la Administración es objetiva en nuestro sistema, es habitual que los órganos judiciales consideren que los perjudicados tienen el deber de soportar las actuaciones realizadas por la Administración cumpliendo la ley y la diligencia esperable”. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 910.

obras públicas”.²³⁸ En síntesis, haciendo referencia al derecho vigente en España, como lo expresa Ricardo Rivero Ortega: “La culpa, sin embargo, no es un presupuesto de la responsabilidad de la Administración en nuestro Derecho, que impide excluir del sistema los supuestos de normal funcionamiento de los servicios administrativos”.²³⁹

El funcionamiento normal de los servicios públicos se presenta cuando el Estado actúa con fundamento en los parámetros del ordenamiento jurídico o dentro de los que se espera utilice al realizar o dejar de efectuar sus funciones, pero siempre dentro de la búsqueda del interés general; sin embargo, dicha actuación produce consecuencias dañosas e indeseadas a los particulares. Por esto, se debe reiterar para evitar comunes equivocaciones interpretativas del modelo español que: “Cuando se produce un daño por el funcionamiento normal de un servicio público, y el particular tiene la obligación de soportarlo, no procederá la exigencia de responsabilidad a la Administración”.²⁴⁰ Esta anotación es bastante importante para no dejarse llevar por las fuertes afirmaciones de los detractores del sistema y darse cuenta, que existen una serie de requisitos adicionales en los casos de funcionamiento normal para conceder una indemnización.

Adicionalmente, se debe enfatizar en que “[...] *no es lo mismo el funcionamiento normal que el funcionamiento óptimo*. El funcionamiento normal es el que encaja en el estándar de eficacia que es *exigible* a la Administración; *no el que existe sino el que le es exigible*”.²⁴¹ De esta manera, como se ha tratado de rescatar en este escrito, resulta claro que no se puede pedir a todos los ordenamientos jurídicos el mismo nivel de eficiencia, sino que dependerá de las condiciones particulares de cada país; aunque, esto no quiere decir que no se pueda determinar exactamente que se puede esperar de la actuación de un Estado en concreto.

²³⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 94. Abril-junio. 1997. p. 183.

²³⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante*, Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración. Madrid. Editorial Tecnos. 2000. p. 227.

²⁴⁰ COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. Barcelona. Cuarta edición. Editorial BOSCH. 2007. p. 89.

²⁴¹ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 217.

Para cerrar estas ideas, sobre la responsabilidad en caso de funcionamiento normal del servicio público, es conveniente traer a colación la puntualización que hace el profesor Jesús Leguina Villa para quien:

“Según este título de imputación, es posible poner también a cargo de la Administración los daños injustos causados a los particulares por dos tipos muy concretos de actividades administrativas lícitas: de un lado, las medidas cusasiexpropiatorias que causan sacrificios especiales en el patrimonio de los particulares; y de otro, las actividades que, por motivos de interés general conllevan riesgos de daños accidentales o fortuitos [...]”²⁴²

5.2.2. *Funcionamiento anormal del servicio.*

El funcionamiento anormal del servicio público es la principal fuente de responsabilidad en los ordenamientos jurídicos occidentales, pues se ha consolidado como regla general para que el Estado esté obligado a indemnizar por sus actuaciones u omisiones. En este sentido, la presencia de la culpa es uno de los elementos indispensables para atribuir la responsabilidad a las Administraciones públicas y de esta manera, se estará ante un régimen de responsabilidad predominantemente subjetivo o culpabilístico.

Partiendo de lo anterior, el funcionamiento anormal no está tan sólo conformado por los comportamientos ilícitos de la Administración, sino que “[l]a anormalidad comprende también, y sobre todo, el funcionamiento ilegal, irregular o anómalo, o si se prefiere, el funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles”.²⁴³ En otras palabras, se producirá un funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando el servicio no ha funcionado, no lo ha hecho correctamente o la actuación se ha producido tardíamente; o sea, se ha llevado a cabo una actuación inadecuada o incorrecta en relación con los parámetros exigidos.

En este orden de ideas, resulta evidente la necesidad de que se fijen previamente los parámetros de funcionamiento para la Administración. Esto no es sencillo puesto que no pueden

²⁴² VILLA LEGUINA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. pp. 677-678.

²⁴³ VILLA LEGUINA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. p. 677.

ser generales, deben responder a las realidades sociales particulares de cada institución teniendo en cuenta el lugar y tiempo determinado en que se encuentran. Es decir, para su fijación se deben considerar factores externos a los normativos tales como la capacidad económica del país, su desarrollo económico, su organización socio-política, las funciones atribuidas al Estado y en síntesis, los medios disponibles a su alcance para cumplir sus objetivos.

Consientes de esto, principalmente en el Derecho administrativo europeo, al lado de los parámetros normativos y reglamentarios, se han venido implementado niveles de prestación o estándares de calidad un poco más determinables en las entidades administrativas por medio de las llamadas cartas de servicio, en las que aparecen sus objetivos, compromisos, funciones, etcétera.²⁴⁴

Adicionalmente, no se debe olvidar que “[...] el funcionamiento de los servicios públicos en sentido estricto no es la única circunstancia que puede generar daños y perjuicios, ya que estos también pueden derivar de *actividades técnicas* que no encajan con el concepto estricto de servicio público (de titularidad pública y regido por criterios de regularidad y continuidad en la prestación), así como de *actividades estrictamente jurídicas* (la responsabilidad derivada de un acto administrativo, o la creada por la aprobación de un Reglamento)”.²⁴⁵

Por otro lado, se debe señalar que la responsabilidad por funcionamiento anormal puede ser tanto porque el Estado haya actuado como por no haberlo hecho; pero, “[...] para que la simple inactividad sea una omisión y, por tanto, jurídicamente equivalente a la acción generadora de daño, han de darse dos requisitos: que al agente le fuese posible impedir el evento dañoso y que tuviese la obligación legal de hacerlo”.²⁴⁶

Para finalizar se referenciarán los supuestos de funcionamiento anormal del servicio público desarrollados por la jurisprudencia española, que han sido claramente mencionados por el

²⁴⁴ En España las cartas de servicio se encuentran reguladas en el Real Decreto 951 del 29 de julio de 2005.

²⁴⁵ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 213.

²⁴⁶ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1274.

profesor Jesús González Pérez que son los siguientes:²⁴⁷ Servicio público del agua; defectuoso estado o mantenimiento de las vías públicas y falta de vigilancia; defectuosa instalación de los establecimientos públicos o del sistema de vigilancia; actividades con respecto al transporte, Administración sanitaria, actuaciones policiales, accidentes durante el servicio militar y urbanismo.

5.2.3. Riesgo.

La actuación de la Administración genera ciertos riesgos que pueden producir graves daños, aunque se hayan tomado todas las medidas o precauciones pertinentes para lograr evitarlos.²⁴⁸ De esta forma, el Estado no debe ser ajeno a la regla general de “[...] que quien desarrolle una actividad peligrosa, generando un riesgo para los bienes jurídicos ajenos, y obteniendo con ello un beneficio, debería soportar un régimen de responsabilidad, cuanto menos, más exigente que el que afecta a las restantes actividades”.²⁴⁹

Sobre el tema el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de enero de 1999 sostuvo que: “[...] para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”.²⁵⁰

Profundizando en las construcciones doctrinarias, se observa como los riesgos se pueden organizar de diversas maneras, pero con el fin de lograr una mayor claridad metodológica se dividirán entre los que son irrelevantes y los que son relevantes para el surgimiento de la responsabilidad.

²⁴⁷ Ver GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. pp. 458-470.

²⁴⁸ “Debe resaltarse, además, que la afirmación del riesgo como título general de imputación no supone en absoluto la marginación de la culpa en el marco de las actividades intrínsecamente peligrosas. Responsabilidad por riesgo no es responsabilidad sin culpa sino responsabilidad *aunque no haya culpa*”.
MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 218.

²⁴⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “Responsabilidad de la Administración causados por el sujeto autorizado”. En *Revista de Administración Pública*. Número 155. Mayo-agosto de 2001. p. 47.

²⁵⁰ Tribunal Supremo. Sentencia de enero 28 de 1999.

5.2.3.1. Riesgos irrelevantes: Son aquellos supuestos de hecho que no generan la indemnización del Estado al entenderse que les falta un componente mayor de antijuridicidad. Entre éstos se deben incluir los riesgos generales, los insignificantes y el riesgo socialmente tolerado.

5.2.3.1.1. Riesgo general: El riesgo general será aquel que recae sobre toda la población en general, lo que hace muy difícil su individualización para demostrar quien se ve afectado particularmente. De reconocer estos daños estaremos en un sistema de seguridad social y no en uno de responsabilidad. “Por ejemplo, cualquiera de los pacientes ingresados en un hospital puede contraer una infección hospitalaria. A todos los motoristas, cuando llueve, la pintura empleada en la señalización de la carretera puede hacer que patine su motocicleta y ocasionarles un accidente”.²⁵¹

5.2.3.1.2. Riesgo insignificante: son aquellos riesgos que pueden llegar a concretarse pero su probabilidad de ocurrencias es una carga necesaria para lograr el cometido inicial de la actuación administrativa. González Pérez, siguiendo las orientaciones del Mir Oriol Puigpelat²⁵², precisa algunos ejemplos de riesgos insignificantes: “Como los creados por la velocidad de los vehículos con que acuden a prestar sus servicios los bomberos o la policía utilizando los medios acústicos idóneos para advertir al resto de los usuarios de la vía pública de que no se respetan las señales de tráfico –aunque la jurisprudencia no suele estimarlo así-; cerrar el tráfico como medida de control con las señalizaciones debidas..., y en el ámbito de la asistencia sanitaria, la receta de un medicamento a un paciente que sufre una reacción que no era presumible”.²⁵³

5.2.3.1.3. Riesgo socialmente tolerado: Como lo señala David Blanquer “[...] hay un tercer concepto que contribuye a delimitar el alcance del carácter objetivo de la responsabilidad

²⁵¹ BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid. Editorial Tecnos. 1997. p. 104.

²⁵² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 250-262.

²⁵³ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. pp. 478.

patrimonial de la Administración el riesgo socialmente tolerado”.²⁵⁴ El riesgo socialmente tolerado es aquel que pese a no ser del todo insignificante debe ser asumido por la colectividad y por ende, no indemnizable.

5.2.3.2. Riesgos relevantes: Para que el Estado esté obligado a responder por un riesgo, “[...] es necesario que la conducta sea objetivamente peligrosa porque sólo ésta tendrá aptitud para fundar un riesgo jurídicamente relevante en sede de responsabilidad”.²⁵⁵ Consciente de esto, Mir Oriol Puigpelat afirma que “[...] estaremos ante un riesgo no insignificante (existirá un funcionamiento peligroso del servicio público) cuando para el observador prudente [...], situado en el momento de la acción y dotado de los especiales conocimientos del agente administrativo al actuar, no parezca totalmente improbable que el funcionamiento del servicio produzca una lesión indemnizable”.²⁵⁶

Estos se subdividen en riesgo creado, aumentado, no disminuido y no consentido.²⁵⁷ Para que “[...] el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”.²⁵⁸ Además, hay que recordar que “[...] el riesgo que se tiene que haber creado por la actuación administrativa para que se pueda utilizar como criterio de imputación tiene que ser un riesgo específico, derivado directamente del servicio público concreto de que se trate en cada caso, y no basta el riesgo genérico”.²⁵⁹

²⁵⁴ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 193.

²⁵⁵ OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 2005. p. 190.

²⁵⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 261.

²⁵⁷ Ver MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 250-309.

²⁵⁸ BERBEROFF AYUDA, Dimitry y SOSPEDRA NAVA, Francisco José. *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*. Volumen II. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. p. 150.

²⁵⁹ DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín y otros. *Manual de responsabilidad pública*. Abogacía General del Estado. Director Joaquín De Fuentes Bardají. Madrid. Ministerio de Hacienda y Economía y Ministerio de Justicia. 2004. p. 121.

5.2.3.2.1. Riesgo creado o no insignificante: Es aquel riesgo que se origina por la actividad natural del Estado en la prestación de servicios públicos o en general en su búsqueda de la realización de interés general. Sin embargo, en ocasiones el servicio generará algún beneficio adicional para el Estado o un grupo particular de personas, causando un detrimento a otros y de esta forma, puede llegar a generar la responsabilidad del Estado. En síntesis, el Estado al realizar su función debe ser consciente de los riesgos que genera y responder por ellos.²⁶⁰

5.3.3.2.2. Aumentado: En ocasiones el Estado al prestar un servicio aumenta o eleva un riesgo en consecuencia una persona o un grupo de estas tiene que soportar un riesgo mayor sin recibir un beneficio mayor que la mayoría de la población y por ende, el Estado debe reconocer esta realidad y proceder a corregirla por medio de una indemnización.

5.2.3.2.3. No disminuido: El Estado en ocasiones está en capacidad de combatir para aminorar la presencia de un riesgo en desarrollo o por desarrollarse, en el caso de no hacerlo deberá responder por su omisión. Empero, “[...] si el funcionamiento normal del servicio se traduce en una disminución del peligro ya existente, el daño que pudiera ocasionarse del funcionamiento normal no sería indemnizable”.²⁶¹

5.2.3.2.4. No consentido: Este criterio ha sido diseñado por la doctrina y la jurisprudencia para los supuestos de responsabilidad médica o sanitaria, donde se ha preceptuado que para que desaparezca la responsabilidad del estado debe mediar el conocimiento informado del paciente.

Es así como, “[e]n el derecho de la responsabilidad extracontractual, por tanto, la medida del desvalor de la acción lesiva lo proporciona en gran parte la víctima. Su consentimiento, pues excluirá la valoración negativa de la conducta ajena”.²⁶²

²⁶⁰ “Como la responsabilidad de la Administración es objetiva, no es necesaria la presencia de la culpa. El criterio tiene que ser entonces el error, el funcionamiento fallido de servicio público. Siempre que exista error, imprudente o no, nos encontraremos ante un riesgo no permitido desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 303.

²⁶¹ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 474.

²⁶² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 304.

Como lo explica Jesús González: “[...] para que el consentimiento produzca el efecto de eximir a la Administración de la Responsabilidad, cualquiera que fuere la forma de manifestarse, es necesario que sea válido y que el hecho determinante esté dentro del objeto del consentimiento”.²⁶³ Con esto se pretende, por un lado, preservar la verdadera voluntad de la persona y por el otro, facilitar la prueba del consentimiento en los procesos de responsabilidad.

5.2.4. Sacrificio especial o ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

El sacrificio especial o “[...] principio de igualdad ante las cargas públicas actúa como cláusula de cierre del sistema. Se trata de actividades correctas de la Administración, pero que provocan consecuencias especialmente graves a determinados sujetos, haciendo recaer sobre ellos de forma desproporcionada el coste del avance social y de la mejora de los servicios”.²⁶⁴

El sacrificio que reporta para ciertos asociados hace que el Estado esté en la obligación de contrarrestar tal discriminación y tenga que utilizar fondos para que los afectados vuelvan a la situación que se encontraban antes de sufrir el perjuicio. Sin embargo, este sacrificio debe ser de tal magnitud que justifique la intervención del Estado.²⁶⁵

“El punto de vista de la teoría del sacrificio especial se concentra en este sentido en los perjuicios incidentales o contingentes que, de antemano, el legislador es consciente que producirá la concreción del supuesto de hecho reglado, precisamente porque el enunciado típico encubre un sacrificio especial, una quiebra al principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas”.²⁶⁶

²⁶³ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 483.

²⁶⁴ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1287.

²⁶⁵ “[...] para que un daño causado por la Administración sea indemnizable debe tratarse de un <<sacrificio especial>>, no tanto en un sentido cuantitativo (por referencia al número de sujetos afectados por el daño) cuanto en un sentido cualitativo (esto es, en atención a la gravedad e intensidad del daño)”.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 84.

²⁶⁶ OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 2005. p. 185.

Para cerrar, se debe seguir la importante precisión que realiza Javier de Ahumada en su libro sobre responsabilidad afirmando que: “Realmente la tesis del sacrificio especial no aporta criterios para poder discriminar que perjuicios deben ser indemnizados y cuáles no; ni aporta, por tanto, elementos que nos permita alcanzar la justicia en el caso concreto. Pero, además, y como el mismo Blasco Esteve reconoce, este criterio introduce una importante dosis de inseguridad jurídica”.²⁶⁷

5.2.5. Autoimputación.

Para evitar confusiones es necesario recordar que tanto la autoimputación como el enriquecimiento sin causa²⁶⁸ no son títulos de imputación de responsabilidad estatal. La autoimputación se refiere a la posibilidad que tiene la Administración, basada en los principios del Estado Social de Derecho, de crear un régimen especial para contribuir en la amortización de algunos daños que por sus características específicas, como gravedad, generalidad, impacto social, etcétera, ameritan la intervención por parte del Estado. Por esto, más que ser un caso de responsabilidad del Estado se trata de fondos comunes regidos por principios de solidaridad, para hacer frente a unas situaciones concretas.

La doctrina cita algunos casos de los se presentarán dos, al ser bastante ilustrativos de la naturaleza jurídica de esta institución, que no es precisamente, se debe reafirmar, de responsabilidad administrativa:

- “Así sucede en el supuesto de daños causados por la actuación de bandas armadas terroristas, aun cuando no exista causalidad entre la lesión patrimonial y los servicios públicos”.²⁶⁹ El régimen de solidaridad con las víctimas del terrorismo está contenido en el

²⁶⁷ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 87.

²⁶⁸ “Se añadía aún una cuarta causa, la del enriquecimiento sin causa, pero se han objetado a ella razones dogmáticas para no incluir el supuesto en la técnica de la responsabilidad, razones que es posible deban ser atendidas”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. (Prólogo: García de Enterría). Madrid. Civitas. 2002. p. 23.

²⁶⁹ PARAJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones Generales*. Barcelona. Editorial Ariel. 2003. p. 879.

derecho español en las Leyes 32 de octubre 1999, Ley 27 de diciembre de 2001 y Ley 30 de diciembre de 2002.

- “El Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, y la Ley 14/2002, de 5 de junio, establecieron sendos regímenes de ayuda a las personas que resultaron contagiadas de SIDA y por hepatitis C, respectivamente, a consecuencia de tratamientos realizados en el marco del sistema sanitario público antes de que estuvieran disponibles los medios técnicos precisos para prevenir la transmisión de dichas enfermedades a través de la sangre y productos hemoderivados”.²⁷⁰

Así mismo, el Estado está en capacidad de establecer límites a su responsabilidad de manera legislativa para casos realmente particulares que requieren un régimen verdaderamente excepcional. Esto se debe a la gran cantidad de funciones que se le atribuyen y que en ocasiones sería imposible realizarlas sin que se produjera algún tipo de daño menor a los particulares.

- “El más conocido –y frecuente, además, en el derecho comparado- de exoneración de responsabilidad por la prestación de servicios públicos es el servicio de correos”.²⁷¹ El régimen especial en el derecho español está establecido en el artículo 21 de la Ley 24 del 13 de julio de 1998.²⁷²
- Otro caso que nos presenta el derecho español es “[...] el Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio sobre Amnistía, estableciendo en la Disposición Adicional Primera que <<no procederá indemnización ni restitución alguna en razón de las sentencias penales o resoluciones, penas o sanciones administrativas comprendidas en la amnistía>> [...]”.²⁷³

²⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 441.

²⁷¹ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1279.

²⁷² “Art. 21. 1. El operador al que se le encomienda la prestación del servicio postal universal responderá económicamente, salvo casos de fuerza mayor, de la adecuada prestación de los servicios que lo integran, cuando los envíos se entreguen en régimen de certificado o de valor declarado.

2. El Gobierno fijará la cuantía máxima de la indemnización por la pérdida o deterioro de los objetos certificados, así como las cantidades mínimas y máximas en la que podrán asegurarse los envíos en régimen de valor declarado”.

²⁷³ DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín y otros. *Manual de responsabilidad pública*. Abogacía General del Estado. Director Joaquín De Fuentes Bardají. Madrid. Ministerio de Hacienda y Economía y Ministerio de Justicia. 2004. p. 180.

5.3. La responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas.

Con la ampliación de las funciones administrativas se han creado gran diversidad de instituciones para poder gestionar los servicios públicos en los diferentes niveles que se desarrollan dependiendo de las necesidades particulares de cada Estado²⁷⁴, simultáneamente dentro de cada uno de estos niveles han proliferado las instituciones administrativas y por ende, en múltiples ocasiones tienen que actuar en forma mancomunada o al menos simultánea. En estos casos puede ocurrir que se produzca un daño resultado de la participación de la Administración con otra u otras Administraciones.²⁷⁵

Este tema reviste de gran importancia en cualquier ordenamiento jurídico, ya que como lo destaca Santiago Muñoz Machado: “La buena aplicación de técnicas bien formadas para determinación de la responsabilidad de cada una de las Administraciones concurrentes en la producción del daño, es fundamental no sólo para ajustar bien las garantías que corresponden a los ciudadanos, sino también para no conmocionar al funcionamiento de las Administraciones públicas, descargando sobre una sola de ellas los efectos de una lesión producida en común”.²⁷⁶

Antes de concentrarse en el estudio del Artículo 140 de la Ley 30 de 1992²⁷⁷ modificado por la Ley 4 d 1999²⁷⁸, se debe recordar que son muy frecuentes los supuestos en que se presenta

²⁷⁴ En la actualidad existen diversos sectores de actividad como los supranacionales, los nacionales y los internos. (Estos últimos se presentan en formas de estado unitario, federal o regional y están muy relacionados con los principios de distribución de las competencias y de autonomía de la actuación administrativa).

²⁷⁵ Adicionalmente, es totalmente posible que una Administración Pública le cause un perjuicio a otra, como lo explica Alfredo Dagnino Guerra:

“De esta forma, el término nominal de «particulares» debe entenderse en el sentido de «lesionados» o «perjudicados», conceptos éstos, comprensivos, obviamente, de los sujetos privados, pero también de los sujetos públicos que, encontrándose en una posición jurídica similar a la de los particulares frente a otra Administración Pública, carecen de otra vía o forma específica de resarcimiento por los daños sufridos”.

DAGNINO GUERRA, Alfredo. “Sobre la aplicación extensiva de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños sufridos por entidades públicas”. En *Revista española de derecho Administrativo*. Número 92. Octubre-diciembre. 1996. p. 651.

²⁷⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*. Segunda Edición. Madrid. Civitas. 1998. p. 24.

²⁷⁷ “La jurisprudencia anterior a la Ley 30/92 relativa a supuestos de responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas es abundante, pero poco útil pues la tendencia general es a simplificar el problema, o más bien eludirlo, atribuyéndole toda la responsabilidad a una sola de ellas”.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. “La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas”. En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo II. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2000. p. 1707.

la responsabilidad concurrente entre los particulares y las Administraciones Públicas. El profesor Jesús González Pérez los agrupa de la siguiente manera: 1. El perjudicado ha contribuido con su conducta en la producción del daño, 2. Existencia de una relación contractual con la Administración Pública y 3. Cuando el tercero no tenga relación con la Administración Pública. Sin embargo, este escrito se concentra principalmente en los casos en que concurre la responsabilidad de dos o más administraciones y los otros supuestos serán abordados indirectamente.²⁷⁹

Como se ha venido anunciando, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 140 de la Ley 30 de 1992 desarrolla el tema de la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas en dos incisos que corresponden a diferentes supuestos:²⁸⁰

“Art 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas.

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.²⁸¹

²⁷⁸ “Tras el cambio político que se produce en el año 1996, y de acuerdo con los compromisos del programa de Gobierno, se impulsa y aprueba una reforma importante de la LRJPAC tendente a corregir sus principales deficiencias, que eran al tiempo los aspectos más controvertidos de su regulación.

En materia de responsabilidad, se introdujeron varios cambios: la exclusión de la indemnizabilidad de los daños imposibles de prever o de evitar; el cambio del verbo *podrá* por *deberá* en el diseño de la acción de regreso; la previsión de la actualización de la cuantía de la indemnización; y mejoras de la responsabilidad concurrente, para matizar la responsabilidad solidaria en aquellos casos de concurrencia de intervenciones sin fórmulas conjuntas de actuación formalizadas.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Capítulo IV. Responsabilidad concurrente (Art. 140 LRJPAC)”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 193.

²⁷⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre*. Tomo II. Cuarta Edición. Navarra. Thomson-civitas. 2007. p. 3290.

²⁸⁰ Para el profesor Luciano Parejo este artículo presenta ventajas y desventajas: “Del lado negativo cabe resaltar la técnicamente defectuosa redacción y la no contemplación ni de todos los supuestos posibles, ni de todos los problemas existentes; del positivo, la correcta solución (desde la perspectiva del ciudadano, que es aquí definitiva) del supuesto principal de producción por acción conjunta de dos o más Administraciones: la responsabilidad solidaria de todas ellas, de suerte que el particular pueda dirigirse contra cualquiera de las mismas para exigir de ella íntegramente la indemnización”.

En PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones Generales*. Barcelona. Editorial Ariel. 2003. pp. 879-880.

²⁸¹ La exposición de la Ley 4 de 1999 señala que la modificación presenta como características innovadoras que: “Por una parte, se amplía la regulación de la responsabilidad concurrente de diferentes Administraciones públicas previsto en el artículo 140, distinguiendo el régimen de las actuaciones conjuntas de otros supuestos de concurrencia”.

En la nueva modificación introducida por la Ley 4 de 1999 es interesante ver como “[e]l legislador hace eco de las críticas que había recibido la anterior redacción del artículo y sustituye la expresión <<fórmulas colegiadas de actuación>> por la de <<fórmulas conjuntas de actuación>>. Se decanta por extender la solidaridad a todos aquellos supuestos en que existe participación coordinada en la producción del daño”.²⁸² En todo caso, en la práctica, “[...] después de la reforma, siguió siendo regla general la de fijar la responsabilidad de cada Administración en la producción del daño, atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención”.²⁸³ Para mayor claridad en el tema resulta necesario seguir el análisis al respecto efectuado por el profesor Ricardo Rivero para quien:

“A partir de la sustitución de la infeliz fórmula de las actuaciones colegiadas por la (tampoco muy brillante, a mi juicio) de fórmulas conjuntas de actuación, deslindadas de otros supuestos de concurrencia en la producción del daño, se hace preciso clarificar y diferenciar cuándo nos encontramos ante *fórmulas conjuntas*, y cuando ante *otros supuestos de concurrencia*. Y tras este análisis plantear si efectivamente su régimen es distinto, o la concurrencia de la responsabilidad solidaria depende más bien de la imposibilidad de deslindar la que corresponda a cada una, mientras si este deslinde es posible - por estar formalizado o poder deducirse del papel respectivo de cada Administración - entonces no debe regir la responsabilidad solidaria (en ningún caso *ad intra*)”.²⁸⁴

En el inciso segundo, como lo destaca Tomás Cobo, se ha introducido una modificación al artículo 140, con lo que se debe tener claro cómo operará la responsabilidad según la relación que medie entre las Administraciones Públicas al realizar la actuación para la que se han reunido:

“La concurrencia de competencias hace necesario que para la gestión de determinados servicios actúen al mismo tiempo varias Administraciones Públicas, pero manteniendo cada una de ellas su propia personalidad jurídica y su individual responsabilidad. Son los supuestos encuadrados dentro de los convenios de colaboración que se suscriben entre Administraciones para gestionar servicios comunes, concurrentes o simplemente por la necesidad de una mejor gestión. Estarían en cambio

²⁸² MOROTE SARRIÓN, José. “La responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas”. En *Revista de Administración Pública*. Número 154. Enero-abril. 2001. p. 102.

²⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre*. Tomo II. Cuarta Edición. Navarra. Thomson-civitas. 2007. p. 3302.

²⁸⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Capítulo IV. Responsabilidad concurrente (Art. 140 LRJPAC)”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 194-195.

excluidos de este supuesto los consorcios que aunque puedan perseguir el mismo objetivo, por el contrario actúan con personalidad jurídica única, distinta a las Administraciones consorciadas”.²⁸⁵

Además, para la correcta interpretación de este artículo es conveniente recordar que dicho precepto está orientado hacia la protección patrimonial del particular, con lo que se busca que las Administraciones efectivamente indemnicen al afectado por su actuación u omisión y que concretamente las personas no se vean perjudicadas por la organización administrativa o que las entidades se escuden en la norma para tratar de evadir su responsabilidad.

En este orden de ideas, parece conveniente presentar la interpretación, propuesta por José Hernández Corchete según la cual: “Conforme a esta nueva redacción el art. 140 abarca cualquier daño causado por la acción u omisión de varias Administraciones, resultando indiferente la forma jurídica que conecte dichas actividades, o incluso que fueran completamente independientes. El elemento que determina la extensión del ámbito de aplicación de la nueva normativa es la simple concurrencia en la generación de perjuicios”.²⁸⁶ Partiendo de lo anteriormente expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- En todos los casos en que la actuación de las Administraciones públicas sea conjunta estas deben responder en forma solidaria por la obligación frente a la víctima.
- Se garantiza el pago de la deuda por medio de la existencia de diversos patrimonios que la respalden.
- El ciudadano puede demandar a una de las entidades intervinientes o a todas por la totalidad en la Jurisdicción administrativa.
- Aunque deje de existir la entidad que causo parte del daño, la indemnización no peligras porque puede demandar a otra Administración.
- Se puede demandar a cualquiera de las administraciones tanto en los casos en que se haya determinado la cuota de responsabilidad de cada organismo estatal como en los que no.

²⁸⁵ COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. Barcelona. Cuarta edición. Editorial BOSCH. 2007. pp. 126-127.

²⁸⁶ HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. “La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas”. En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo II. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2000. pp. 1710-1711.

- Tras la reforma de 1999 se incluyeron nuevas fórmulas colegiadas de actuación, que engloban toda una serie de herramientas de colaboración interadministrativas, entre las cuales se deben destacar: Los convenios, los consorcios, las sociedades mixtas y la encomienda de gestión.²⁸⁷
- En el caso de que se pueda determinar el porcentaje que corresponde a cada entidad quedarán las acciones que puedan ejercer la entidad que paga la totalidad contra la que no ha aportado.
- Para determinar la cuota que corresponde a cada entidad se puede recurrir a los criterios de competencia, interés público tutelado, intensidad de la intervención, cartas de servicio e inclusive al tan controvertido criterio de la culpa.
- En síntesis, ha de ser el Estado en su acepción más amplia quien responda en primera medida, lo que significa que el particular debe dirigirse a cualquiera de las entidades para que lo indemnice y posteriormente, se arreglarán entre ellas.²⁸⁸

Si se quiere profundizar jurisprudencialmente en el tema, siguiendo a Santiago Muños Machado, se debe afirmar que en España “[l]os *leading cases* de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Públicas, al menos para el particular gusto del autor de este estudio, son los resueltos por la Sentencia de 16 de noviembre de 1974 (Guinea I), la de 25 de enero de 1974 (aeropuerto de Ibiza), la de 12 de marzo de 1975 (novios de Granada), 2 de febrero de 1980 (falso terrorista) y 18 de julio de 1983 (Urquiola I)”.²⁸⁹ Resulta también oportuno citar al profesor Jesús Gonzales quien, basado en jurisprudencia reciente, sostiene que: “En principio, será responsable la Administración a la que pueda imputarse la lesión patrimonial causada (v. gr. S. 20 de abril de 2005. Ar. 4596. F. de D. primerio). Sólo cabe hablar de

²⁸⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Capítulo IV. Responsabilidad concurrente (Art. 140 LRJPAC)”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 196-201.

²⁸⁸ “Y ha de ser éste, el Estado, en su acepción más amplia, quien responda. El ciudadano debe poder dirigirse a cualquiera de las Administraciones intervinientes, la que le resulte más próxima, o considere más solvente, o intuya más responsable, para exigirle responsabilidades. Luego de indemnizar si procede, ésta será la que habrá de determinar con sus “todas” el reparto final de culpas”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Capítulo IV. Responsabilidad concurrente (Art. 140 LRJPAC)”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 214.

²⁸⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*. Segunda Edición. Madrid. Civitas. 1998. pp. 28-29.

<<responsabilidad concurrente>> cuando más de una Administración ha concurrido a la producción del daño”.²⁹⁰

Por último, siguiendo a Ricardo Rivero Ortega se debe destacar como la jurisprudencia recientemente emitida por la Audiencia Nacional el 14 de mayo de 2008 ha demostrado la gran dificultad en la que se encontraran los tribunales para determinar la existencia de responsabilidad concurrente y achacársela a alguna Administración en particular en los casos de concurrencia de entidades administrativas.²⁹¹

6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Introducción.

En este momento corresponde estudiar el tercero de los elementos para que se produzca la responsabilidad de las Administraciones públicas, que es la relación de causalidad entre la lesión y la imputación²⁹²; es decir, se pide que el daño se produzca como consecuencia o resultado de la

²⁹⁰ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. pp. 281-282.

²⁹¹ “Las sentencias más recientes sobre responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas nos demuestran lo difícil y controvertido que puede resultar, incluso para los tribunales, determinar la existencia de una responsabilidad administrativa y luego achacársela en algunos ámbitos a una u otra Administración.

Una de las más próximas en el tiempo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2008, es una buena muestra de estos problemas. En este caso, se trata de una reclamación de indemnización a la Dirección General de Costas a resultas de los daños sufridos por un bañista menor de edad que se zambulló en el agua clavándose un hierro hincado en el fondo”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Capítulo IV. Responsabilidad concurrente (Art. 140 LRJPAC)”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 193.

²⁹² “La relación de causalidad constituye sin duda uno de los temas clave de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Establecer los criterios por los que se puede atribuir a un ente público las consecuencias de un determinado hecho dañoso es una tarea indispensable para un correcto funcionamiento de la institución resarcitoria”. BLASCO Avelino. “La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 53. Enero-marzo. 1987. p. 99.

acción u omisión del Estado.²⁹³ Por consiguiente, la causalidad se debe constatar tanto en los sistemas de responsabilidad subjetiva como en los objetivos, aunque en los segundos aparecen mayores dificultades.²⁹⁴

La relación de causalidad se refiere a la comprobación de que una causa produzca un efecto.²⁹⁵ Esta verificación es muy complicada en la práctica porque en la vida real para que se ocasione un resultado concurren muchas causas, las cuales pueden ser determinantes o no.²⁹⁶ Así, la dificultad se concreta en buscar una teoría que permita seleccionar las diversas causas y atribuirles un valor aplicable a los casos que se quieran solucionar. Por todo lo anterior, “[l]a apreciación del requisito de la relación de causalidad es el que reviste mayores dificultades en un proceso judicial, debido al propio concepto de relación causal que se maneje para valorar cada

²⁹³ En el derecho español se encuentra la fórmula “...siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Ver Ley 30 de 1992 en el Artículo 139 numeral 1: “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

²⁹⁴ Para clarificar las especiales dificultades que presenta el tema de la causalidad en la responsabilidad objetiva española, se deben transcribir los siguientes párrafos:

El profesor García Enterría afirma que: “El problema está erizado de dificultades, especialmente en aquellos supuestos en que la responsabilidad se configura técnicamente al margen de la noción de culpa, pues en ellos, como el mecanismo de la imputación se simplifica al hacerse descansar sobre la mera titularidad de la empresa, servicio o actividad, o en la idea de riesgo creado, surge para los jueces, que se ven privados de apoyarse en la conducta del demandado para desestimar las acciones que consideran inoportunas, la tentación de negar –como lo ha observado Mazeaud- la existencia de un vínculo casual entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 403.

En igual sentido opina el Doctor Martín Rebollo quien explica que la fijación del nexo causal es una cuestión esencial, pero a la vez problemática “[...] porque muchos de los problemas que en los sistemas de responsabilidad subjetiva se analizan al hilo del concepto de culpa o negligencia se condensan en un sistema objetivo de responsabilidad, como el que rige entre nosotros para la Administración, en la relación de causalidad”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 87.

²⁹⁵ “Para que la responsabilidad surja es preciso que la lesión de cuya reparación se trata pueda ser imputada, esto es, jurídicamente atribuida a un sujeto distinto de la propia víctima. La imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño, en base a la relación existente entre aquél y éste”.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración”. En *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Madrid. Editorial Moneda y Crédito. 1977. pp. 690-691.

²⁹⁶ “Los problemas más interesantes acerca de la relación de causalidad se presentan posiblemente cuando el daño es producido por más de un hecho lesivo: si el daño es atribuible a un solo hecho, el problema se reducirá a determinar si efectivamente existe una relación de causa efecto entre uno y otro; pero si el daño es debido a un conjunto de hechos o factores, entonces el problema deviene más complejo porque habrá que determinar si todos ellos son conceptuales como causas, y en caso de que así sea, el juez deberá decir quién carga con el resarcimiento”.

BLASCO Avelino. “La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 53. Enero-marzo. 1987. p. 101.

hecho lesivo, que, por cierto, no es sino el resultado de un conjunto de hechos y situaciones que, en mayor o menor medida, tienen cierto poder causal”.²⁹⁷

El Tribunal Supremo ha aclarado, en varias ocasiones, en cuanto al requisito del nexo causal que:

“Entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa efecto, ya que la Administración –según hemos aclarado, entre otras, en nuestras Ss. de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001 y 13 de marzo y 10 de junio de 2002- sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización de la actividad administrativa”.²⁹⁸

A continuación se explicarán principales teorías para comprobar la existencia del nexo causal, no sin antes declarar que en el Derecho español han tenido especial acogida la equivalencia de condiciones y la causalidad adecuada.²⁹⁹ La elección de la aplicación de una teoría en particular repercutirá en la jurisprudencia que se emita por los jueces y tribunales.

6.1. Teorías para probar la relación de causalidad.

A continuación se presentarán de manera bastante concreta las principales teorías para probar la existencia del nexo causal o relación causa efecto entre un daño y un resultado que son: 1) Causalidad exclusiva, 2) Equivalencia de condiciones 3) Causalidad adecuada e 4) Imputación objetiva.

²⁹⁷ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Madrid. Thomson-Civitas. 2005. p. 386.

²⁹⁸ Tribunal Supremo. Sentencia de 9 de julio de 2002. Ar. 7648.

²⁹⁹ “La jurisprudencia española ha utilizado, sobre todo, estas dos: la causalidad adecuada, y la de la equivalencia de condiciones”.

MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo 2*. Cuarta Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999. p. 419.

“De todas formas, la dificultad no está en las diversas teorías formuladas sobre relación de causalidad, sino en identificar cuál de ellas es la que la jurisprudencia utiliza realmente para resolver sus problemas interesando por ello referirse a las de mayor aceptación: la equivalencia de condiciones y la causación adecuada”.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 641.

“La jurisprudencia se inclina mayoritariamente por esta última teoría (refiriéndose a la causalidad adecuada), pero también con frecuencia por la segunda (se trata de la equivalencia de condiciones), [...]”.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 911.

Las teorías de la causalidad exclusiva y la causalidad adecuada presentan un fundamento normativo o jurídico de la causalidad³⁰⁰ ; mientras que la equivalencia de condiciones y la imputación objetiva, como más adelante lo veremos, se construye sobre una relación natural o fáctica.³⁰¹

6.1.1. Causalidad exclusiva.

Los defensores de esta tesis sostenían que “[...] para que la Administración respondiera de los daños causados a alguna persona, estos debían haber sido causados por la exclusiva intervención de la misma; de manera que la concurrencia de una causa extraña a la actividad administrativa, cualquiera que fuera, liberaba a la Administración de su deber indemnizatorio”.³⁰² Fue así como “[l]os epítetos de directo, inmediato y exclusivo, fueron los que inicialmente definieron la vinculación causal que debía existir entre el funcionamiento del servicio público y el resultado lesivo, para que el mismo deba considerarse como resarcible”.³⁰³

Esta doctrina que orientó las primeras sentencias de responsabilidad exigía una relación directa, inmediata y exclusiva entre la actuación de la Administración y el efecto producido. Lo primero, porque solamente la Administración, en sentido estricto, podría ser imputada, lo segundo debido a que no podría producirse ninguna interrupción temporal y exclusiva, porque si se presentaba la ocurrencia de un hecho extraño como la intervención de un tercero o la colaboración de la víctima, el Estado no respondía patrimonialmente.

³⁰⁰ “Mantiene en efecto, una concepción normativa de la causalidad porque, en general, se resiste a creer que todo comportamiento que desde una perspectiva puramente fáctica, naturalística, sea causa de un resultado, lo sea también desde una perspectiva jurídica”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 69.

³⁰¹ “La relación causal es un puro fenómeno natural de la vida; es una *relación física* o material ubicada en la realidad objetiva”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona. Editorial Arazandi. 2007. p. 243.

³⁰² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 504.

³⁰³ BERBEROFF AYUDA, Dimitry y SOSPEDRA NAVA, Francisco José. *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*. Volumen II. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. p. 152.

La causalidad exclusiva presenta el gran defecto de ser marcadamente protectora de los intereses estatales en detrimento de la víctima, contradiciendo uno de los principios esenciales de la responsabilidad del Estado. Por otra parte, deja de lado muchos supuestos en que existe la causalidad concurrente en que el Estado debe contribuir en la indemnización o reconocer parte del daño en conjunto con un tercero o de la propia víctima.

En síntesis, esta teoría servía para evitar la responsabilidad del Estado en casos en que claramente debía indemnizar creando una ficticia interrupción del nexo causal por una intervención extraña, desconociendo las verdaderas implicaciones en la producción del daño que hubiese tenido la acción u omisión por parte del Estado.

6.1.2. Equivalencia de condiciones.

Es un planteamiento que sostiene que “[...] hay causalidad física cuando, representando idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera el hecho ilícito, resulta, lógicamente, que el daño no se habría producido”.³⁰⁴ Lo que se hace es suprimir mentalmente las condiciones para saber cuáles realmente influyeron en la producción del daño, sin calificar cada una de ellas con un valor diferenciado.

En términos de responsabilidad esta doctrina favorece la consecución de la indemnización, puesto que la acción “[...] puede ser ejercitada por la totalidad contra cualquiera de los sujetos concurrentes, incluida la Administración pública; o como mínimo, supone entender que se trata de una obligación mancomunada, y en consecuencia, ejercitable sólo por su cuota correspondiente contra cada sujeto concurrente o, si la interferencia es de la propia víctima, operando una compensación por culpas”.³⁰⁵

En cuanto a las consideraciones efectuadas por sus detractores se debe resaltar, como acertadamente lo hace el profesor Juan Santamaría Pastor, que ésta teoría se debe criticar por su:

³⁰⁴ MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona. Editorial Arazandi. 2007. p. 247.

³⁰⁵ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. pp. 1320-1321.

“[...] arbitrariedad, en la medida en que no discrimina la muy dispar relevancia que las diferentes causas concurrentes pudieron tener en el proceso de producción del daño, al tiempo que establece una suerte de solidaridad tácita entre todos los causantes del mismo, arrojando sobre el primero al que se demande la obligación de indemnizar, así como la carga de repetir contra los causantes del daño”.³⁰⁶

Para finalizar se debe resaltar la gran virtud que presenta la teoría de la equivalencia de condiciones, al favorecer la protección de los intereses patrimoniales de la víctima al garantizar la reparación del daño, con la posibilidad de recurrir a diversos patrimonios evitando que se pueda evadir la responsabilidad por insolvencia.³⁰⁷

6.1.3. Causación adecuada.

Esta propuesta surge para llenar los vacíos que presenta la equivalencia de condiciones al atribuir a todas las causas concurrentes el mismo grado de importancia en la ocurrencia del suceso, tratando de seleccionar las verdaderamente relevantes, en otras palabras: “La teoría de la causalidad adecuada aísla de entre los diversos acaecimientos que han podido concurrir a la producción del daño aquel que lleve consigo la mayor posibilidad o probabilidad de producción del daño, apareciendo como su causa generadora”.³⁰⁸

En este momento resulta importante destacar que esta doctrina incluye una diferente respuesta con respecto de la equivalencia de condiciones en los supuestos interrupción del nexo causal, por ejemplo en la actuación de un tercero o la culpa de la víctima y de esta manera, como

³⁰⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 504.

³⁰⁷ “El principio de garantía de la víctima, en función del cual se orienta toda la institución de la responsabilidad patrimonial, contribuye muchas veces a forzar al juez a prescindir del concepto de causa adecuada (en principio más razonable) para fundar su decisión en la tesis de equivalencia de condiciones (cuya consagración con carácter general sabe perfectamente que sería peligrosa”.

FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. “El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración”. En *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Madrid. Editorial Moneda y Crédito. 1977. p. 693.

³⁰⁸ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 512.

lo señala José Bermejo Vera: “Si aplicamos la teoría de la causalidad eficiente, estos supuestos supondrían la ruptura del nexo casual y, en consecuencia, la exoneración de la Administración de toda obligación de indemnizar”.³⁰⁹

En cuanto a sus críticas más comunes, que han hecho que no se imponga como única teoría sobre la de la equivalencia de condiciones se debe destacar que:

“[...] al perseguir también la reparación a ultranza del daño, obliga a soportar las consecuencias del daño a uno solo de los causantes del mismo, imponiéndole la carga de reclamar a los restantes la parte de la indemnización que les hubiera correspondido, en lugar de habérselas atribuírsela directamente al dañado; todo ello sin tener en cuenta que la determinación de una causa diversa es, en muchos casos, imposible o arbitraria”.³¹⁰

Por último, se debe recordar que la gran virtud de la teoría de la causalidad adecuada consiste en permitir acercarse a la causa adecuada, eficiente, próxima o verdadera del daño encontrando la razón de la ocurrencia que genera la responsabilidad.

6.1.4. *Imputación objetiva.*

Esta teoría surgida de la obra de Larenz, desarrollada posteriormente en materia penal, se separa de las teorías que sostienen que la comprobación de la relación de causalidad debe hacerse desde una perspectiva netamente fáctica (sin consideraciones jurídicas que puedan distorsionar las conclusiones a las que lleguen los jueces); al contrario, sostiene que la verificación de la causalidad es una cuestión eminentemente jurídica puesto que:

“[...] se trata de dar una calificación jurídica a un conjunto de <<hechos>>, con base en lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Pues bien, esto supone que, al relato fáctico, respecto del cual cada parte habrá de probar -en los términos señalados anteriormente- aquello que alega a favor de su pretensión, hay que añadir la ponderación jurídica que acredite la lesión en sentido estricto y simultáneamente el nexo de causalidad jurídica entre aquella y la Administración, que son los aspectos verdaderamente relevantes para estimar o desestimar la pretensión indemnizatoria”.³¹¹

³⁰⁹ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. pp. 1320-1321.

³¹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 505.

³¹¹ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 288.

La teoría de la imputación objetiva “[...] sólo procede a imputar un daño a la Administración cuando ésta, con su actuación, además de haberlo causado (además de que haya relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño), haya creado un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido de producirlo, y dicho riesgo –y no otro: fuerza mayor o intervención de la víctima o de un tercero- sea el que se haya realizado en el resultado lesivo”.³¹²

La tesis presenta la gran ventaja de permitir superar algunos defectos de las teorías de causalidad fáctica al lograr que, en ocasiones, se exonere al causante por consideraciones de carácter axiológicas.

Pese a sus ventajas, la teoría también es rechazada por un amplio sector de la doctrina administrativista quienes consideran que la causalidad es un hecho físico y no es necesario recurrir a engañosas matizaciones jurídicas. En este sentido, se debe recordar los planteamientos de Javier De Ahumada quien afirma que:

“Desde nuestra perspectiva se advierte, entonces, que el núcleo fundamental de la teoría de la imputación objetiva carece de fundamento jurídico-institucional alguno, mostrando un carácter tanto artificioso. Yo, desde luego, no acierto a comprender la posibilidad/necesidad de que por el aplicador del Derecho se niegue la <<imputatio facti>> (imputación objetiva, <<puesta a cargo>> de un daño a su autor), mediante el empleo de una serie de criterios <<normativos>>, respecto de alguien a quien, precisamente, y con carácter previo, se le ha considerado como <<autor del daño>>”.³¹³

6.2. Interrupción³¹⁴ o debilitación del nexo causal.

Existen situaciones en que se presenta concurrencias de causas que pueden tanto interrumpir como debilitar el nexo causal.³¹⁵ Se presentará interrupción cuando el hecho ajeno es

³¹² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002. pp. 282-283.

³¹³ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. pp. 247-248.

³¹⁴ Mir Oriol Piugpelat afirma que “[l]a expresión <<interrupción del nexo causal>>, tan extendida en la ciencia y la jurisprudencia administrativistas de nuestro país, es, pues, incorrecta, y está haciendo referencia, en realidad, a la interrupción (a la exclusión, mejor) de la imputación”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 239-240

adecuado para la producción del resultado sin la actuación del Estado y se estará frente a un supuesto de debilitamiento cuando la causa extraña influya pero no sea suficiente para que el daño se concrete sin la intervención de la Administración. En el primer caso, la Administración debe ser absuelta de indemnizar; al contrario, en la segunda hipótesis tan sólo se debe producir una reducción de la responsabilidad dependiendo del grado de participación de cada implicado.

Los supuestos que pueden producir interrupción o debilitamiento del nexo causal son: La concurrencia de la culpa de la víctima, la intervención de un tercero y la fuerza mayor junto con el caso fortuito situaciones que serán analizados en breve.

Antes de esto, hay que recordar que al ser un régimen de responsabilidad objetivo la carga de la prueba estará en cabeza del Estado³¹⁶ y no del actor como lo precisa la muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003 donde se preceptúa que:

“[...] el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración del Estado impone –según declaramos en nuestras sentencias de dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y ocho, quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve, nueve de abril y nueve de julio de dos mil dos- que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima para considerar roto el nexo de causalidad, corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”.³¹⁷

6.2.1. Concurrencia de la culpa de la víctima.

³¹⁵ “No obstante, no siempre la relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio y el daño causado aparece de forma clara y exclusiva, sino al contrario no es infrecuente que en la misma incidan otras causas externas, como la culpa de la víctima o el hecho de tercero, si bien no en todos los casos las mismas rompen la relación de causalidad y, por tanto, excluyen la responsabilidad patrimonial, sino que dependerá de cada caso”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 61-62.

³¹⁶ Es conveniente que la carga de la prueba de la ruptura del nexo causal esté en cabeza del Estado, debido a que la Administración posee una mejor posición frente a los ciudadanos y hay ocasiones, en que el particular no cuenta con los mecanismos para poder obtener fácilmente la prueba.

³¹⁷ Tribunal Supremo. Sentencia de 24 de febrero de 2003.

La intervención de la víctima puede que coadyuve en la ocurrencia del daño o puede que su presencia no influya en la relación causal.³¹⁸ Cuando la presencia de la víctima es determinante en la producción del daño, concurrencia de culpas, se producirá una repartición de la culpa entre la persona damnificada y la administración, lo que se traduce en una menor indemnización; en vez, cuando la culpa sea exclusiva del particular, simplemente no existe el nexo causal y el Estado debe ser declarado irresponsable patrimonialmente.

De esta forma, “[l]a cuestión se traduce, por tanto, en verificar la trascendencia en la conducta de la víctima en la producción del daño, en el <<comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que las circunstancias hayan sido determinantes de la lesión y la consiguiente obligación de soportarlas en todo o en parte>>”.³¹⁹

Este figura también opera en los casos de funcionamiento normal del servicio público en casos que comportan cierto peligro para los ciudadanos es causal de justificación que elimina la antijuridicidad el desplazamiento del riesgo a la víctima; puesto que, “[...] si el dañado se ha colocado previamente en situación ilegal o negligente y la Administración ha respetado frente a él los límites que circundan el funcionamiento lícito normal del servicio público, la acción administrativa dañosa está justificada porque el riesgo de sufrir el daño ha sido aceptado implícitamente por aquel”.³²⁰

La jurisprudencia más reciente sobre el tema ha repetido en varias ocasiones la idea de que la teoría de la exclusividad es inaplicable y por ende, no es necesario que tan sólo intervenga el Estado en la producción del daño, para que éste sea atribuido a la misma y tenga que responder patrimonialmente:

³¹⁸ “Como ya se ha advertido, en la relación de causalidad puede incidir la propia culpa de la víctima, si bien ésta puede moderar la responsabilidad o, incluso, excluir la misma”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 62.

³¹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre*. Tomo II. Cuarta Edición. Navarra. Thomson-civitas. 2007. p. 3249.

³²⁰ VILLA LEGUINA, Jesús. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007. p. 675.

“La tesis de la exclusividad en los términos en que viene proclamada por el recurrente no es admisible por cuanto la Jurisprudencia ha venido atemperando tal criterio en el sentido de que la potencial negligencia de la víctima no quiebra el nexo de causalidad, ya que la interconexión de la acción y omisión administrativa con el resultado dañoso no tiene necesariamente que ser exclusiva, pues la potencial coparticipación de la víctima o de un tercero, incluso en forma culposa, cuando es un mero aditamento no esencial de la conducta básica que revela, no rompe dicha conexión”.³²¹

Por su parte, el profesor José Bermejo Vera observa que la intervención de la víctima ha tenido un diferente tratamiento jurisprudencial cuando se está frente al funcionamiento normal o al anormal de los servicios públicos de la siguiente manera:

1. Funcionamiento normal: “Cuando se trata de un supuesto en que se reclama la responsabilidad por el funcionamiento *normal* de la administrativa pública, el Tribunal Supremo tiende a estimar que la culpa de la víctima rompe la relación de causalidad y, en consecuencia, excluye la obligación de la Administración pública de indemnizar los daños”.³²²

2. Funcionamiento anormal: “En los supuestos de funcionamiento *anormal* del servicio público, la tendencia es aplicar la técnica de la compensación de culpas, aminorando proporcionalmente la obligación de indemnizar de la Administración”.³²³ Sin embargo, esta disminución no se aplica cuando el comportamiento de la víctima haya sido intencional, muy grave o desproporcionado.

6.2.2. Intervención de un hecho de tercero.

Estos casos se presentan cuando un actor diferente del Estado o de la persona que sufre la lesión, influye en el desarrollo normal de los acontecimientos produciéndose un daño que no

³²¹ Tribunal Supremo. Sentencia de 13 de mayo de 1999. Ar. 4807.

³²² BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1321.

³²³ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1322.

ocurriría si no fuera por su mediación.³²⁴ En estos casos para proteger los intereses de la víctima se conserva la responsabilidad de la Administración.

En otras palabras, “[...] la jurisprudencia ha optado por negar que tal circunstancia fuera suficiente para romper el nexo casual, imponiendo a la Administración íntegramente el deber de indemnizar (ello se produce con especial regularidad en los casos en que los terceros causantes del daño son de difícil identificación); en definitiva, el punto de partida radica en la aceptación de una regla de solidaridad tácita entre los diversos causantes del daño”.³²⁵

Por ende, para salvaguardar los intereses del perjudicado “[c]uando la concurrencia se produce por la acción de la Administración y la de un tercero el reparto deberá hacerse en una fase posterior a la condena de la administración, por medio de la acción de regreso de que ella dispone”.³²⁶

Simultáneamente, se debe rescatar que cuando hay concurrencia de culpas, se debe recordar como acertadamente lo observa Javier De Ahumada que:

“Solamente deberá declararse la responsabilidad de la Administración por la totalidad de los efectos lesivos: a) en los casos en que su actuación baste por sí misma para imputarle la lesión cuya cuantificación equivalga a lo reclamado por el lesionado; y, b) en aquellos otros supuestos en que sea *imposible* llevar a cabo la cuantificación individualizada (en atención, esto último, a que sólo así quedaría a salvo el principio garantizador del patrimonio de la víctima inherente al instituto resarcitorio)”.³²⁷

En la práctica judicial cuando se presenta un hecho o intervención de un tercero, se ha sostenido que no se presenta el rompimiento del nexo causal exonerándose el ente público, sino

³²⁴ “Sin embargo, en la relación de causalidad no sólo puede interferir con distintas consecuencias, como se ha visto, la culpa de la víctima, sino que también el hecho de un tercero, que al igual que en el caso anterior puede moderar o incluso excluir la responsabilidad”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 65.

³²⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 506.

³²⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 94.

³²⁷ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 351.

que simplemente suaviza el deber por parte de la Administración pública que contribuyó a generar el perjuicio. Como lo ejemplifica, la Sentencia de 20 de marzo de 2003 donde el Tribunal afirmó que: “En estos supuestos de concurrencia de conductas en la causación del daño la solución jurisprudencial es la moderación de la responsabilidad imputable a la Administración en base a la concurrencia de culpas”.³²⁸

6.2.3. Caso fortuito y fuerza mayor.

En esta parte del escrito se hará una breve referencia a la definición de fuerza mayor en el ordenamiento jurídico español³²⁹, pero para hacerlo es necesario previamente compararlo con el caso fortuito y poder distinguirlos con claridad.

6.2.3.1. Diferencia doctrinal entre caso fortuito y fuerza mayor: Para la distinción de estos dos definiciones se deben transcribir las ideas del Doctor Martín Rebollo quien sostiene que: “La diferencia entre los dos conceptos está en que, aunque ambos apelan a un evento indeterminable e impredecible, el caso fortuito se refiere un suceso interno al servicio de que se trate, en tanto la fuerza mayor se interpreta como algo exterior y ajeno: un rayo, un terremoto, un temporal, una inundación excepcional, etc”.³³⁰ Como se puede observar dichas definiciones corresponden a las efectuadas por los civilistas clásicos, para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, que se han adaptado al derecho administrativo al adecuarlos al funcionamiento del servicio público.³³¹

³²⁸ Tribunal Supremo. Sentencia de 20 de marzo de 2003. Ar. 2820.

³²⁹ “Finalmente, y como se deduce de la propia CE (art. 106.230) el vínculo entre la actuación de la Administración y el daño desaparece cuando se trata de supuestos de fuerza mayor, es por tanto una causa de exoneración de esa responsabilidad, que evidentemente deberá apreciarse en cada caso concreto. De este modo, la presencia de la fuerza mayor no supone negar la existencia del daño sino simplemente la falta de relación de causalidad, de ahí que se estudie en este punto.

La fuerza mayor viene entendiéndose como la causa extraña a la organización administrativa que no es previsible o que aún siéndolo es inevitable. Por ejemplo, supuestos de catástrofes naturales, aunque precisamente por ello no resulta frecuente encontrar supuestos de fuerza mayor”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 68.

³³⁰ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 97.

³³¹ “El Consejo de Estado delimita el concepto de fuerza mayor en los términos siguientes: <<Acontecimientos insólitos o extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio>> (Dictámenes de 29 de mayo de 1970 y de 28 de marzo de 1974); <<aquel suceso que no hubiera podido preverse o de ser previsto fuera inevitable, que haya

Aunque, como lo precisa José Bermejo Vera, la distinción tradicional debe ser cuidadosamente trasladada al Derecho Administrativo o más exactamente sostiene que:

“Esta distinción, meramente teórica en el momento en que fue formulada, tiene una gran relevancia en un sistema de responsabilidad objetiva. Su importancia es, sin embargo, mucho menor en los sistemas de responsabilidad basados en la culpa: ni el caso fortuito ni la fuerza mayor pueden, como es lógico, imputarse al autor aparente del daño. Esto hace que la elaboración teórica civilista de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, que responden a necesidades distintas, no siempre coincida con la utilizada en el campo jurídico administrativo”.³³²

Sobre el tema del caso fortuito, basta sostener que “[...] la clave de su significado, a los efectos de una posible imputación de la responsabilidad patrimonial, está en la necesidad de aplicar la solución de equilibrio más conforme con los criterios de justicia conmutativa, y, también, y en definitiva, en tener en cuenta que lo que se plantea en el caso fortuito es ante todo una cuestión de prueba”.³³³

6.2.3.2. Tratamiento jurídico de la fuerza mayor en el derecho español: Se debe recordar que “[...] la fuerza mayor, consiste según la doctrina dominante, en un acontecimiento que tiene lugar ex post facto, que es de naturaleza externa y que, por lo tanto, ocurre más allá de la esfera de control del afectado”.³³⁴

Conscientes de la importancia que tiene este concepto jurídico dentro del régimen de responsabilidad objetiva, “[j]urisprudencialmente viene entendiéndose que la fuerza mayor, como elemento dispensador y excluyente de la responsabilidad patrimonial, debe reservarse para

causado un daño material y directo que exceda visiblemente de los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación”.

COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. Barcelona. Cuarta edición. Editorial BOSCH. 2007. p. 83.

³³² BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001. p. 1326.

³³³ DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 223.

³³⁴ ESTEVE PARDO, José. “La protección de la ignorancia exclusión de responsabilidad por riesgos desconocidos”. En *Revista de Administración Pública*. Número 161. Mayo-agosto de 2003. p. 73.

acontecimientos realmente imprevisibles e insólitos, esto es, extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada servicio o actividad”.³³⁵

El desarrollo normativo del derecho español excluye textualmente la responsabilidad administrativa en los casos de fuerza mayor en el artículo 106.2 de Constitución³³⁶, en el artículo 139.1 de la Ley 30 de 1992³³⁷ y se mantuvo en la Ley 4 de 1999.

Así mismo, es necesario resaltar la importante modificación introducida por la Ley 4 de 1999 donde se pretenden matizar algunos supuestos de fuerza mayor:³³⁸

“Artículo 141. Indemnización. 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este artículo busca aminorar los posibles riesgos que puede desencadenar una equivocada interpretación jurisprudencial en los casos de funcionamiento normal de la actividad médica sanitaria, en los que teóricamente se podría reconocer una indemnización porque la responsabilidad en el Derecho español es objetiva.³³⁹ En todo caso, la jurisprudencia parece estar correctamente encausada al afirmar que: “[...] no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba en el caso – y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendía que hacer la Administración”.³⁴⁰

³³⁵ GARRIDO MAYOL, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Valencia. Tirant lo blanch. 2004. p. 85.

³³⁶ Constitución Española. Art. 106. 2. “2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

³³⁷ “Art. 139. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

³³⁸ La exposición de la Ley 4 de 1999 señala que: “En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad y, en beneficio del afectado, se prevé la actualización de la cuantía de la indemnización”.

³³⁹ El caso que más polémica ha suscitado fue la Sentencia del 14 de junio de 1991. Despertó una fuerte serie de críticas y consolidó los argumentos de los detractores del régimen de responsabilidad objetiva; sin embargo, otros autores señalan que dicha interpretación no presente ninguna amenaza, como se presentó previamente.

³⁴⁰ Tribunal Supremo. Sentencia 1999. Ar. 6145.

Se debe reparar en que el inciso introducido ha sido fuertemente criticado por la doctrina, por ejemplo José Esteve Pardo destaca su preocupación en el sentido de que: “Será una decisión política, sin margen de reacción o recurso alguno para los afectados salvo la eventual y compleja revisión de constitucionalidad si se quisiera advertir una vulneración del principio de igualdad en el caso de que las leyes dispensaran un tratamiento infundadamente diferenciado a los afectados por daños cuyas características comunes son las contempladas en el artículo 141.1”.³⁴¹

En igual sentido, Jesús Jordano al analizar el numeral 1 del artículo 141 opina que:

“Por todas estas razones, creemos que la nueva regulación contradice de modo frontal el artículo 106 CE. Su base filosófica puede ser aceptable en parámetros civilistas, pero no en los del Derecho administrativo nacional. La exclusión única de la fuerza mayor consagra constitucionalmente un sistema de responsabilidad objetiva y esa decisión constitucional no puede ser desvirtuada por el legislador. El legislador, frente a la instauración posible —*no necesariamente deseable*— de un sistema limitativo pero respetuoso con los fundamentos constitucionalizados, ha operado en esa dirección por la vía indirecta de la identificación de nuevos supuestos de «fuerza mayor»”.³⁴²

CAPÍTULO II. PRINCIPALES ORIENTACIONES DEL MODELO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Sumario. Capítulo II. Principales orientaciones del modelo de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento jurídico español. Introducción. Parte I. Las perspectivas, los principios y los fines orientadores del procedimiento administrativo español. Introducción. 1. La perspectiva clásica del procedimiento administrativo, su nueva orientación y el deber de Buena Administración en España. Introducción. 1.1. Concepto clásico o formal de procedimiento administrativo. 1.2. Una visión más amplia del procedimiento administrativo. 1.3. Las nuevas orientaciones del modelo procedimental Español: El derecho a la buena administración. 2. Los principios orientadores del procedimiento en el Derecho Administrativo español. Introducción. 2.1. Exigencia del procedimiento mismo. 2.2. El principio de legalidad. 2.3. El principio de igualdad. 2.4. El principio de objetividad. 2.5. El principio de imparcialidad. 2.6. El principio de interdicción de la arbitrariedad. 2.7. Seguridad jurídica y confianza legítima. 2.8. Contradicción. 2.9. In dubio pro actione. 2.10. Economía y eficiencia procedimental. 2.11. Oficialidad. 2.12. Publicidad 3. Principales fines del procedimiento administrativo contenidos en el ordenamiento jurídico español. Introducción. 3.1. Garantía del interés público. 3.2. Garantía de los derechos de los ciudadanos. 3.3. Sometimiento a la ley, búsqueda del acierto de la decisión y garantía de la racionalidad. 3.4. Comprobación de datos e intercambio de información. 3.5. Contribuir con la participación de los ciudadanos. 3.6. Buena administración. Parte II. El procedimiento administrativo actualmente contenido en la legislación española. Introducción. 4. El régimen de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento

³⁴¹ ESTEVE PARDO, José. “La protección de la ignorancia exclusión de responsabilidad por riesgos desconocidos”. En *Revista de Administración Pública*. Número 161. Mayo-agosto de 2003. p. 81.

³⁴² JORDANO FRAGA, Jesús. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de noviembre 26 o inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones públicas”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. Número 149. Mayo-agosto de 1999. p. 336.

jurídico español. Introducción. 4.1. Nociones generales sobre el procedimiento administrativo en España. 4.1.1. Origen y consolidación del procedimiento administrativo en España. 4.1.2. Las relaciones territoriales. 4.1.3. El procedimiento común y los procedimientos especiales. 4.2. Las partes en el procedimiento Administrativo: La Administración responsable y los derechos de los interesados dentro del procedimiento administrativo. 4.2.1. La Administración responsable del procedimiento. 4.2.2. Los derechos de los interesados. **5. La estructura del procedimiento en la legislación vigente.** Introducción. 5.1. La iniciación. 5.1.1. La iniciación de oficio. 5.1.1.1. Iniciativa del órgano competente. 5.1.1.2. Orden superior. 5.1.1.3. Petición razonada. 5.1.1.4. Denuncia. 5.1.2. La iniciación a instancia de parte. 5.2. Instrucción. 5.2.1. Los actos de instrucción de origen externo. 5.2.1.1. Alegaciones. 5.2.1.2. Trámite de visita y audiencia. 5.2.1.3. Información pública. 5.2.1.4. Pruebas. 5.2.2. Los actos de instrucción de origen interno. 5.2.2.1. Actos de comunicación y solicitud de documentos. 5.2.2.2. Petición de informes. 5.2.2.3. Acumulación de procedimientos. 5.2.2.4. Pruebas. 5.2.2.5. Medidas provisionales. 5.3. Terminación. 5.3.1. Resolución expresa. 5.3.2. Decisión del interesado. 5.3.2.1. Desistimiento. 5.3.2.2. Renuncia. 5.3.3. Terminación por decisión convencional. 5.3.4. La imposibilidad material de continuar. 5.3.5. El silencio administrativo. 5.3.6. La terminación por inactividad o caducidad.

INTRODUCCIÓN.

El segundo capítulo de la Tesis de grado, denominada “Principales orientaciones del modelo de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento jurídico español”, se concentra en tema del procedimiento administrativo en España, concretamente en una serie de temas esenciales para entender los fundamentos sobre los cuales se está desarrollando la teoría del procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico, las nuevas tendencias doctrinales que lo orientan y su régimen normativo en la actualidad.

Para entender, los actuales cauces del procedimiento administrativo se debe ser consciente que el marco o la época donde se realizan estas innovaciones se ha denominado “Sociedad del conocimiento o de la información”³⁴³. Basados en esta realidad los administrativistas alemanes, Winfried Klunth y Jana Nuckelt, sostienen que:

³⁴³ “El concepto de <<sociedad de la información>> surge en los años setenta como categoría básica desde una perspectiva política, económica y científica para explicar los cambios que se están produciendo en la sociedad industrial. En el caso español, el término se ha expandido con rapidez en el campo del Derecho, pero también en muy diversos ámbitos como la política, la sociología, etcétera. Se trata, sin embargo, de un término que, aunque se ha consolidado de manera definitiva en el lenguaje científico, resultan discutibles los límites respecto a su contenido, pues se aplica a diferentes conceptos y sirve para la fijación de múltiples criterios de diferenciación, lo que hace difícil su determinación”.

GARCÍA MACHO, Ricardo. “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. pp. 187-188.

“Nuestras modernas sociedades basadas en la información y conocimiento se enfrentan a nuevos retos y desafíos. Las dificultades a las que ha de hacer frente la Administración derivan de un conjunto de factores, entre los que podrían citarse el enorme volumen y heterogeneidad de la información disponible; la constancia emergencia de los estándares y criterios para evaluar y procesar la información que se obtiene y la escasez de los recursos presupuestarios”.³⁴⁴

Teniendo en cuenta, estas premisas sociológicas se habla de un nuevo modelo procedimental porque en esta época tanto Derecho Administrativo en general como el Procedimiento Administrativo en particular, están atravesado una etapa de transición, o mejor de adaptación, ante las nuevas necesidades que se plantean en el Estado Social y Democrático de Derecho. En la actualidad, “[...] nos hallamos ante situaciones en las que no se trata ya de encontrar un balance o contrapeso al ejercicio desproporcionado del poder público, sino, más bien, la inversa: ante supuestos en los que la Administración habrá de contrarrestar la acción de los grandes grupos de poder”.³⁴⁵

Según Javier Barnes los cinco factores que han obligado al cambio de la concepción del procedimiento administrativo son: 1. La sociedad de la información; 2. la privatización y la cooperación; 3. la acción administrativa informal; 4. la cooperación y las relaciones interadministrativas en el ámbito europeo y 5. La internacionalización de las relaciones administrativas.³⁴⁶

Adicionalmente, la entrada del análisis económico del derecho ha aportado unos nuevos paradigmas a la arena administrativa.³⁴⁷ Entre ellos se debe destacar, por ejemplo que: “La introducción del principio de eficacia en relación a la actividad administrativa (art. 103) supuso un cambio sustancial en el modo de concebir la actuación de la Administración. De la exclusiva

³⁴⁴ KLUTH, Winfried y NUCKELT, Jana. “La legislación de procedimiento administrativo y la generación de conocimiento en el ámbito de la Administración Pública”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 479.

³⁴⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 25.

³⁴⁶ BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. pp. 301-332.

³⁴⁷ En especial se debe destacar el libro del profesor Ricardo Rivero Ortega titulado *Derecho Administrativo Económico* el cual ya ha tenido 5 ediciones.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*. Quinta Edición. Madrid. Marcial Pons. 2009.

preocupación por la legalidad del actuar administrativo se pasó a ponderar también la eficacia del actuar, es decir, el grado en que se cumplían los objetivos previstos en las normas”.³⁴⁸

Este reposicionamiento del procedimiento administrativo ha permitido tener una nueva visión del mismo enfocada hacia la realización de los objetivos establecidos para el Estado Social y Democrático de Derecho.³⁴⁹ En esta nueva perspectiva se ha reconocido un deber de buena administración por parte del Estado, que debe estar siempre presente durante el desarrollo de la actividad administrativa.³⁵⁰

Estos nuevos paradigmas hacen que sea necesario realizar profundas modificaciones al modelo procedimental administrativo imperante en España, con el fin de mantenerlo en condiciones operativas adecuadas, que permitan responder a las nuevas necesidades de la sociedad.³⁵¹

Resulta conveniente recordar que el procedimiento administrativo surgió en España como resultado natural de las nuevas funciones que se le dieron al Estado liberal de Derecho y de la necesidad de hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos. Su primera manifestación normativa se produjo en 1889 con la Ley denominada “Ley de Bases”, la cual se mantuvo hasta

³⁴⁸ TORNOS MAS, Joaquín. “La simplificación procedimental en el procedimiento español”. En *Revista de Administración Pública*. Número 151. Enero-abril. 2000. p. 75.

³⁴⁹ Estos dos términos revisten gran importancia para el derecho administrativo español, ya que de ellos se derivan las “[...] dos decisiones constitucionales primarias: la cláusula del Estado de Derecho y la democracia”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 51.

³⁵⁰ “De un tiempo a esta parte ha ido calando en la doctrina científica la consideración de buena administración como una exigencia real y concreta de acción de los poderes públicos en el espacio público”.

GARCÍA MEXÍA, Pablo y RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “Prólogo”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. p. 9.

³⁵¹ “- La reforma no ha de limitarse a actualizar la teoría general del acto y del procedimiento; de la organización; y de las relaciones ciudadano Administración, cuya regulación caracteriza, en mayor o menor medida, a tantas leyes de procedimiento.

- Ha de contemplar también otros fenómenos y, en definitiva, nuevas teorías generales, en plural, de los vicios del acto o de la norma reglamentaria; del principio de instrucción; o de otros tantos elementos, en paralelo a la introducción de nuevos procedimientos tipo que sean suficientemente emblemáticos de la realidad, en virtud, en última instancia, de los nuevos modos de regulación y dirección y sus procedimientos más característicos”.

BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. pp. 25-26.

1958 cuando se introdujo una segunda ley sobre procedimiento administrativo y posteriormente, se fortaleció con la expedición de la Constitución de 1978³⁵².

Actualmente, el procedimiento administrativo se encuentra regulado en la Ley 30 de 1992 o Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común, con las modificaciones introducidas en la Ley 4 de 1999.³⁵³

El procedimiento administrativo español está dejando de lado el modelo clásico desplazándose hacia otra concepción muchos más acorde con las nuevas realidades sociales. De este modo, “[e]l procedimiento administrativo se configura, así, como uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración, como un factor, por tanto, de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas”.³⁵⁴

En este momento resulta imprescindible presentar la definición de procedimiento que orientará las siguientes páginas, para ello se acogerá la proporcionada por Eberhard Schmidt-Assmann quien sostiene que: “Los procedimientos administrativos constituyen procesos y operaciones ordenados racionalmente cuyo objeto consiste en obtener y procesar la información.

³⁵² “Hoy es un hecho claro que la actividad administrativa se desenvuelve mediante procedimientos diversos, hasta el punto de que la actuación a través de un procedimiento es un principio fundamental del Derecho administrativo recogido en la Constitución: «la ley regulará el procedimiento a través del cual pueden producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado» (105.3 CE)”. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimosexta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2007. pp. 201-202.

³⁵³ Esta legislación presenta algunas falencias por lo que la doctrina ha planteado la posibilidad de introducir algunas modificaciones al modelo español vigente.

“La necesidad de la superación de esta deficiente situación y la consecuente <<constitucionalización>> del procedimiento administrativo, debe ser ocasión propicia en todo caso para la puesta en día de la regulación legal del procedimiento administrativo, en tanto que actuación administrativa ordenada y racionalizada”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El procedimiento Administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 432.

³⁵⁴ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 127.

La Administración pública es la responsable de su desarrollo y gestión. Representan un instrumento para asegurar la sujeción de la acción administrativa a criterios de racionalidad”.³⁵⁵

Para entender la visión del procedimiento administrativo resulta conveniente, además de estudiar sus diferentes enfoques o perspectivas, detenerse en los principios y los fines que lo rigen con el fin de determinar hacia donde se encamina permitiendo conocer algunos puntos de referencia que tienen tanto la doctrina como la jurisprudencia para encausar sus tesis y decisiones.

Así mismo, resulta imprescindible fijarse en el régimen vigente establecido en la Ley 30 de 1992 y su posterior modificación en 1999. Concretamente, se comentará sobre algunas nociones básicas sobre el tema del procedimiento administrativo español; su estructura y los recursos administrativos.

En este orden de ideas, el capítulo segundo con el fin de abarcar toda la temática antedicha se dividirá en los siguientes dos partes: I. Las perspectivas, los principios y los fines orientadores del procedimiento administrativo español y Parte II. El procedimiento administrativo actualmente contenido en la legislación española.

A su vez, la primera parte se ocupará de profundizar sobre: 1. La perspectiva clásica del procedimiento administrativo, su nueva orientación y el deber de Buena Administración en España; 2. Los principios orientadores del procedimiento en el Derecho Administrativo español. 3. Principales fines del procedimiento administrativo contenidos en el ordenamiento jurídico español.

Por su parte, la segunda parte abordará otros tres temas principales sobre el procedimiento que son: 4. El régimen de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento jurídico español y 5. La estructura del procedimiento en la legislación vigente.

³⁵⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 75.

PARTE I. LAS PERSPECTIVAS, LOS PRINCIPIOS Y LOS FINES ORIENTADORES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.

INTRODUCCIÓN.

El procedimiento administrativo debe responder a las necesidades de la sociedad particular en la que se pretenda implantar, reconociendo su entorno y guiándose por los parámetros establecidos en la Constitución, principalmente ser acorde con la forma de Estado y

sistema de gobierno; es decir, en España debe funcionar en concordancia con modelo autonómico y siguiendo los lineamientos del Estado Social y Democrático de Derecho.³⁵⁶

En este sentido, resulta claro que el procedimiento “[...] sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más relevantes del Derecho Público. Refleja asimismo la distinta posición relativa que guardan el legislativo, ejecutivo y judicial y, en consecuencia, la relación funcional de la programación legal y del proceso judicial con el procedimiento. Baste observarlo a propósito de la función «aplicativa» o «innovadora» del procedimiento para comprobar esa inmediata interacción”.³⁵⁷

En el nuevo contexto la Administración tiene un contenido muy preciso que se sintetiza, siguiendo a Eberhard Schmitd-Assmann, en “[...] una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa”.³⁵⁸ Esto se debe a que “[...] ella ostenta la condición de sujeto obligado por el derecho a una buena administración, esto es, como potencial garante (e infractor al tiempo) de los derechos de los ciudadanos”.³⁵⁹ De esta forma, para cumplir con sus funciones debe ser consciente de los principios y fines que deben regir tanto su actividad como su inactividad.

Al lado de estas perspectivas del procedimiento administrativo, resulta fundamental hacer referencia a los principios y fines que encausan la actividad procedimental; haciendo la salvedad de que no existe un acuerdo total sobre estos temas, en algunos casos tan sólo varía su denominación y en otros, hay discrepancias más profundas sobre la materia. Sin embargo, basándose en la lectura de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia se puede observar que

³⁵⁶ “Los ideales de libertad que caracterizan el Estado de Derecho y la democracia han de proyectarse sobre el Derecho Administrativo conjuntamente y con similar intensidad: el principio democrático necesita del Derecho para poder actuar sobre la realidad administrativa. Al tiempo, el Derecho administrativo –hasta hoy básicamente informado por el principio del Estado de Derecho- necesita del orden democrático para superar su perspectiva meramente reaccional, hoy ya sólo explicable en clave de evolución histórica”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 53.

³⁵⁷ BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 295.

³⁵⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 26.

³⁵⁹ TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. p. 31.

en conjunto existe un consenso en cuanto a los principales principios y fines que informan el procedimiento administrativo español en nuestros días.

En síntesis, este acápite se concentrará en tres temas particulares: 1. Las perspectivas, 2. Los principios y 3. Los fines del procedimiento administrativo.

1. LA PERSPECTIVA CLÁSICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SU NUEVA ORIENTACIÓN Y EL DEBER DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA.

Introducción.

En nuestros días se ha reemplazado la noción clásica del procedimiento administrativo formal o procedimental, pasando por una definición donde se le reconocen nuevas funciones más allá de la garantía de derechos a los asociados y llegando hasta entender la presencia de la voluntad de los ciudadanos como elemento estructural de las decisiones administrativas.³⁶⁰ Como muy sintéticamente lo señala Javier Barnes: “La compleja realidad contemporánea ha desbordado los estrechos cauces del procedimiento clásico”.³⁶¹

Dentro de la novedosa visión enfocada, en parte, a la observancia del deber de buena administración, se busca cumplir con una nueva realidad democrática mucho más exigente y participativa que implica, en algunas ocasiones, la opinión de los particulares en la toma de decisiones por parte de las diversas Administraciones Públicas.³⁶²

³⁶⁰ “Esto ha hecho evolucionar la concepción del procedimiento administrativo desde su antigua concepción como cauce para la información administrativa, pasando por el procedimiento como medio para asegurar los derechos fundamentales, hasta una concepción que ve al procedimiento y a la participación en el mismo como elementos jurídicos objetivos y estructurales en el contexto de la adopción de las decisiones por parte del Estado”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. pp. 121-122.

³⁶¹ BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 27.

³⁶² “La experiencia comparada demuestra, por ejemplo, que el esquema procesal en que se basa el procedimiento tradicional no sirve para solucionar situaciones en las que es necesaria la mediación, la generación de consenso y la aceptación entre un amplio segmento de la población del proyecto propuesto (ubicación de infraestructuras de transporte y telecomunicaciones; instalación de industrias, centrales eléctricas o depuradoras; la apertura de un centro comercial o religioso; etc.). La mediación no consiste en una resolución, constituye una actividad material”.

El derecho fundamental a una buena administración³⁶³ está reconocido tanto en la Carta de Derechos Europea³⁶⁴ como, implícitamente, en la Constitución de Española de 1978, de la cual se puede derivar de algunos de sus principios consagrados. De esta manera, como lo afirma Beatriz Tomas:

“[...] todos estos principios difusos de actuación y funcionamiento de la Administración quedarían aglutinados en el más amplio, como correlato, derecho de los ciudadanos a la buena administración, pues a la satisfacción de este derecho y a todos los demás derechos y libertades debe apuntar la actuación administrativa por mandato constitucional. Con carácter adicional, no cabe duda de que los elementos que aglutinan de manera más global las exigencias de la buena administración son los genéricos principios de seguridad jurídica y de legalidad”.³⁶⁵

Al presentarse estas variaciones en cuanto a la visión del procedimiento administrativo, consecuentemente se han introducido algunas modificaciones que han configurado novedades en lo referente a los principios o lineamientos generales encaminados a cumplir con sus fines.³⁶⁶

1.1. Concepto clásico o formal de procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo³⁶⁷ es un resultado natural del desarrollo de las ideas liberales, transmitidas al Derecho Administrativo, que intentan poner limitaciones al poder de los

BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 283.

³⁶³ “Hoy es frecuente que las nuevas Constituciones incorporen como nuevo derecho fundamental el derecho al buen gobierno o derecho a la buena Administración. Es el caso, por ejemplo, de la fallida por el momento Constitución europea. Esta toma de conciencia del buen gobierno o de la buena administración como derecho humano pone de relieve que el centro de la acción de gobierno o de la acción administrativa es la persona y sus derechos y libertades”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones públicas*. Colección divulgación jurídica. Primera edición. Editorial Arzadi. Navarra. 2006. p. 11.

³⁶⁴ “El artículo 41 de la citada carta señala que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial, equitativamente y en un plazo razonable, incluyendo especialmente el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome una medida pública que le afecte desfavorablemente, el derecho al acceso de los expedientes que le afecten, el derecho a que las decisiones públicas europeas se motiven y el derecho a la correspondiente indemnización por los daños causados por las instituciones europeas”.

GARCÍA MEXÍA, Pablo y RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “Prólogo”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. pp. 9-10.

³⁶⁵ TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. p. 103.

³⁶⁶ Tema que, debido a su gran importancia, se profundizará con mayor detenimiento posteriormente.

³⁶⁷ Para evitar caer en alguna de las impropiedades que normalmente se presentan, siguiendo a David Blanquer, “[c]onviene aclarar que no es lo mismo *el procedimiento* (sucesión de trámites formales que desembocan en una

gobernantes sometiéndolos a un régimen estricto de actuación en la toma de sus decisiones y de dotar a los particulares de facultades para controlar a la Administración, en los casos que no cumplan con los parámetros preestablecidos para expresar su voluntad mediante actos administrativos.

El establecimiento de procedimientos o formas de actuar reviste gran importancia en las sociedades actuales para que las personas puedan tener certeza del comportamiento que será realizado por los demás y con base a esto, tomar las decisiones que más les convengan o al menos conocer la manera de iniciar una actuación para obtener un cierto resultado. “Pero, en el caso de las Administraciones públicas, en tanto que poderes públicos institucionalizados, el cauce de su actuación posee una relevancia fundamental, ya que resulta determinante para la realización del interés general en un Estado social y democrático de Derecho”.³⁶⁸

El modelo de procedimiento administrativo clásico o “[...] sistema de regulación, dirección y gobierno ha estado monopolizado por el método tradicional, conocido en la literatura angloamericana como <<command and control>>, porque el contenido de la norma estatal se resuelve en órdenes, mandatos y prohibiciones, y la Administración es la encargada de su aplicación por medio de técnicas coercitivas”.³⁶⁹

El sistema procedimental tradicional, que gravita sobre los principios de producción normativa³⁷⁰, jerarquía³⁷¹ y coercividad³⁷², se ha implementado y fortalecido en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos mundiales.³⁷³

resolución) que *el expediente* (conjunto de documentos que reflejan los trámites despachados durante la sustanciación del procedimiento)”.
BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 381.

³⁶⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 358.

³⁶⁹ BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 35.

³⁷⁰ “El sistema de Derecho Administrativo tradicional ha crecido al amparo de un método de regulación característico, cuyas notas principales, por lo que se refiere a la producción normativa, podrían sintetizarse así: a) el Estado ostenta el monopolio de la creación del Derecho; b) las leyes poseen carácter vinculante; c) el contenido de éstas se resuelve en prohibiciones y mandatos; y d) la ley pretende contemplarlo todo en su propósito de sujetar a la Administración mediante programaciones condicionales”.

BARNES, Javier. “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. pp. 235-236.

Partiendo de este modelo, la doctrina administrativista ha entendido que las formas o formalidades que deben cumplir los diversos órganos ejecutivos del Estado deben estar claramente establecidas en un procedimiento administrativo, entendiendo por este: La “...*forma de elaboración de las decisiones administrativas* o, si se prefiere, de ejercicio de la actividad administrativa formalizada”.³⁷⁴ Es síntesis, se puede afirmar que el punto central desde el que parten las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus funciones es el procedimiento administrativo.³⁷⁵

No obstante, se debe resaltar que, simultáneamente el procedimiento administrativo se puede concebir como “[...] *una traba* (que retrasa la adopción de decisiones, dificulta o impide la eficacia administrativa, y coloca al ciudadano en una posición débil pues en el curso del procedimiento la Administración no es neutral toda vez que actúa como juez y parte)”.³⁷⁶ De ahí se deriva la necesidad de que la Administración en la producción de actos administrativos, que son el

³⁷¹ “La estructura administrativa que sirve al legislador y al ejecutivo en este esquema es jerárquica, cerrada y piramidal. La Administración actúa mediante decisiones unilaterales e imperativas, en aplicación de normas emanadas desde un centro superior”.

BARNES, Javier. “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 236.

³⁷² “El procedimiento administrativo en este contexto se construye sobre el esquema del proceso judicial, y constituye un mecanismo instrumental o adjetivo en beneficio de una mejor aplicación de la legalidad material. Este modelo se identifica en parte con lo que en nuestro sistema se conoce como <<actividad administrativa de policía>>, aunque excede de esta forma de Administración y de la etapa del Estado liberal en la que fue alumbrado”.

BARNES, Javier. “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 236.

³⁷³ “Pero por encima de las circunstancias históricas de su formación, la razón de este fenómeno ha de hallarse igualmente en el objeto mismo del procedimiento tradicional: se trata, de modo análogo a lo que persigue el proceso judicial, de resolver cuestiones concernientes a los derechos e intereses de los ciudadanos, de conformidad con lo establecido en las leyes. El procedimiento, en efecto, nace con una doble función de garantía: de acierto *en la aplicación de la ley*, en la deducción racional de lo que ésta haya previsto para el caso contemplado, de un lado; y de tutela del ciudadano, mediante un sistema que asegure la *legalidad subjetiva*, de otro”.

BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 277.

³⁷⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 473.

³⁷⁵ “El procedimiento así entendido constituye una exigencia de funcionamiento para cualquier organización compleja al objeto de facilitar el control interno de las actuaciones por los órganos superiores, y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, que es mayormente exigible al tratarse de una vinculada a la satisfacción de intereses públicos.”.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima Edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 383.

³⁷⁶ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 380.

reflejo de su voluntad, siga los lineamientos procedimentales definidos previamente y que estos sean respaldados por la obligatoriedad vinculante del ordenamiento jurídico.³⁷⁷

Para finalizar se debe recordar la afinada apreciación del administrativista español Javier Barnés quien observa que: “El procedimiento se ha montado sobre el modelo procesal; tímidamente, se ha abierto paso el modelo normativo para aquellos procedimientos que tienen por objeto la elaboración de reglamentos, planes, etc., aunque de ordinario no le ha restado protagonismo al primero. A ambos modelos parece sucederle, con pretensiones integradoras, el «modelo comunicativo», el procedimiento como espacio de intercambio de información”.³⁷⁸ Este nuevo enfoque, muy fuertemente influenciado por el concepto de buena administración, será presentado a continuación.

1.2. Una visión más amplia del procedimiento administrativo.

Como se precisó anteriormente, el procedimiento administrativo desde el punto de vista tradicional “[h]a sido concebido como un proceso de toma de decisiones; el procedimiento clásico es, en esencia, un procedimiento de carácter decisorio: dictado de actos administrativos; aprobación de normas reglamentarias; adjudicación y celebración de contratos”.³⁷⁹ Esta concepción, como lo advierte Juli Ponce ha generado una visión estática, que en la práctica conlleva a que:

“[...] los vicios del procedimiento y de la motivación son considerados como *vicios formales* de la decisión administrativa definitiva, con escasa trascendencia en general, dado que la forma es un mero instrumento del fondo y que, en última instancia, el proceso judicial puede corregir la indefensión que se haya generado en sede administrativa. Se minusvalora en este planteamiento el

³⁷⁷ “Dada esta perspectiva, en la que la relación procedimental se traba entre los titulares de elementos <<contrapuestos>> -interés general y particular- y que permite incluso la caracterización de la posición de la Administración en ella como la de <<juez y parte>>, la preocupación fundamental es, pues, la validez de los actos de trámite y las resoluciones finales. Quedan asegurados así desde luego los requerimientos del Estado de Derecho (arts. 1.1. y 9.3 CE)”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El procedimiento Administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 441.

³⁷⁸ BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 271.

³⁷⁹ BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 268.

hecho de que el procedimiento y la motivación no sólo son útiles a los efectos defensivos de los interesados, sino también como garantía de un acertado uso de las potestades administrativas”.³⁸⁰

Con el transcurrir del tiempo se han presentado algunos hechos sociales que han logrado que los ciudadanos posean un papel primordial en el desempeño de las decisiones administrativas; de manera que los particulares, han dejado de ser simples convidados de piedra en la actuación administrativa y se han convertido en parte fundamental de la actividad del Estado.³⁸¹

De esta manera, “[...] aunque dichas tendencias desformalizadoras continúan gozando de un importante prestigio, los problemas surgidos en la evolución de los Estados democráticos han determinado una importante *revalorización del procedimiento administrativo*, en el que se ve, con acierto una eficaz técnica de corrección de problemas o de satisfacción de necesidades”.³⁸²

Siguiendo al tratadista Javier Barnes, en la actualidad administrativa española mucho más participativa, resulta claro que el antiguo modelo formalista ha demostrado sus deficiencias y es necesario introducir una serie de variaciones o precisiones a dicho esquema:

“Sin embargo, las insuficiencias y déficits de los métodos tradicionales de gobierno, asentados sobre el viejo esquema legal de la prohibición y el mandato y en las herramientas coercitivas, han dado paso a otros modelos, mecanismos e instrumentos complementarios, convertidos ya en signos de nuestro tiempo en tantos ámbitos: la cooperación entre la Administración y el ciudadano, como socios que se necesitan en la búsqueda del bien común; los fenómenos de autorregulación y privatización; la coordinación y cooperación en todas las Administraciones implicadas, en el plano interno y exterior, sea éste el espacio europeo o la arena internacional; la información como instrumento regulador; la participación de una opinión pública bien informada; la simplificación de las cargas administrativas; principios y prácticas para producir una mejor regulación en un entorno de intrínseca complejidad e incertidumbre; leyes con programación finalista; diseño de procedimientos administrativos como foro donde hallar la solución más idónea; decisiones pensadas desde su misma gestación para ser eficaces en su aplicación; la

³⁸⁰ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 32.

³⁸¹ “Se impone como principio general de la actuación administrativa el servicio al ciudadano. La organización y funcionamiento de la Administración debe tener como guía el prestar a los ciudadanos unos servicios eficientes. Por ello, deben adoptarse las medidas necesarias para corregir las disfunciones en el actuar de la Administración. De la Administración legitimada por el cumplimiento de la norma, se pasa a la Administración legitimada por una actuación que maximice la satisfacción de los ciudadanos a los que sirve”.

TORNOS MAS, Joaquín. “La simplificación procedimental en el procedimiento español”. En *Revista de Administración Pública*. Número 151. Enero-abril. 2000. p. 39.

³⁸² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 27.

instrucción privada del procedimiento –la transferencia de la carga de obtener la información necesaria al sujeto privado; instrumentos de Derecho indicativo o Derecho blando-; etc.”.³⁸³

Estas nuevas relaciones entre gobernantes y gobernados desarrolladas en la en el marco de la denominada “sociedad del conocimiento o de la información”, han desbordado el concepto tradicional de procedimiento administrativo³⁸⁴, originado una nueva concepción que intenta seguir los lineamientos generales del Estado Social y Democrático de Derecho.³⁸⁵

En consecuencia, en España, la doctrina ha venido a cuestionar el enfoque tradicional o defensivo realizando una serie de observaciones críticas que se sustentan, a grandes rasgos, en que se ha impuesto una incorrecta visión o un acercamiento demasiado restrictivo a la definición del procedimiento administrativo al considerarlo como una simple sucesión de actos administrativos de trámite, es decir entendiéndolo como un elemento formal de la decisión o un simple presupuesto procesal.³⁸⁶

Una acertada sistematización de las razones que llevan a reformar el procedimiento administrativo español y los nuevos desafíos a que se enfrenta han sido expuestos por Javier Barnes de la siguiente manera: “En suma: en un primer nivel, insuficiencia y escasa

³⁸³ BARNES, Javier. “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. pp. 236-237.

³⁸⁴ “En efecto, al estructura del procedimiento administrativo tradicional es insuficiente para las necesidades que el intercambio de información entre ciudadano y administración exigen en la sociedad de la información. Aquel entonces necesita reorientación adaptada a los retos de la participación del ciudadano en determinados campos de referencia”. GARCÍA MACHO, Ricardo. “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 187.

³⁸⁵ “Surgen así, en paralelo a los métodos tradicionales (que se caracterizan por normas emanadas desde arriba, requisitos de obligado cumplimiento, etc.), nuevas formas de gobernanza basadas en procesos descentralizados y participativos, de abajo hacia arriba, y debate y discusión permanentes; programas y planes en constante revisión, redes horizontales; compartición de información, de experiencias, y de códigos de buenas prácticas; recomendaciones y guías no vinculantes, etc.”.

BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 40.

³⁸⁶ “Un concepto amplio de procedimiento administrativo, la multifuncionalidad de los objetivos y fines a los que sirve, y la relevancia y centralidad de esta institución en el seno de los filones de pensamiento que subyacen al moderno Derecho Administrativo constituyen tres pilares básicos. Así lo sostienen la mayoría de los autores que en Alemania y España vienen ocupándose del Derecho Administrativo desde una perspectiva renovada, para quienes estas cuestiones constituyen la base de su investigación jurídica”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 79.

representatividad de la actividad administrativa considerada en la legislación (i); en segundo plano, obsolescencia e ineficacia del instrumento <<procesal>> para múltiples situaciones y supuestos (ii); por último, desconocimiento de los nuevos modelos de regulación e inadaptación de los procedimientos a esos esquemas (iii)”.³⁸⁷

1.3. Las nuevas orientaciones del modelo procedimental Español: El derecho a la buena administración.

En España se está introduciendo, poco a poco, un método alternativo al clásico consecuencia de las nuevas necesidades producidas en el marco de las relaciones administración-administrado, en la sociedad de la información. Sintéticamente, este nuevo esquema, como lo destaca Javier Banes, ha sido consecuencia de:

“La más profunda transformación del Estado y de la Administración radica, en efecto, en la emergencia de una *diversidad* de métodos, formas e instrumentos de regulación, dirección y gobierno, que no son sino el *precipitado* de toda una suerte de movimientos de reforma, tendencias y revoluciones, tales como la globalización de la economía y de la sociedad (la interdependencia económica, social, ambiental o informativa, entre otras); la pluralidad de centros y niveles de producción supra e interestatales; las insuficiencias e ineficacias de los métodos tradicionales; la desregulación y la privatización; etc. Ello ha dado lugar a la aparición de nuevos actores públicos y privados, y a una continua experimentación de formas, modelos y estrategias regulatorias, en donde la clave reside antes en una acertada selección de mecanismos e instrumentos, que en una elección alternativa”.³⁸⁸

Una fuerte influencia de la concepción alternativa del procedimiento ha provenido del derecho anglosajón, directamente de la introducción de los conceptos de mala³⁸⁹ y de buena administración³⁹⁰. Como lo explica Marco Gómez Puente haciendo referencia al caso español:

³⁸⁷ BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 21.

³⁸⁸ BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 41.

³⁸⁹ “Pues bien, en el uso ordinario del lenguaje mala Administración es la que no gestiona los intereses encomendados con la diligencia y eficacia exigibles en términos de una razonabilidad media o según la medida normal resultante de la experiencia. Es mala, o al menos no es óptima, la Administración que no obtiene el máximo rendimiento de los recursos disponibles para la obtención de unos objetivos o satisfacción de unos intereses. Esta solución, de planteamientos netamente económicos o técnico-administrativos, más propios de la Ciencia de la Administración que del Derecho Administrativo, aunque simple y poco significativa desde el punto de vista jurídico, puede perfectamente servir de punto de partida para acercarnos a la dimensión jurídico-administrativa del concepto que analizamos”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 48.

³⁹⁰ “Principio que se traduce en un modo de ejercer las potestades, en una obligación de medios, que supone que la actividad formalizada de la Administración debe ejercerse de forma racional, objetiva, eficaz, eficiente, económica y coordinada, de manera tal que se asegure una decisión final acertada”.

“Retornando a nuestro país, resultaría posible, trazando un paralelismo con la realidad jurídica inglesa, distinguir de entre todas aquellas conductas administrativas contrarias a las normas por las que rige la Administración su actuación (mala administración en sentido amplio), un conjunto de situaciones que, por la inadecuación del sistema reaccional y la indefensión que se deduce de esta circunstancia, resultan especialmente perniciosas y ponen en juego principios tan esenciales al Estado social de Derecho como la igualdad o la seguridad jurídica y la propia realización de los objetivos materiales a que aspira (mala administración en su sentido originario)”.³⁹¹

Basados en esto, los administrativistas españoles han perfilado una nueva concepción del procedimiento mucho más amplia y dinámica, basada en el deber de buena administración, implícito en la Constitución de 1978³⁹², que encarnaría más adecuadamente sus lineamientos³⁹³, según la cual: “El procedimiento administrativo puede y debe ser una institución jurídica que, además de constituir una defensa para los interesados, ayude a que la Administración administre bien y, en consecuencia, a que aumenten las posibilidades de obtención de decisiones acertadas en su servicio a los intereses generales”.³⁹⁴

El deber de buena administración está concretamente reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza. Según Beatriz Tomás:

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. pp. 23-24.

³⁹¹ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 51.

³⁹² “La Constitución española de 1978 recoge un *deber jurídico de buena administración* de forma implícita, de igual modo que lo hace, por ejemplo, en el caso del deber de fidelidad de los funcionarios a la Constitución, supuesto estudiado por EMBID IRUJO. Este deber implícito se induce de la interpretación sistemática de diversos preceptos, los cuales contienen una serie de previsiones referidas al modo de desarrollo de la actividad administrativa”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 155.

³⁹³ Javier Barnes destaca las consecuencias negativas de la inadaptación del procedimiento administrativo a las nuevas exigencias del contexto español, agrupándolas de la siguiente forma:

“- Inseguridad e incertidumbre jurídica, en la medida en que tantas y tan relevantes acciones de la Administración carezcan de referentes normativos claros, o de una adecuada comprensión;

- Ineficiencias e ineficacias, fruto de la utilización de modelos, técnicas e instrumentos inadecuados;

- Y relajación de los principios del Estado de Derecho y democrático como consecuencia de un poco meditada adaptación de sus exigencias y requerimientos a las diversas clases de procedimiento y mecanismos regulatorios”.

BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 22.

³⁹⁴ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 35.

“En realidad, el derecho a una buena administración abarca otros subderechos o garantías frente a la Administración, afirmación que ciertamente no persigue en absoluto reconducir dicho derecho a un terreno eminentemente liberal como clásico derecho frente al poder, sino enfocarlo como un derecho que se ejerce frente y ante la Administración en el marco del contemporáneo Estado social y democrático de Derecho, es decir, tanto frente a la Administración de modo directo como, indirectamente, ante ella con apoyo en la noción de acción positiva u obligación positiva”.³⁹⁵

Es oportuno precisar que el derecho de buena administración se está extendiendo rápidamente en el ordenamiento jurídico español, tanto a nivel de central como de las comunidades autónomas.³⁹⁶ Sin embargo, como lo destacan Jaime Rodríguez-Arana y Pablo García: “En España, todavía el derecho a la buena administración no es un derecho fundamental de la persona, sí un derecho general ciudadano al cumplimiento de ciertos parámetros constitucionales que han de caracterizar la Administración”.³⁹⁷

Esta nueva aproximación permitiría considerar el procedimiento administrativo como una actuación realmente importante que va más allá de la satisfacción de las garantías de los ciudadanos o como lo precisa Juli Ponce Solé:

“[...] un instrumento fundamental para el logro de decisiones administrativas de *calidad*, un ámbito de composición de intereses privados y públicos en la búsqueda de los cambiantes y esquivos *intereses generales*, un factor de potenciación del *principio democrático* y del *principio de transparencia* de la actividad administrativa, un elemento importante en la protección y efectividad de los *derechos fundamentales*, una institución de compensación de la *flexibilidad creciente en la dirección normativa* de la Administración Pública y de las *insuficiencias intrínsecas de su control judicial* y, en definitiva, un factor de *legitimación* del actuar administrativo en nuestras modernas sociedades”.³⁹⁸

Para determinar cuál es una buena administración se debe estudiar el caso concreto, siendo necesario ponderar las verdaderas capacidades que tiene el Estado en un lugar y momento

³⁹⁵ TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. p. 30.

³⁹⁶ “Por cierto que el derecho de buena administración ha pasado a ser reconocido, tras la reforma de los estatutos de autonomía, y a imagen y semejanza del texto de los pioneros de la última reforma, en las normas institucionales básicas de la mayoría de las comunidades autónomas”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 561.

³⁹⁷ GARCÍA MEXÍA, Pablo y RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “Prólogo”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. p. 10.

³⁹⁸ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 38.

determinado; puesto que, éstas varían en cada situación en la que se pretenda determinar el comportamiento de la Administración. En otras palabras, tan sólo se podrá hablar de una buena Administración en relación con la eficiencia que tenga para cumplir sus objetivos teniendo en cuenta; por una parte, la forma en que disponga sus recursos y por otra, la garantía de los derechos de los particulares.

En cuanto al contenido concreto que posee el Derecho fundamental³⁹⁹ a la Buena Administración, concebido como subderechos constitucionales, según la tesis de Beatriz Tomás está compuesto por los derechos de: 1. Audiencia y de participación en la elaboración de las disposiciones y actos administrativos; 2. Derecho de acceso a archivos y registros administrativos; 3. Otras manifestaciones constitucionales (3.1. El derecho a una actuación administrativa imparcial, equitativa y llevada a cabo en un plazo razonable; 3.2. El derecho a una resolución administrativa motivada; 3.3. Derecho de reparación ante casos de mala administración; 3.4. El Derecho al pluralismo lingüístico ante la Administración y 3.5. El Derecho de acceso a documentos).⁴⁰⁰

El nuevo enfoque del procedimiento administrativo debe hacer énfasis en el rechazo a la homologación que en ocasiones se intenta realizar con relación al proceso judicial; puesto que, aunque, se rige por algunos principios rectores comunes hay que ser muy selectivo a la hora de traspasarlos para ver si realmente corresponden a las características del procedimiento administrativo y sobre todo teniendo en cuenta, que la Administración tiene que tomar decisiones que no pueden ser tan reposadas como las judiciales.⁴⁰¹

³⁹⁹ “Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. pp. 13-14.

⁴⁰⁰ Ver TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. pp. 110-147.

⁴⁰¹ “La doctrina ha insistido, por lo demás, en subrayar las analogías y diferencias entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo. Uno y otro partirían de un tronco común garantizador, pero, al tiempo, existirían también diferencias que no deben ser olvidadas: el proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad o la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes, en tanto que el procedimiento administrativo, por encima de su función de garantía de los derechos de los administrados, tiene como fin primordial la satisfacción del interés general; en el procedimiento administrativo el órgano que instruye y resuelve pertenece a la Administración, que actúa no como un árbitro imparcial (por grande que sea el *desiderátum* constitucional de la objetividad de la Administración), sino como

Para finalizar resulta imprescindible señalar que la profunda relación entre deber de buena administración y procedimiento administrativo, que se pretende en estas nuevas aproximaciones, es tan estrecha que, en opinión de algunos tratadistas: “[e]l punto de Arquímedes de esta nueva interpretación del procedimiento administrativo será el derecho a la buena administración, ya considerado por parte de la doctrina constitucional como derecho fundamental”.⁴⁰²

2. LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCEDIMIENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.

Introducción.

Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo⁴⁰³, que son de muy frecuente aplicación en la vía gubernativa y en las decisiones jurídicas de lo contencioso-administrativo, se pueden definir como “[...] las ideas directrices de un ordenamiento jurídico, las que inspiran,

juez y parte; la satisfacción del interés general exige celeridad y eficacia, en tanto que la satisfacción de las pretensiones de las partes en el proceso exige una absoluta seguridad jurídica. De ahí que la *preclusión* (imposibilidad de abrir un trámite sin la conclusión del precedente), fundamental en los procesos judiciales, no sea la regla, por el contrario, en el procedimiento administrativo, y que la solemnidad de los actos de trámite en éste sea inferior a la de los actos del procedimiento procesal. La garantía del procedimiento administrativo se extiende, más allá de las cuestiones de mera legalidad, a las de oportunidad”.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 304.

⁴⁰² RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 561

⁴⁰³ “El planteamiento que aquí hacemos parte de la base de que los principios del procedimiento no son más que Principios Generales del Derecho en su proyección procedimental, afirmación que importa dejar sentada para excluir del concepto de «principio procedimental» todo aquello que no debe reputarse como un «principio»; así, las simples opciones o soluciones técnicas adoptadas por el legislador y plasmadas en las leyes, acaso reiteradamente a través del tiempo, pero insuficientes de suyo, aunque sean inveteradas, para gozar de la consideración de «principios»; o las reglas jurídicas; o los meros aforismos, apotegmas o bocardos; o, en fin, otros «pseudoprincipios» que, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia pueden llegar a alinear indebidamente junto a los principios *proprio sensu*”.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. pp. 96-97.

orientan, relacionan y estructuran sus distintos elementos”⁴⁰⁴ y se deben entender como garantías mínimas orientadas hacia la protección de los derechos los ciudadanos, tendientes a contribuir en la consecución de una buena administración.⁴⁰⁵

Al referirse al tema el profesor García de Enterría sostiene que: “Son estos principios, rectamente entendidos, el único medio de asegurar ese mínimo de unidad que se viene resistiendo desde hace un siglo a los preceptos con que, de un modo u otro, ha pretendido el legislador reducir la tendencia a la dispersión y al particularismo”.⁴⁰⁶

Como lo señala Eberhard Schmidt-Assmann “[h]istóricamente, estos criterios derivan de un caudal de experiencias y de un acervo de valores en torno a reflexiones generales sobre la equidad y la realizabilidad, con la característica de que estos principios frecuentemente se expresan y fundamentan con más claridad en otros ordenamientos jurídicos”.⁴⁰⁷

Debido a su cardinal importancia dentro del procedimiento administrativo se han ido introduciendo en el ordenamiento jurídico, gracias a la labor tanto de la doctrina⁴⁰⁸ como de la jurisprudencia⁴⁰⁹, algunas premisas básicas orientadoras de las actuaciones administrativas y de

⁴⁰⁴ REBOLLO PUIG, Manuel. “Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 1525.

⁴⁰⁵ Siguiendo a Ricardo Rivero Ortega es preciso distinguir entre principios y valores, puesto que: “Principios y valores suelen utilizarse en ocasiones como sinónimos, pero parece que existe una relación vicarial de los primeros para con los segundos. Los principios protegen los valores articulándolos jurídicamente, especialmente mediante su positivización en el texto de la Constitución”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000. p. 91.

⁴⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. pp. 474-475.

⁴⁰⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 347.

⁴⁰⁸ “Por lo que atañe a la doctrina científica, es suficiente una comparación somera de los Tratados y Manuales al uso, e incluso de obras más especializadas en materia procedimental, para comprobar las discordancias existentes entre las distintas «tablas» de principios del procedimiento confeccionadas por los autores respectivos, hecho éste que, aunque no admita una explicación unívoca por obedecer a muy diversas causas —así, entre otras, la incertidumbre que pueden ocasionar los estados de mutación o «metamorfosis» que atraviesan algunos principios— tiene mucho que ver, desde luego, con las particulares

concepciones, ideológicas si se quiere, que cada autor predica de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos”. LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. pp. 92-93.

⁴⁰⁹ “Pero junto a esa positiva impresión que produce el simple repaso de la jurisprudencia habida en los últimos años respecto a esa faceta sustancial de la cuestión, también hay que destacar la percepción de un cierto desorden en lo

las sentencias judiciales. Dichos parámetros son los principios del procedimiento administrativo, entendidos como principios generales del derecho en su proyección procedimental.⁴¹⁰

La selección de los principios que se presentarán en este escrito es bastante complicada por varias razones: Son tantos que no es posible hacer referencia profunda a todos ellos⁴¹¹, no existe un acuerdo total sobre cuáles deben reconocerse como tales⁴¹², cada autor acoge unos dejando de lado los demás⁴¹³ y sobre todo, se debe tener en cuenta que los principios no son

conceptual. Ello puede ser imputado, fundamentalmente, a una cierta inflación de principios, muchos de los cuales quizás no debieran ser tenidos como tales, sino acaso como meros criterios legales más o menos consolidados o como simples *regulae iuris*; y también debido al uso indiscriminado de dichos principios, sin especiales precauciones sobre su distinto valor jurídico resultante de una *categorización* de los mismos, que tampoco aparece claramente formulada en esa jurisprudencia, aunque creemos que ello es hoy absolutamente obligado y necesario, máxime tras el advenimiento de la Constitución, dado que no cabe atribuir a todos los principios idéntico valor”.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. pp. 93-94.

⁴¹⁰ “El planteamiento que aquí hacemos parte de la base de que los principios del procedimiento no son más que Principios Generales del Derecho en su proyección procedimental, afirmación que importa dejar sentada para excluir del concepto de «principio procedimental» todo aquello que no debe reputarse como un «principio»; así, las simples opciones o soluciones técnicas adoptadas por el legislador y plasmadas en las leyes, acaso reiteradamente a través del tiempo, pero insuficientes de suyo, aunque sean inveteradas, para gozar de la consideración de «principios»; o las reglas jurídicas; o los meros aforismos, apotegmas o bocardos; o, en fin, otros «pseudoprincipios» que, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia pueden llegar a alinear indebidamente junto a los principios *proprio sensu*.”

LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. pp. 96-97.

⁴¹¹ “Es por ello utópico plantearse la posibilidad de analizar todos y cada uno de los principios que se suelen reconocer como tales, a no ser que nos quedásemos en una apresurada semblanza de los mismos, cosa que nos parece poco útil y por tano desechable”.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. pp. 20.

⁴¹² “Una forma razonable de reconducir esta alarmante tendencia sería intentar una cierta objetivación y concreción de lo que sean los principios generales y de su funcionamiento: una tarea llena de dificultades, en la que sólo los cultivadores de la teoría general del derecho han avanzado algunos pasos, pero sin llegar al fondo de la cuestión. Estas dificultades —que naturalmente, tampoco nosotros pretendemos superar— traen causa, ante todo, de la caótica disparidad de las reglas o ideas que los distintos autores califican o entienden como pertenecientes a esta categoría; disparidad que, a su vez, tiene un origen y un efecto más o menos perverso”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Presentación”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 46.

⁴¹³ “Esta disparidad ha llevado a un importante grado de confusión, porque la referencia que los autores hacen a los principios está casi siempre referida a un conjunto de localizado de ellos, con exclusión implícita de todos los demás”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Presentación”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 48.

previos o inmutables; sino que, emanan de la realidad social⁴¹⁴ y en consecuencia, pueden variar dependiendo de cada ordenamiento jurídico que se estudie.⁴¹⁵ En todo caso, se debe mencionar el reciente trabajo dirigido por Juan Santamaría donde se realiza, por un grupo de profesores, un profundo análisis de los principales principios del derecho administrativo.⁴¹⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, se hará una breve exposición de algunos principios que considero directamente relacionados con el tema principal de este escrito que son: Por una lado, los seis principios denominados por Francisco López Menudo como Principios constitucionales que tienen una operatividad directa e inmediata sobre el procedimiento⁴¹⁷, es decir: 2.1. Exigencia del procedimiento mismo, 2.2. El principio de legalidad, 2.3. El principio de igualdad, 2.4. El principio de objetividad, 2.5. El principio de imparcialidad y 2.6. El principio de interdicción de la arbitrariedad y por el otro, algunos principios adicionales, que pienso particularmente relacionados con el contenido central de este trabajo como: 2.7. Seguridad jurídica y confianza

⁴¹⁴ “Los principios no son previos, inmutables. Emanan del conjunto, de las instituciones; emanan de la realidad social; emanan de la cultura social y política que, con frecuencia, hoy está positivizada en textos constitucionales o en Declaraciones internacionales”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Sobre los principios generales del derecho: Un reflexión moderadamente crítica”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. pp. 1514.

⁴¹⁵ “Todo ordenamiento jurídico tiene sus propios principios generales. Así, puede hablarse de principios generales del Derecho de cada Estado, distinto del Estado vecino. Incluso suponiendo que partan de los mismos valores y fines esenciales, es posible y frecuente que sus principios generales, que son algo más y algo distinto a ellos, sean diferentes porque han fraguado, por una conjunción de circunstancias históricas, de forma jurídica o técnica diversa”.

REBOLLO PUIG, Manuel. “Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 1527.

⁴¹⁶ La clasificación propuesta más recientemente en el derecho español se encuentra plasmada en el libro *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Juan Alfonso Santamaría Pastor en donde se establecen la siguiente división: 1. Principios Intemporales: 1.1. Legalidad y sometimiento a la Ley y al Derecho; 1.2. El principio de seguridad jurídica; 1.3. Pacta sunt servanda; 1.4. El principio de irretroactividad; 1.5. El principio de intervención de la arbitrariedad; 1.6. El principio de proporcionalidad; 1.7. El principio de equidad; 1.8. *lura novit curia*; 1.9. El principio de Economía procesal; 1.10. El principio de audiencia y contradicción; 1.11. El principio de presunción de inocencia; 1.12. El non bis in idem como principio general del Derecho Administrativo; 1.13. Non venire contra factum proprio; 1.14. La propia torpeza no puede ser alegada. 2. Hodie et nunc: 2.1. Función social de los derechos; en especial, el derecho de propiedad; 2.2. Principio de jerarquía normativa; 2.3. El principio de supletoriedad; 2.4. Interpretación conforme; 2.5. Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos; 2.6. Jerarquía organizativa; 2.7. Principio de mérito y capacidad; 2.8. El principio favor libertatis; 2.9. Principio pro actione; 2.10. El principio de autonomía local; 2.11. El principio de lealtad institucional; 2.12. Principio de coordinación; 2.13. Principio de participación; 2.14. Principio de celeridad; 2.15. El principio de conservación de los actos; 2.16. Presunción de validez; 2.17. Presunción de veracidad; 2.18. El principio de irrevocabilidad de los actos favorables. 3. Propuestas y aspiraciones: 3.1. Buena Administración; 3.2. El principio de protección de la confianza; 3.3. El principio de confidencialidad; 3.4. El principio de precaución; 3.5. Eficiencia; 3.6. Subsidiariedad; 3.7. Equilibrio económico y 3.8. Desarrollo sostenible.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y otros. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.

⁴¹⁷ LOPÉZ MENUDO, Francisco. “Ponencia completa titulada: Los principios generales del procedimiento Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 129. Septiembre diciembre de 1992. pp. 51-52.

legítima, 2.8. Contradicción, 2.9. In dubio pro actione, 2.10. Economía y eficiencia procedimental, 2.11. Oficialidad y 2.12. Publicidad.⁴¹⁸

2.1. Exigencia del procedimiento mismo.

El literal C⁴¹⁹ del artículo 105 de la Constitución española señala que debe existir un procedimiento para producir los actos administrativos, que debe estar regulado por la ley y el cual no se puede desconocer por parte de las Administraciones Públicas.

El procedimiento puede ser iniciado a petición de parte o por oficio⁴²⁰, pero una vez que ha comenzado la Administración se vuelve responsable de su adecuada tramitación, de garantizar los derechos de los particulares y de lograr a solución coherente con los lineamientos establecidos en el ordenamiento jurídico español.

El incumplimiento u omisión del procedimiento mismo hace que se presente la falta de procedimiento (*manque procedure*) que es el vicio máximo y que califica la actuación de la Administración como una vía de hecho y que por ende, el interesado puede interponer las acciones interdictales.⁴²¹

2.2. El principio de legalidad.

⁴¹⁸ En todo caso, se debe aclarar que los principios de Buena Administración, procedimiento debido y tempestividad (o celeridad) serán abordados en el Capítulo VIII, debido a su relación directa con las dilaciones indebidas procedimentales, por lo cual es conveniente remitirse a esa parte del texto.

⁴¹⁹ “Artículo 105. La ley regulará: [...]”

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

⁴²⁰ “El procedimiento administrativo, lo mismo que los procesos penales –y a diferencia de los civiles que se inician únicamente a instancia o demanda de parte-, se inicia de oficio, o a petición de parte o denuncia de un particular o de otra Administración pública”.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte general*. Decimo octava edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 214.

⁴²¹ “[...] proscrición de la *manque procedure*, vicio máximo que califica el obrar administrativo como <<vía de hecho>> y que permite al interesado el uso de las acciones interdictales”.

LOPÉZ MENDUZA, Francisco. “Ponencia completa titulada: Los principios generales del procedimiento Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 129. Septiembre diciembre de 1992. p. 51.

Corresponde analizar el principio de legalidad consagrado principalmente en los numerales 1⁴²² y 3⁴²³ del artículo 9 de la norma superior española. Como lo expresa Miguel Sánchez Morón: “Esta es la cláusula primordial del Estado de Derecho, la que sanciona, en una versión actualizada, el principio de legalidad de la Administración que, como puede entenderse, es la piedra angular de todo el Derecho administrativo desde su origen”.⁴²⁴

Siguiendo con las ideas expuesta por Sánchez Morón se debe resaltar que el este principio tiene dos acepciones una material y una formal. “En su acepción material y más amplia, el principio de legalidad administrativa supone la necesidad de no infringir la normas jurídicas aplicables, cualesquiera que sean. En su vertiente formal, se impone a veces que la actuación de la Administración encuentre su cobertura en una norma con rango de ley precisamente”.⁴²⁵

Finalmente, es pertinente transcribir el pensamiento del profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes concluyen que: “[...] no hay en Derecho español ningún <<espacio franco o libre de ley>> en que la Administración pueda actuar con un poder antijurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de <<someterse a derecho>>, han de ser <<conformes>> a Derecho”.⁴²⁶

2.3. El principio de igualdad.

El principio de igualdad contenido en el artículo 14⁴²⁷ de la Constitución española, se diferencia de las nociones de justicia y equidad⁴²⁸, definiéndose como: “Exigencia de trato igual y

⁴²² “Artículo 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. [...].”

⁴²³ “Artículo 9. [...]”

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁴²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Legalidad y sometimiento de a la ley y al derecho”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 55.

⁴²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Legalidad y sometimiento de a la ley y al derecho”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 57.

⁴²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 447.

⁴²⁷ “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

carente de discriminación por la ley y los poderes públicos que la aplican, derivada de la igualdad entre todos los hombres”.⁴²⁹ Concretamente, hace referencia a dar tratamiento semejante frente a condiciones idénticas

El principio de igual extiende su aplicación a las personas interviniente en el procedimiento, “[...] pero no de toda las partes de la relación jurídica procedimental (incluida la Administración actuante), sino solo de los sujetos que tengan la condición de interesados en el procedimiento”.⁴³⁰

Este principio se ve reflejado en la máxima *prior tempore in iure*⁴³¹, el cual “[...] en el plano puramente procedimental obliga a la tramitación de los procesos según el orden de incoación (art. 47)”.⁴³² Es decir se resolverán primero aquellos procedimientos que se hayan presentado con mayor antelación adelantándolos en un estricto orden.

2.4. El principio de objetividad.

El principio de objetividad ha sido incluido en el numeral 1⁴³³ del artículo 103 de la Constitución. Siguiendo a Luis Morell Ocaña: “La objetividad es un término jurídicamente acuñado desde la ética. Al incorporarse al Derecho positivo, una actuación carente de objetividad no queda en una mera transgresión ética; constituye además una conducta antijurídica. En el lenguaje

⁴²⁸ “Como se puede apreciar, la equidad se sitúa en torno a los conceptos de igualdad y justicia, pero sin identificarse exactamente con ellos, ya que hace referencia, más bien, a un ánimo, actitud o forma de ser y actuar conectado a todo lo que impida una rígida aplicación de la ley”.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. “El principio de equidad”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 254.

⁴²⁹ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Colección Espasa Siglo XXI. Nueva Edición. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2001. pp. 1162-1163.

⁴³⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 367.

⁴³¹ “El principio de igualdad puede desplegar su importancia, bien directamente o a través de manifestaciones más particularizadas, tal como la del principio *prior tempore in iure* [...]”.

LOPÉZ MENUENDO, Francisco. “Ponencia completa titulada: Los principios generales del procedimiento Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 129. Septiembre diciembre de 1992. p. 52.

⁴³² COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 387.

⁴³³ “Artículo 103.

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. [...]”.

ordinario, la objetividad expresa una postura personal o institucional opuesta a cualquier tipo de de subjetivismo”.⁴³⁴

Como lo explica Francisco López Menudo para su cabal interpretación este principio debe ser “[...] interpretado como una directriz que se refiere a la actividad administrativa *objetivamente* considerada –lo que la distingue de la imparcialidad- y que obliga a la exacta ponderación de los intereses en juego que la Ley ordena proteger en cada caso, tiene clara relación con el vicio de desviación del poder y en general con los deberes inherentes al principio de legalidad”.⁴³⁵

2.5. El principio de imparcialidad.

Corresponde estudiar el principio de imparcialidad situado en el numeral 3⁴³⁶ del artículo 103 de la norma de normas española; el cual se refiere, como lo explica Francisco López “[...] al aspecto subjetivo, o sea, al deber de actuar neutralmente sin favoritismos, tiene una clara conexión con el deber de abstención y la técnica de la recusación; así como la regla de que la formulación de ésta suspende el curso del procedimiento principal”.⁴³⁷

Por su parte, la imparcialidad del procedimiento está orientada a que la Administración no se aproveche de su especial característica de ser juez y parte simultáneamente para favorecerse y en los casos en que las controversias sean entre los particulares, debe dilucidarlas sin tener desviarse de consideraciones puramente objetivas.

La imparcialidad reside en la práctica en cabeza de los funcionarios públicos y son ellos quienes tienen que estar preparados para hacer prevalecer el interés general sobre el de los particulares y por sobre todo, sobre el del funcionario mismo.

⁴³⁴ MORELL OCAÑA, Luis. “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 111. Julio-septiembre. 2001. p. 358.

⁴³⁵ LOPÉZ MENUDO, Francisco. “Ponencia completa titulada: Los principios generales del procedimiento Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 129. Septiembre diciembre de 1992. p. 52.

⁴³⁶ “Artículo 103. [...]”

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

⁴³⁷ LOPÉZ MENUDO, Francisco. “Ponencia completa titulada: Los principios generales del procedimiento Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 129. Septiembre diciembre de 1992. p. 52.

2.6. El principio de interdicción de la arbitrariedad.

El principio de interdicción de la arbitrariedad, establecido en el numeral 3 del artículo 9⁴³⁸, “[...] se manifiesta en casos de irracionalidad o de no razonable previsibilidad de la decisión y de modo especial cuando se produce la <<existencia de contradicciones internas>> o falta de <<sinceridad de los argumentos aportados>>”.⁴³⁹

Se busca controlar a la Administración por medio de una ponderación objetiva del resultado final de la resolución, la cual debe ser un desprendimiento natural del ordenamiento jurídico y no una artificiosa construcción teórica que, en la mayoría de los casos, encubre un favorecimiento a algún interés particular o de la propia Administración, desconociendo así los derechos legítimos de los administrados. Es así como, debe haber una real congruencia entre los hechos, las pretensiones y la resolución, con lo que se produce una decisión discrecional no arbitraria.⁴⁴⁰

En la práctica, como lo explica Eva Desdentado Daroca: “El principio de intervención de la arbitrariedad, permite pues, a nuestros jueces y tribunales realizar un control de la fundamentación de las decisiones discrecionales adoptadas por la Administración, es decir, de la existencia de motivos o razones que respaldan la resolución dictada”.⁴⁴¹

2.7. Seguridad jurídica y confianza legítima.

⁴³⁸ “Artículo 9. [...]”

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁴³⁹ GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 55.

⁴⁴⁰ “La decisión discrecional es fruto de un juicio y se presenta como admisible, tiene un fundamento, unas razones suficientes que la respaldan. Por el contrario, cuando el ejercicio del poder discrecional es arbitrario da lugar a una decisión ausente de explicación, carente de motivos, con una clara falta de fundamentos”.

DESDENTADO DAROCA, Eva. “El principio de la interdicción de la arbitrariedad”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. pp. 182-183.

⁴⁴¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. “El principio de la interdicción de la arbitrariedad”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 186.

Son dos principios orientadores incluidos en la Ley 30 de 1992.⁴⁴² “Los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima son igualmente manifestaciones básicas de la cláusula del Estado de Derecho y, en consecuencia, resultan determinantes tanto para la producción normativa como para los actos administrativos singulares”.⁴⁴³

El principio de seguridad jurídica es un principio esencial para el derecho⁴⁴⁴, que se fundamenta en el cumplimiento de las normas de derecho por parte de las Administraciones públicas y en las legítimas expectativas que puede tener el administrado ante una situación determinada en que ésta no variará simplemente por la voluntad unilateral del Estado.

Como lo sostiene José Bermejo Vera para poder abordarlo correctamente es adecuado partir de dos consideraciones básicas que son:

“Un primer y elemental concepto de seguridad jurídica depende, pues, de que quienes elaboran las normas jurídicas –fundamentalmente los órganos legislativos, pero también los habilitados para la ejecución y desarrollo de las normas que aquéllos producen.-lo hagan con respecto a las convicciones sociales, a todas ellas, que caracterizan una sociedad. Una segunda, y también elemental, consideración de la seguridad jurídica aconseja la pluralidad normativa esté controlada y articulada, constituya un auténtico << sistema >>, facilite el conocimiento de las reglas jurídicas y, por supuesto, su efectiva y correcta aplicación”.⁴⁴⁵

En cuanto al principio de confianza legítima el profesor español Santiago González-Varas Ibáñez, precisa que: “<<Una de las aplicaciones de este principio de confianza legítima es justamente el del mantenimiento de situaciones anteriores a un cambio normativo>>. La confianza

⁴⁴² “En su Título Preliminar introduce la ley dos principios de actuación de las Administraciones Públicas derivados del constitucionalmente consagrado (art. 9.3 CE) de *seguridad jurídica*. Son a saber: en primer lugar, *el principio de buena fe*, ya aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Código civil en la reforma de 1974; en segundo lugar, *el principio de confianza legítima*, bien conocido en el Derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa”.

GARRIDO FALLA, Fernando. “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 150. Septiembre-diciembre. 1999. p. 128.

⁴⁴³ BARNES VÁZQUEZ, Javier. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. p. 77.

⁴⁴⁴ “La seguridad jurídica ha sido considerada, en todas las épocas y lugares, como un <<principio general del Derecho>>, siempre esencial en la ciencia jurídica”.

BERMEJO VERA, José. “El principio de seguridad jurídica”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 73.

⁴⁴⁵ BERMEJO VERA, José. “El principio de seguridad jurídica”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 74.

legítima, con origen en el Derecho alemán, ha tenido un gran desarrollo en el derecho europeo”.⁴⁴⁶

Además, como lo destaca Luis Morell Ocaña “[...] ahora funciona como un auténtico principio jurídico general: el principio de confianza legítima, que los particulares exigen a las Administraciones Públicas, y las Administraciones Públicas pueden exigirse entre sí y a los particulares”.⁴⁴⁷

2.8. Principio de contradicción.

Para empezar se debe evidenciar que el principio de contradicción “[...] postula el otorgamiento de una posibilidad adecuada de defensa de los derechos e intereses legítimos a los que la resolución que recaiga pudiera afectar, lo cual no significa, por supuesto, una posición de igualdad con respecto a la Administración”.⁴⁴⁸

Este principio reviste primordial importancia puesto que con su implementación se persigue disminuir esa evidente brecha de poder entre los particulares y la Administración, con el fin de controlar las actuaciones ilegales de la rama ejecutiva del poder público.

De acuerdo con lo anterior, para que la decisión sea válida es necesario que durante su producción los interesados, o quienes resulten afectados por la actuación administrativa, hayan podido intervenir legalmente para representar sus intereses y sustentar adecuadamente los argumentos en los que basan sus alegaciones.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 50.

⁴⁴⁷ MORELL OCAÑA, Luis. “La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 114. Abril-junio. 2002. p. 169.

⁴⁴⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 366.

⁴⁴⁹ “La aparición de este principio en el marco de la actuación administrativa ha de buscarse en los orígenes del procedimiento administrativo, allá por las postrimerías del siglo XIX; procedimiento administrativo cuyo nacimiento y producción a partir de los mimbres procesales tuvo como norte en todo momento la necesidad de abrir las puertas del expediente para que el interesado pudiese defenderse mientras se estaba gestando la resolución.” CIERCO SEIRA, César. “El principio de audiencia y contradicción”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 327.

2.9. In dubio pro actione.

El principio de *In dubio pro actione*, derivado del procesal penal de *In dubio pro reo*, busca que en los procedimientos en que no haya claridad sobre algún punto o existan dudas concretas sobre algo, el operador jurídico debe favorecer los intereses del accionante, otorgándole la interpretación que más le convenga al particular y no a la Administración.

Igualmente, se debe precisar que este principio “[q]ue también se inscribe en el contexto del antiformalismo, tiene como función específica la de facilitar un pronunciamiento sobre el fondo, interpretando para ello del modo más favorable al administrado los requisitos de carácter formal”.⁴⁵⁰

En este orden de ideas, el principio del *In dubio pro actione* es una consecuencia lógica de la desigual posición existente entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, con lo que se pretende favorecer a los particulares, en los casos en que la intelección de los preceptos no sea lo suficientemente clara y subordinar las formalidades a la efectividad de las tutelas.⁴⁵¹

2.10. Economía y eficiencia procedimental.

Estos principios se encuentran fuertemente relacionados entre sí y por ende, se trabajarán simultáneamente, se deben abordar como: “[...] máxima expresión del <<antiformalismo>>, inspira[n] la regulación y el desarrollo del procedimiento administrativo en el sentido de evitar formas y trámites innecesarios, repetitivos, dilatorios o inútiles”.⁴⁵²

Adicionalmente, como lo destaca Alba Nogueira López: “También es un principio que fundamenta

⁴⁵⁰ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Arazandi. Thomson-Civitas. 2005. p. 234.

⁴⁵¹ “Su propósito es, en pocas palabras, subordinar las formalidades a la efectividad de la tutela, y constituye un principio hermenéutico recurrente basado en una máxima jurídica incontrovertible: toda disposición que limita un derecho, como de manera singular acontece con las causas de inadmisión de los recursos, debe interpretarse de manera restrictiva”.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. “Principio pro actione”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 843.

⁴⁵² BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Arazandi. Thomson-Civitas. 2005. pp. 233-234.

la sustitución de técnicas de intervención administrativa por otras con una carga burocrática más atenuada”.⁴⁵³

En este sentido, el profesor Juan Alfonso Santamaría considera que estos principios se desprenden los siguientes: El principio de simultaneidad, el principio de acumulación, el principio de no suspensión del procedimiento y el principio de preclusión de trámites.⁴⁵⁴ Con ellos se busca, en la práctica, evitar demoras que puedan derivar consecuencias desfavorables a los administrados.

Se debe tener presente que estos principios, son diferentes al de eficacia administrativa, el cual pretende que se logren los objetivos que se han propuesto y se pueda llevar a cabo la decisión en la realidad.⁴⁵⁵

2.11. Oficialidad.

Este principio busca que el procedimiento, al ser tramitado siguiendo los lineamientos del sistema inquisitivo, se desarrolle independientemente de las actuaciones de los interesados, ya que la Administración debe impulsarlo y realizar los actos necesarios para colaborar en su curso normal; en síntesis, “[...] implica que los órganos administrativos han de realizar por su propia iniciativa los actos de trámite conducentes a una resolución sobre el fondo”.⁴⁵⁶

⁴⁵³ NOGUERA LÓPEZ, Alba. “El principio de economía procesal”. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 300.

⁴⁵⁴ Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. pp. 53-54.

⁴⁵⁵ “La eficacia implica, pues, que el servicio a los intereses generales deba ser efectivo. Esa efectividad, en íntima conexión con el deber de objetividad, supone que, en primer lugar, la Administración *deba conocer adecuadamente las circunstancias del caso*, los medios que se pueden disponer y los objetivos que se quieren alcanzar. Pero, además, el deber de eficacia conlleva implícitamente la necesidad de tener en cuenta y ponderar en la decisión los intereses privados envueltos en el asunto y el *grado de aceptación* que la decisión que está en fase de elaboración despierta, puesto que la elección de la alternativa más eficaz en el servicio al interés general comporta la necesidad de su consideración”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 443.

⁴⁵⁶ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Arazandi. Thomson-Civitas. 2005. p. 233.

Como lo señala Javier Barnés: “Ciertamente, resulta clara la conexión de este principio con la tutela del interés público encomendada a la Administración, lo que la obliga a adoptar una posición activa en el procedimiento, eliminando la posibilidad de que los interesados dispongan sobre el mismo”.⁴⁵⁷

En adición, en cuanto a la oficialidad, es pertinente recordar siguiendo a los profesores Eduardo Gamero y Severiano Fernández que:

“El fundamento de este principio estriba en que, mientras en los procesos civiles se debaten exclusivamente intereses privados, el procedimiento administrativo cumple esencialmente -como se ha visto- una función de realización de los intereses públicos, lo cual exige que el impulso del mismo no dependa del interés particular de los administrados que coyunturalmente intervengan en cada procedimiento, sino que la Administración tiene la potestad –es decir, el derecho y el deber- de instruirlo”.⁴⁵⁸

2.12. Publicidad.

Siguiendo a Ramón Parada: “La publicidad o secreto de los procedimientos es un tema complejo cuya comprensión exige distinguir entre el derecho de los interesados en el procedimiento al conocimiento de las actuaciones que en él se van desarrollando, y el derecho de los ciudadanos también <<interesados>> por legítima curiosidad democrática en la transparencia de la actividad administrativa”.⁴⁵⁹

Porque como lo explican Eduardo Gamero y Severiano Fernández: “El término publicidad no significa, en este ámbito apertura del procedimiento administrativo a la generalidad de los ciudadanos, sino que en realidad se refiere a la publicidad de las actuaciones

⁴⁵⁷ BARNES VÁZQUEZ, Javier. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. p. 134.

⁴⁵⁸ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 268.

⁴⁵⁹ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. pp. 224.

administrativas en relación con las partes de cada concreto procedimiento administrativo [...]”.⁴⁶⁰ En consecuencia, como lo destaca Luciano Parejo los interesados tienen “[...] los derechos a conocer en cualquier momento el estado del trámite del procedimiento y obtener copias de los documentos en él contenidos, así como a identificar a las autoridades y al personal cuya responsabilidad se tramite”.⁴⁶¹

En la actualidad, la interpretación de este principio se ha extendido y por ende, se han ampliado jurídicamente las posibilidades de los administrados para acceder a la información que desean y se obliga a las Administraciones Públicas a presentar informes y contestar las peticiones que hagan los particulares.

3. PRINCIPALES FINES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTENIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Introducción.

Resulta adecuado tener muy presente las acertadas y muy gráficas ideas del Doctor García de Enterría al advertir que: “El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como en un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquella dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares”.⁴⁶² Para

⁴⁶⁰ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 269.

⁴⁶¹ ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 368.

⁴⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. pp. 479-480.

lograr que el procedimiento administrativo cumpla con sus fines, es necesario que éstos sean preestablecidos normativamente y sean aplicados correctamente por los operadores jurídicos.

En España se puede afirmar que de la lectura de los más representativos doctrinantes del derecho administrativo y de la normatividad vigente en materia de procedimiento, se desprende que los principales fines del procedimiento son: 1. Garantía del interés Público; 2. Garantía de los derechos de los ciudadanos; 3. Sometimiento a la ley y búsqueda del acierto de la decisión; 4. Comprobación de datos e intercambio de información; 5. Contribuir con la participación de los ciudadanos y 6. El deber de buena administración.⁴⁶³

3.1. Garantía del interés público.

Uno de las más importantes razones de ser del Derecho administrativo, que en ocasiones parece olvidan algunas personas, consiste en buscar la prevalencia del bien general sobre el particular. Para lograr garantizar la prevalencia del interés público en los procedimientos administrativos, se debe hacer énfasis en dos características que debe tener el procedimiento.

La primera consiste en “[...] asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y del arbitrio del mismo”.⁴⁶⁴

La segunda, pero no por esto menos importante, es tener presente que “[e]l procedimiento posibilita además el acierto y oportunidad de la actuación administrativa, evitando que la Administración actúe de manera irreflexiva o arbitraria, y tenga en cuenta todos los intereses –públicos y privados- implicados en su actuación”.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Es pertinente aclarar que cada autor propone una clasificación sobre el tema, donde; por ejemplo, incluye dos principios simultáneamente, incluye otros diferentes, suprime algunos, etcétera. En este sentido, los fines que se explicaran a continuación se seleccionaron y organizaron con el objetivo de incorporar los más importantes y de lograr una mayor facilidad metodológica.

⁴⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 455.

⁴⁶⁵ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 264.

En la práctica, como consecuencia de las posiciones que puede adoptar la Administración, es necesario que se haya establecido jurídicamente la manera en que formalmente debe actuar y fijar un tiempo razonable del desarrollo de sus actividades, de lo contrario el interés general se puede ver amenazado, por las conductas inapropiadas de algunos de los empleados del Estado.

3.2. Garantía de los derechos de los ciudadanos.

La realización de un procedimiento administrativo adecuado es un deber de la Administración y un correlativo derecho de los ciudadanos. Por lo anterior, “[...] el procedimiento así entendido constituye una exigencia de funcionamiento para cualquier organización compleja al objeto de facilitar el control interno de las actuaciones por los órganos superiores, y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad, que es mayormente exigible al tratarse de una actividad vinculada a la satisfacción de intereses públicos”.⁴⁶⁶

“El procedimiento como conjunto de formalidades arbitradas legalmente, se configura como baluarte garantista de los particulares, en la medida que somete la actividad administrativa a unos causes predeterminados, y les ofrece la vía no sólo para conocer con antelación el desarrollo de la actuación de la Administración, sino para intervenir en el mismo en defensa de sus derechos e intereses”.⁴⁶⁷

Al mismo tiempo, resulta necesario “[...] resaltar en todo caso el carácter pretenciosamente garantista que se evidencia en la moderna regulación del procedimiento administrativo. No se trataría tanto de orientar y vigilar, dejando constancia de la actividad de los funcionarios y autoridades en el ejercicio de sus potestades, como de evitar que sean conculcados los derechos y libertades de los ciudadanos”.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 383.

⁴⁶⁷ DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 30.

⁴⁶⁸ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 212.

Es síntesis, lo que se pretende durante el procedimiento administrativo es que sea una garantía para que los ciudadanos conozcan el camino, previamente determinado, de la manera en que deben actuar los funcionarios del Estado para tomar sus decisiones y en caso de que se presente alguna irregularidad poder hacer valer sus derechos.

3.3. Sometimiento a la ley, búsqueda del acierto de la decisión y garantía de la racionalidad.

Así mismo, el procedimiento administrativo tiene como otro de sus fines primordiales el de: “Garantizar, gracias a su formalización, el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de las actuaciones administrativas con relevancia jurídica directa sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, tal y como se deriva del artículo 103 CE y lo exige específicamente el artículo 105 CE, lo que responde a la cláusula de Estado de Derecho”.⁴⁶⁹ Se busca que los funcionarios públicos no se separen de las orientaciones legales y reglamentarias, para que exista la objetividad en cada una de las actividades que realizan.

Además, el Derecho tiene un cierto marco de ductilidad o flexibilidad que se produce al interpretar los preceptos del ordenamiento jurídico que pueden dar lugar a diversas posibilidades de respuesta ante un caso determinado. Por esto, “[a]nte todo el procedimiento debe garantizar el acierto de la decisión, es decir, que se trate de la decisión procedente y correcta en términos jurídicos y, si se trata de una decisión discrecional, también la más apropiada al interés general, ya sea en términos políticos, técnicos o económicos. El procedimiento, jurídicamente regulado, proporciona así un cauce ordenado para decidir y contribuye a *racionalizar el ejercicio de la función administrativa*”.⁴⁷⁰ Es así como, “[...] la racionalidad se convierte en un cometido trascendente, mediante el cual el discurso jurídico se mantiene, como medio de ordenación política, en conexión con el discurso social general”.⁴⁷¹

Por último, recogiendo la concreta definición de Juli Ponce Solé, “[u]na buena decisión es una decisión que pueda ser aplicada en la práctica, que haya tenido en cuenta sus condicionantes

⁴⁶⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 361.

⁴⁷⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 474.

⁴⁷¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 97.

económicos, y también, y en ocasiones sobre todo, es una decisión susceptible de ser dictada en breve plazo”.⁴⁷²

3.4. Comprobación de datos e intercambio de información.

En la actualidad, para algunos administrativistas como José Bermejo Vera, “[e]l objetivo fundamental del procedimiento administrativo, es fundamentalmente, determinar, conocer y comprobar los datos, hechos y circunstancias en virtud de los cuales debe adoptarse una decisión o resolución administrativa, con el objeto de garantizar los intereses públicos”.⁴⁷³ En otras palabras, la función administrativa sería entonces de constatación de unos hechos para poder lograr llegar a una solución acorde con la realidad que se pretende abordar.

Para acceder a la perspectiva anterior, se parte de la base de que la relación Administración-administrado se ha venido modificando, dejando de concebirse como dos partes ajenas o con intereses contrapuestos, transformándose en una relación de mutua colaboración, dentro de la cual las dos partes tienen una forma de actuación determinada para facilitar las funciones administrativas; de esta forma, el procedimiento se puede comprender como un mecanismo de intercambio de información entre el Estado y los particulares, para poder facilitar tanto la buena administración como las necesidades de los administrados.

3.5. Contribuir con la participación de los ciudadanos.

En los Estados democráticos se debe propender por lograr un acercamiento en las relaciones entre la Administración y los particulares. Partiendo de esto, el procedimiento administrativo, acogiendo los postulados de la buena Administración, permite que las personas afectadas por las decisiones administrativas puedan controlar la manera en que se efectúan las funciones estatales, para poder defender sus derechos e intereses legítimos.

⁴⁷² PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 24.

⁴⁷³ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas. 2005. p. 231.

Siguiendo al profesor Luciano Parejo el procedimiento contribuye a “[p]osibilitar la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones del poder público administrativo, en tanto que el derecho fundamental proclamado por el artículo 23 CE y requisito derivado del contenido del artículo 105 CE, el cual impone la audiencia de los ciudadanos afectados en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas, y la de los interesados en el procedimiento de elaboración de producción de los actos administrativos, como corresponde a un Estado Democrático de Derecho”.⁴⁷⁴

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que “[...] más recientemente el procedimiento administrativo constituye también un medio para la apertura de la Administración al entorno social, de *participación de los ciudadanos* en el ejercicio de las funciones administrativas, de colaboración entre Administración y sociedad y de consecución de mayor transparencia, finalidad que asume una importancia creciente[...]”.⁴⁷⁵

3.6. Buena Administración.

Uno de los fines del procedimiento administrativo español en la actualidad es la búsqueda de una buena administración, es decir que las Administraciones Públicas gestionen los recursos que se le asignan de la manera más adecuada posible, obtener decisiones de calidad, lograr la participación de los ciudadano, garantizar la prevalencia del interés general sobre el particular y en general, establecer unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder.⁴⁷⁶ En consecuencia,

⁴⁷⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 361.

⁴⁷⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 474.

⁴⁷⁶ “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. p. 23.

como lo precisa Jaime Rodríguez-Arana: “La buena Administración, el buen gobierno aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales”.⁴⁷⁷

Como lo explica Juli Ponce Solé, “[...] la doctrina española ha derivado implícitamente de la vigente Constitución española la existencia de un deber de buena administración, conectado a diversos principios constitucionales (racionalidad, 9.3 CE; eficiencia y economía, 31.2 CE; eficacia, objetividad y coordinación, 103.1 CE), en la línea de los deberes jurídicos similares existentes en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno”.⁴⁷⁸

En este momento, “[...] el procedimiento administrativo puede y debe ser una institución jurídica que, además de constituir una defensa para los interesados, ayude a que la Administración administre bien y, en consecuencia, a que aumenten las posibilidades de obtención de decisiones acertadas en su servicio a los intereses generales”.⁴⁷⁹ Para lograr una correcta decisión esta debe ser orientado por los principios del procedimiento administrativos y especialmente, por los de eficacia, eficiencia, confianza legítima e imparcialidad.

En palabras de Marco Gómez “[e]n una buena administración pública, en sentido material u objetivo, la eficacia en la consecución del interés público definido por la ley (o por la Administración o acuerdo con ella) debe conectarse con el respeto de los intereses particulares eventualmente afectados y objeto de protección (a veces insuficientemente y no por falta de voluntad), o sacrificio, en los términos legalmente previstos, pero presente por medio un sistema de garantías que permite evaluar si la Administración resuelve correctamente el conflicto de intereses”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones públicas*. Colección divulgación jurídica. Primera edición. Editorial Aranzadi. Navarra. 2006. p. 34.

⁴⁷⁸ PONCE SOLÉ, Juli. “¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? En *Revista de Administración Pública*. Número 173. Mayo-agosto. 2007. p. 241.

⁴⁷⁹ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 32.

⁴⁸⁰ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 48.

PARTE II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ACTUALMENTE CONTENIDO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

INTRODUCCIÓN.

La procedimentalización de la actividad administrativa, como lo explica el profesor Juan Santamaría, es el resultado de diversas razones entre las cuales se deben destacar: 1. La reacción natural del Estado liberal de Derecho ante el fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la Administración; 2. El crecimiento orgánico que la Administración experimento a lo largo de los

dos últimos siglos y 3. La presión de la burocracia, a la que el procedimiento proporciona comodidades, seguridad y garantiza las esferas de influencia.⁴⁸¹

Adicionalmente, se debe reconocer que “[e]l procedimiento administrativo <<no es neutral en una dinámica de modernización del Estado>>. Muy al contrario, <<es un instrumento adecuado para dinamizar su avance y, por lo tanto, las reglas esenciales del procedimiento son una pieza fundamental en el proceso de modernización de nuestra sociedad y de su Administración”.⁴⁸²

En este sentido, resulta evidente afirmar que el procedimiento administrativo surgió como resultado natural de las actividades realizadas por la Administración encaminadas a manifestar su voluntad y poder cumplir así con sus funciones. Era necesario que se acoplara a las nuevas exigencias de las democracias liberales europeas donde se desarrolló, relativamente en forma paralela, aunque, con algunas pequeñas variaciones en cada país.

En este momento, para aterrizar un poco más el tema, corresponde examinar la regulación del procedimiento vigente en España, materia de gran importancia⁴⁸³. En nuestros días el procedimiento administrativo⁴⁸⁴ está contenido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 1992, cuya aparición fue debida más a motivaciones políticas, que a una necesidad real de emprender una reforma legislativa sobre la materia.⁴⁸⁵ El resultado fue un texto técnicamente impreciso, que suscitó las

⁴⁸¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. pp. 23-26.

⁴⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 458.

⁴⁸³ “Los procedimientos administrativos desempeñan un papel muy importante para la construcción del Derecho administrativo por dos razones: por un lado son fenómenos concretos, y, por otro, proporciona un esquema de ordenación”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 360.

⁴⁸⁴ “Las normas reguladoras del procedimiento administrativo son normas de Derecho administrativo, no de Derecho procesal. Sus fuentes son las fuentes del Ordenamiento jurídico español, si bien en cuanto se refieren a esta realidad concreta que es el procedimiento administrativo ofrecen peculiaridades, no sólo respecto de las que no son Derecho administrativo, sino respecto de las de Derecho administrativo que no regulan el procedimiento”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 83.

⁴⁸⁵ “En realidad, la nueva Ley se elaboró bajo dos directrices implícitas:

más fuertes críticas doctrinales, expidiéndose la Ley 4 de 1999 que vendría a modificar el texto original.⁴⁸⁶

En cuanto al estudio concreto del procedimiento español es conveniente subdividir esta sección del capítulo segundo en dos partes: 4. El régimen de procedimiento administrativo vigente en el ordenamiento jurídico español y 5. La estructura del procedimiento.

4. EL RÉGIMEN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Introducción.

En España la primera legislación sistemática del procedimiento fue elaborada en las postrimerías del siglo XIX, con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1889 la cual rigió hasta 1958, cuando se expidió la segunda Ley de Procedimiento Administrativo. En la actualidad, rigen las normas de la Constitución de 1978 y la Ley 30 de 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Para efectos de este trabajo, parece adecuado concentrarse en dos puntos principales que son: 1. Las nociones generales sobre el procedimiento en España, lo que permitirá entender sus

- una, la puramente ideológica de sustituir a toda costa una norma que, al agravio de proceder del régimen franquista, sumaba la provocación de su unánime alabada calidad; y
- otra, el afán de incorporar a la legislación de procedimiento algunas reglas y principios de un aire democrático puramente aparential, así como algunas simplezas teóricas de autores aislados y sin crédito científico alguno; simplezas mal entendidas y peor expresadas en el nuevo texto”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. pp. 33-34.

⁴⁸⁶ El contenido de esta ley es un tema central en del trabajo de grado que se ha venido trabajando en los capítulos anteriores y que se continuará analizando en los siguientes, por esto no es conveniente profundizar en su contenido en este momento.

Lineamientos básicos y 2. El papel de las partes dentro del procedimiento administrativo, que presentará los roles que desempeñan tanto la Administración como el interesado.

4.1. Nociones generales sobre el procedimiento administrativo en España.

En la legislación actual hay dos temas, íntimamente relacionados entre sí, que son muy importantes para entender el manejo de esta ley en el contexto español de nuestros días: El primero, hace referencia a las relaciones territoriales que se presentan como consecuencia de la dicotomía Estado y Comunidades autónomas y el segundo, es la determinación de cuándo se aplica el procedimiento general y cuándo se seguirán los particulares.

4.1.1. Origen y consolidación del procedimiento administrativo en España.

En España, a grandes rasgos, la legislación en materia de procedimiento administrativo aparece sistematizada por primera vez en la Ley de Procedimiento Administrativo o Ley de Bases de 19 de octubre de 1889 donde se asimiló al proceso judicial. Posteriormente, en 1958, se expide una nueva Ley de Procedimiento Administrativo en la cual se expresó la necesidad de matizarlo con respecto a la rigidez del proceso judicial⁴⁸⁷; puesto que, en sentido estricto no hay en realidad una verdadera contraposición de intereses, sino se trata de un mecanismo encaminado a la consecución del interés general y de los fines del Estado.

La Constitución de 1978, con sus nuevos principios orientadores, introdujo muy importantes menciones al modelo del procedimiento administrativo⁴⁸⁸; sin embargo, no permitieron una total armonización entre la norma superior y el procedimiento administrativo.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ “Ello no obstante, nada de lo manifestado impide reconocer que muchas de las garantías jurídicas ínsitas al proceso están –o deben estar– presentes en el procedimiento, porque aquí también han de quedar tutelados los derechos e intereses de los ciudadanos. Aunque no es posible una extrapolación global e indiscriminada, que prescinda de apreciar la compatibilidad entre estos bienes jurídicos y el interés general a salvaguardar por la administración”.
DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 37.

⁴⁸⁸ “Seguramente por ese doble alcance de garantía ligada a la obtención de la tutela judicial y de garantía del interés público, el procedimiento administrativo ha merecido el raro honor de ser aludido en dos ocasiones por la Constitución de 1978: en el artículo 105.3 («la Ley regulará el procedimiento a través del cual pueden producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado») y en el artículo 149.1.18.a (donde se

Sobre el tema del procedimiento administrativo concretamente dispuso en el numeral 3 del artículo 105 que: “La ley regulará el procedimiento a través del cual pueden producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”. Con esta redacción, el constituyente reconoce que los particulares también están interesados en el procedimiento administrativo, es decir que no es simplemente una función de Estado, sino que es necesaria la garantía y protección de los derechos de los administrados.

De lo anterior se desprende que el centro del asunto consiste en encontrar ese equilibrio entre el cumplimiento de las funciones administrativas y la protección de los derechos de los particulares⁴⁹⁰ o como lo explica Jesús González Pérez: “[e]l procedimiento administrativo trata de hacer realidad la ecuación prerrogativa-garantía, que está en la base de todo el Derecho administrativo. El procedimiento administrativo protege tanto el ejercicio de las prerrogativas públicas como el de las garantías individuales; articula el ejercicio de las distintas prerrogativas al mismo tiempo que el de los derechos y libertades públicas”⁴⁹¹.

Las nuevas orientaciones establecidas en la Constitución de 1978 fueron recogidas en la Ley 30 de 1992, que es el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común, con las modificaciones introducidas en la Ley 4 de 1999 siendo la normatividad vigente sobre la materia.

reserva a la *exclusiva competencia del Estado «el procedimiento administrativo común»*, aunque «sin perjuicio de las especializaciones derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas»”.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 303-304.

⁴⁸⁹ “El resultado ha sido y sigue siendo una situación normativa, en cuanto al régimen de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, que dista de ser plenamente conforme con el orden constitucional, como demuestran: i) la ampliación ulterior control judicial a toda la actividad administrativa, comprensiva, además de las disposiciones de carácter general y los actos expresos y presuntos, de la inactividad prestacional y la actuación materias constitutiva de vía de hecho, y ii) la introducción, también ulterior, de peculiaridades procesales entre los litigios entre Administraciones públicas”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El procedimiento administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 432.

⁴⁹⁰ “Esto es, se requiere ponderar la adecuación e idoneidad de las garantías jurídicas de una parte y de otra parte, posibilitando el equilibrio necesario para que el procedimiento cumpla los objetivos que tiene encomendados”.

DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 37.

⁴⁹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 77.

4.1.2. Las relaciones territoriales.

Para entender la aplicación que tiene la Ley de Procedimiento Administrativo Común, es necesario recordar que España tiene una forma de Estado regional, dividido en Comunidades Autónomas; en consecuencia de esto, se debe mencionar el numeral 1.18 del artículo 149 que preceptúa:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
18. Las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

Este artículo presenta una redacción un poco confusa que suscitó comentarios doctrinales y produjo Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia. La conclusión a la que se llegó después de estas aclaraciones fue la siguiente: “En definitiva, la competencia para regular cada procedimiento especial se reparte entre el Estado y las Comunidades Autónomas en función de la titularidad sobre la materia concreta de que se trate. De este modo, se produce una división entre el <<procedimiento administrativo común>> de titularidad estatal y el resto de los <<procedimientos especiales>>, cuya titularidad depende de la materia que se trate”.⁴⁹²

Adicionalmente, resulta claro que “[...] la expresión «procedimiento administrativo común», interpretada en el contexto del artículo 149 de la Constitución cobra una acepción unívoca en el sentido de *derecho directamente aplicable*, inderogable por hipotéticas leyes territoriales o especiales, excluyendo *a radice*, por tanto, la idea de supletoriedad”.⁴⁹³

4.1.3. El procedimiento común y los procedimientos especiales.

⁴⁹² GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 266.

⁴⁹³ LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. p. 148.

Al lado del procedimiento común de la RJPA, que es de obligatorio cumplimiento y traza los lineamientos de todos los procedimientos, las Administraciones Públicas pueden desarrollar sus procedimientos especiales⁴⁹⁴; en ocasiones, las diferencias son muy superficiales circunscribiéndose a delimitar algunos asuntos básicos como el plazo del trámite y los efectos del silencio administrativo; mientras que en otros, se hace un acercamiento mucho más riguroso.⁴⁹⁵

Seguendo a Luciano Parejo Alfonso: “De esta suerte la materia <<procedimiento administrativo común>> tiene como campo propio, además del nuclear antes establecido, el de las garantías mínimas correspondientes a instituciones generales de garantía para las que la Constitución no ha previsto un título competencial específico, cual sucede con la de la libertad frente al ejercicio de la potestad sancionadora efectiva”.⁴⁹⁶

En todo caso, como lo afirma Miguel Sánchez: “La profusión de procedimientos especiales es tal que obliga, inevitablemente a buscar en cada caso la regulación aplicable, algo muy importante en la práctica, ya que sólo así puede conocerse entre otras cosas cuál es el plazo para resolver cada procedimiento y los efectos que tiene el transcurso de ese plazo sin que se haya notificado la resolución”.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ “La LRJPA da reglas específicas, no obstante, para algunos de los procedimientos especiales en relación con los cuales no rige la norma de adecuación al procedimiento común o tipo. Así, en los *procedimientos administrativos en materia tributaria*, los cuales seguirán rigiéndose por su normativa específica, y sólo subsidiariamente por las Disposiciones de la Ley 30/1992 (*Disposición adicional 5.a*); los *actos de seguridad social y desempleo*, que se regirán por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral; (...). Los procedimientos que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto de personal a su servicio, y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 307.

⁴⁹⁵ “En general, las Comunidades Autónomas han regulado los procesos de elaboración normativa de sus respectivas Administraciones de forma mimética pero desacompañada, habiéndose cruzado los modelos en el espacio y también en el tiempo”.

BERMEJO LATRE, José Luis. “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 124. Octubre-diciembre. 2004. p. 613.

⁴⁹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. “El procedimiento administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 455.

⁴⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 477.

Por último, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, desviándose un poco de su objetivo inicial, ha excluido “[...] de su regulación a una serie de procedimientos especiales en la materia tributaria; de impugnación de actos de la Seguridad Social y de gestión recaudatoria de la misma; procedimiento sancionador por infracciones en el orden social y de extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social; procedimientos disciplinarios y reclamaciones económico-administrativas”.⁴⁹⁸

4.2. Las partes en el procedimiento Administrativo: La Administración responsable y los derechos de los interesados dentro del procedimiento administrativo.

En las relaciones procedimentales siempre están presentes dos partes que son: por un lado, la Administración y por el otro, el interesado. Dentro de esta relación bilateral se generan derechos, deberes y obligaciones recíprocas; las cuales son repartidas por el derecho administrativo, teniendo en cuenta, tanto la búsqueda del interés general como el estado de indefensión de los particulares ante la Administración.⁴⁹⁹

Las Administraciones públicas son las encargadas de prestar los servicios públicos, incluyendo la obligación⁵⁰⁰ de adelantar los procedimientos administrativos. Estas instituciones actúan por medio de personas físicas, por lo que serán responsables de las actividades desempeñadas por sus empleados. Una de las obligaciones que más interesa para la realización de

⁴⁹⁸ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 385.

⁴⁹⁹ Por esto, como lo precisa el administrativista Luciano Parejo Alfonso “[...] el procedimiento administrativo común ha de descansar en un verdadero estatuto de la relación ciudadano-Administración, que debe establecerse desde la doble perspectiva de la posición fundamental del primero como titular de derechos y deberes constitucionales (en particular, el de participación directamente en los asuntos públicos; art. 23 CE) y de los principios que, de acuerdo con el prefijado en el artículo 103.1 CE, articulan la organización y la actuación (competencia, funcionamiento y actividad) administrativas”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El procedimiento Administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. pp. 460-461.

⁵⁰⁰ Aunque, resulta claro que las Administraciones públicas poseen derechos, la relación que tienen con los particulares es de cumplir con unos deberes que son atribuidos por el ordenamiento jurídico y por ende, tendrán más deberes y obligaciones que derechos.

“Evidentemente, no todos los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo son susceptibles de ser aplicados a las Administraciones Públicas, ni todas pueden gozar por igual de los mismos, no ya por la propia naturaleza del derecho, sino por los fines y contenidos de la Administración titular”.

CABALLEIRA RIVERA, María. “¿Gozan de derechos fundamentales las Administraciones públicas?”. En *Revista de Administración Pública*. Número 158. Mayo-agosto. 2002. p. 237.

este trabajo es la de resolver a tiempo, de la cual se desprende el derecho a un procedimiento sin dilaciones injustificadas.

En cuanto a los interesados, se debe recordar que la Ley 30 de 1992 considera interesados tanto a los que pretenden algún beneficio como a quienes pueden resultar afectados por el mismo.⁵⁰¹ A ellos se les reconocen una serie de derechos para que puedan hacer efectivas sus pretensiones, cuando la Administración por diversas razones no quiere cumplir con las tareas asignadas por el ordenamiento jurídico.

4.2.1. La Administración responsable del procedimiento.

A lo largo de este escrito se ha evidenciado que la Administración pública⁵⁰² es la encargada de perseguir el interés general con lo que se convierte en una verdadera parte en la relación procedimental y al mismo tiempo, es la encargada de tramitar todo el procedimiento administrativo.⁵⁰³

Para cumplir con los fines que se les encomiendan a las entidades públicas es necesario que intervengan “[...] un conjunto de servidores de la Administración competente, en todos los cuales deben concurrir las necesarias condiciones de imparcialidad y de libertad de juicio y de

⁵⁰¹ En este sentido el profesor Ramón Parada recuerda que: “A efectos del procedimiento administrativo es válido el concepto de *derecho subjetivo* que se formula en la teoría general del Derecho: el poder de exigencia de una prestación frente a otro sujeto, tenga o no la prestación un contenido patrimonial, y cualquiera que sea el título (legal, contractual, extracontractual) en que tenga origen. La titularidad de un derecho subjetivo confiere el grado máximo de legitimación y, por ende, los titulares de derecho son siempre interesados necesarios”.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. pp. 219.

⁵⁰² “Existen multitud de personas jurídicas públicas, de muy diversa entidad, que realizan funciones administrativas. Desde el Estado, cuya posición prevaente destaca, hasta la última entidad institucional creada por un Municipio, son muchas las personas jurídicas públicas, esto es, «centros de imputación de competencias con personalidad jurídica que actúan a través de sus órganos, los cuales atribuirán su actividad a aquel ente a que pertenecen»”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 113.

⁵⁰³ “En el procedimiento administrativo, el ente público en cada caso competente, a través de sus órganos, será, el que decida la cuestión planteada. A diferencia de cuando el Estado realiza funciones jurisdiccionales —en que incide como tercero imparcial en una relación jurídica de que no es parte—, en el procedimiento administrativo es sujeto de Derecho que trata de realizar sus intereses, y parte interesada en una relación jurídica”.

decisión”.⁵⁰⁴ Con el fin de garantizar los objetivos, antes descritos, la legislación obliga a los funcionarios a abstenerse de intervenir en los procedimientos en que crean que existe algún elemento subjetivo que pueda influir en su actuación, valoración o decisión.

Hay que resaltar el propósito contenido en la LRPAC al distinguir entre los funcionarios responsables de la tramitación⁵⁰⁵ y aquellos que se ocupan de la resolución del procedimiento⁵⁰⁶. No obstante, como lo destacan Eduardo Gamero y Severiano Fernández “[e]n realidad aun cuando parece traslucirse una cierta intención de separación entre la responsabilidad en la tramitación a cargo de los titulares de las unidades administrativas (personal profesional) y la responsabilidad de la resolución a cargo de los titulares de los órganos (clase política), se trata de una separación ficticia debido a las relaciones de dirección y jerarquía existentes entre unos y otros”.⁵⁰⁷

En cuanto a la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios públicos se debe precisar que el artículo 41 faculta a los particulares para exigir la responsabilidad a la Administración o Administraciones correspondiente. “Se trata, ante todo de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, como precisa el artículo 42.7, pero <<sin perjuicio a la que hubiere lugar según la normativa vigente>>, con lo que se viene a aludir una eventual responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios o más raramente en la práctica a una eventual responsabilidad penal”.⁵⁰⁸

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 112.

⁵⁰⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 38.

⁵⁰⁵ “Artículo 41. Responsabilidad de la tramitación.

1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

2. Los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública que corresponda.

⁵⁰⁶ Artículo 41.7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”.

⁵⁰⁷ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 270.

⁵⁰⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 479.

4.2.2. Los derechos de los interesados.

Para ser parte en un procedimiento administrativo es necesario que el particular esté legalmente reconocido o legitimado para actuar; para esto, tiene que ostentar la calidad de interesado, la cual se adquiere al tener una relación específica con el objeto que fundamenta la existencia de la actividad administrativa.

Así, en ocasiones puede tener más de un interesado “[...] bien porque en una de aquellas posiciones —la de incoación del procedimiento o de persona frente a quien se actúa— exista más de una persona —sin que se rompa la bilateralidad—, bien porque se rompa la bilateralidad y aparezcan dos grupos de interesados en posiciones contrapuestas o contradictorias, adquiriendo el procedimiento administrativo una estructura análoga a la de los procesos, al aparecer la Administración como órgano supraordenado a ambos grupos”.⁵⁰⁹

En adición, como lo demuestra Luciano Parejo, “[e]n determinados supuestos, el ordenamiento jurídico reconoce excepcionalmente la presencia de un interés social o público que puede ser invocado por cualquiera a través de la llamada acción pública o popular. En estos casos determinados por la normativa sectorial (medio ambiente, urbanismo), los ciudadanos en general pueden ser parte en el procedimiento sin que exista un vínculo específico basado en un derecho o interés legítimo propio de los interesados”.⁵¹⁰ En estas situaciones, las Administraciones Públicas deben notificar tanto a los interesados como a quienes demuestren su intención de vincularse al procedimiento.

Uno de los principales derechos con los que cuentan los particulares, como en diversas ocasiones lo demuestra este escrito, es el derecho a una buena administración el cual impone a la

⁵⁰⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 171.

⁵¹⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 373.

Administración la carga de comportarse en una forma determinada al desarrollar sus funciones administrativas.⁵¹¹

Siguiendo con la concepción de que la Administración durante el transcurso del procedimiento administrativo tiene que cumplir con determinadas obligaciones, basados, tanto en el numeral 3⁵¹² del artículo 105 de la Constitución, como en los 6 primeros literales⁵¹³ del artículo 35⁵¹⁴ de la Ley 30 de 1992.

Así mismo, la doctrina ha precisado que los interesados tienen otros derechos que pueden ser exigidos legalmente. Por ejemplo, para Miguel Sánchez serán: 1. Derecho a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que son parte y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos; 2. El derecho a obtener copia sellada de los documentos que se presenten a la Administración; 3. Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución y 4. Interponer recursos y

⁵¹¹ “El objeto del deber de buena administración es un tipo de conducta que impone la Constitución, aunque sin hacer referencia a ninguna acción u omisión determinada, lo que es propio de las obligaciones. En este caso estamos ante un deber de hacer, positivo, que exige un determinado modo de desarrollo de la función administrativa”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 161.

⁵¹² “Artículo 105. La ley regulará:

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

⁵¹³ “Obsérvese, pues, como ya se dijo, que los seis primeros derechos que quedan enumerados lo son en cuanto el ciudadano es además interesado en un determinado expediente; el apartado g) se refiere a una situación que podríamos denominar de «preinteresado», y en cuanto a los cuatro últimos apartados, basta la condición de ciudadano, sin que se requiera la de interesado”.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 105.

⁵¹⁴ “Artículo 35. Derechos de los ciudadanos.

Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

A) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

B) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

C) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.

D) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico.

E) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

F) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”.

a solicitar la revisión de oficio de actos nulos de propio derecho⁵¹⁵; mientras que, Luciano Parejo los sintetiza en: 1. Derechos relativos al acceso a la información particular contenida en los procedimientos: el derecho de acceso a las actuaciones en curso y el derecho de acceso a archivos y registros; 2. Derechos relativos a la información administrativa general, 3. Derechos instrumentales: el derecho al uso de las lenguas cooficiales y 4. El derecho de acceso electrónico a las administraciones públicas.⁵¹⁶

5. LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Introducción.

El procedimiento debe ser organizado en diferentes fases conducentes a la obtención de unos determinados fines⁵¹⁷, que están simplemente encaminados a conseguir unas decisiones de calidad.⁵¹⁸ “Las actuaciones procedimentales precisan estar adecuadamente organizadas como condición para el cumplimiento del procedimiento de su función institucional de cause de la actividad de la Administración que ha de ser objetiva, eficaz y atendida al Derecho en el servicio del interés general”.⁵¹⁹

⁵¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. pp. 483-485.

⁵¹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. pp. 376-382

⁵¹⁷ “A través de la previsión de distintas fases se intenta ordenar el flujo de información, dotándolo de estabilidad por medio de normas de preclusión y a la vez permitiendo excepcionalmente la reapertura de fases y procedimientos para hacer posible la adaptación a las exigencias de la realidad”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 374.

⁵¹⁸ “El procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar *a priori* el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la Administración prepare con cuidado sus decisiones”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 361.

⁵¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 388.

El procedimiento administrativo se puede dividir en diversas etapas claramente diferenciadas; no obstante, para entenderlo se debe concebir como un conjunto⁵²⁰ y tener en cuenta que, “[l]a correcta ordenación y combinación de estas estructuras básicas al servicio de una determinada función procedimental –es decir, el concreto diseño de los elementos de cada procedimiento se trata de un arte que dominan aquellos juristas que tienen el talento de integrar la creatividad con la experiencia acumulada en la gestión de los procedimientos”.⁵²¹ Estas partes que naturalmente lo componen serán expuestas a continuación, que son: la iniciación, la instrucción y su terminación.⁵²²

5.1. La iniciación.⁵²³

⁵²⁰ “El derecho del procedimiento administrativo, lo mismo que cualquier otra institución jurídica, debe estructurar los fenómenos de la vida social mediante su división analítica y la introducción de distintos elementos y esquemas sólo pueden actuar de manera conjunta. Toda la doctrina jurídica del procedimiento debe estar marcada por ese pensar en el conjunto”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 372.

⁵²¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 78.

⁵²² “Sin forzar gravemente la naturaleza de las cosas, puede decirse que el procedimiento administrativo -que tiene por definición un sentido dinámico- se ofrece ante nosotros como un fenómeno de pura biología: nace, se desarrolla y muere. De aquí que se vengán separando en él tres fases o períodos: de iniciación, de desarrollo y de terminación.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1847.

⁵²³ “Fijar con precisión el momento de la iniciación del procedimiento administrativo tiene importancia por varias razones, entre ellas las siguientes:

a) Porque ese día se toma como día inicial para el cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento de que se trate cuyo incumplimiento puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad (art. 42, núms. 2 y 3, LRJPA).

b) Ese día determina, también, la legislación conforme a la que debe tramitarse y resolverse un determinado procedimiento (cfr. disposición transitoria 2.a, LRJPA).

c) Y, por último, indica cuándo pueden adoptarse las medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución (art. 72.1, LRJPA), aunque también cabe que esas medidas p u e d a n adoptarse antes de iniciarse el procedimiento en casos previstos expresamente en una norma con rango de ley (art. 72.2, LRJPA), e incluso, sin necesidad de ello, cuando por la propia naturaleza de la medida no sea posible esperar a que se inicie el procedimiento”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. pp. 1848-1849.

Siguiendo a Jesús González Pérez: “El procedimiento administrativo se inicia por un acto al que el Ordenamiento jurídico atribuye el efecto de poner en marcha la actividad de la Administración. Este acto de iniciación da lugar a una sucesión de trámites o fases encaminadas a decidir tanto las cuestiones que el acto plantee como cuantas otras deriven del objeto específico del procedimiento”.⁵²⁴

La Ley 30 de 1992 en el Título VI desarrolla la iniciación del procedimiento, en el artículo 68, precisando que los procedimientos administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de la persona interesada.⁵²⁵ Sin embargo, como lo explica García de Enterría “[...] hay que advertir que no todos los procedimientos pueden iniciarse de oficio, ya que hay sectores de actividad que están articulados técnicamente en torno al principio de rogación, de forma que la solicitud del particular es presupuesto necesario de la incoación del procedimiento y su desarrollo posterior”.⁵²⁶

En general los procedimientos que se inician a petición del interesado serán aquellos en que la persona tenga interés en el resultado del procedimiento, al esperar un pronunciamiento favorable de la actividad administrativa que se traduzca en un incremento en sus derechos o de la posibilidad de conseguir algún beneficio concreto; por su parte, los procedimientos que se inician de oficio son los ablatorios, es decir aquellos que limitan o reportan una carga adicional al particular.

5.1.1. La iniciación de oficio.

Siguiendo la precisa conceptualización propuesta por los profesores Fernando Garrido Falla y José María Fernández Pastrana:

⁵²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 291.

⁵²⁵ “A diferencia del proceso civil donde lo normal es que la iniciación tenga lugar a instancia de parte (demanda) siendo más bien excepcional la iniciación de oficio [adopción de medidas cautelares de oficio en determinados supuestos de quiebra CCode/1885]], en el procedimiento administrativo se prevé como normal tanto uno como otro supuesto (art. 68, LRJPA)”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1847.

⁵²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 499.

“La *iniciación de oficio* del procedimiento puede definirse negativamente como aquella en que no es la solicitud o instancia de un tercero la determinante del acuerdo de incoación, lo que no excluye que éstos hayan podido influir en la decisión administrativa mediante la correspondiente denuncia, aunque lo normal será que el órgano competente para dictar el acuerdo obre por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior o a petición razonada de otros órganos”.⁵²⁷

En los procesos que se inician de oficio es posible que la entidad competente necesite acercarse un poco más a los hechos para estudiar la pertinencia de iniciar el procedimiento y poder así, realizar una serie de actividades previas. “Estas actuaciones no dan lugar formalmente al inicio del procedimiento sino que lo motivan, ya que el procedimiento únicamente se inicia mediante el acuerdo formal de incoación del órgano competente para su tramitación”.⁵²⁸

De esta forma, en el caso en que se considere conveniente iniciar el procedimiento, es necesario que se produzca la expedición del acto administrativo de acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo.⁵²⁹

De la lectura del artículo 69 se desprende que la entidad competente puede iniciar los procedimientos de oficio de cuatro formas, es decir, por propia iniciativa del órgano competente, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos y por denuncia.

5.1.1.1. Iniciativa del órgano competente: Supuesto más normal, en el que simplemente el órgano competente asume su obligación de iniciar el procedimiento administrativo voluntariamente.

5.1.1.2. Orden superior: Se presenta cuando un órgano jerárquicamente superior solicita imperativamente al órgano competente iniciar el procedimiento.

⁵²⁷ GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 309.

⁵²⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 393.

⁵²⁹ “El acuerdo de iniciación del expediente es, claramente, un acto de trámite y por ello, en principio, no susceptible de recurso independiente del acto final resolutorio”.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 229.

5.1.1.3. Petición razonada: Otros órganos incompetentes, o que no son jerárquicamente superiores, consideran que existe la necesidad de dar inicio al procedimiento, así que le hacen una simple sugerencia al órgano que consideran competente para que decida sobre la conveniencia de iniciarlo.

5.1.1.4. Denuncia: Es una solicitud que hace una persona con la intención de que se inicie un procedimiento basada en unos hechos que considera como relevantes. “Así mismo, debe entenderse que la Administración no está obligada a dar curso indiscriminadamente a cualquier denuncia que se formule, sino que está facultada para archivar las denuncias que manifiestamente carezcan de fundamento”.⁵³⁰

5.1.2. La iniciación a instancia de parte.

Nuevamente resulta adecuado recurrir a la definición de los tratadistas Garrido Falla y Fernández Pastrana quienes sostienen que: “*La iniciación a instancia de persona interesada* es la procedente en aquellos supuestos en los que la solicitud del particular es presupuesto de la actividad administrativa, lo que sucede en relación con las autorizaciones y concesiones, o cuando el particular pretende el reconocimiento a su favor de un derecho de una determinada situación jurídica”.⁵³¹

En estos procedimientos hay una evidente aspiración del interesado a la movilización de la Administración con el fin de obtener un resultado favorable, para ello realiza una solicitud, cuyas características se desarrollan en los artículos 70⁵³² y 71⁵³³ de la Ley 30 de 1992.

⁵³⁰ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 287.

⁵³¹ GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 309-310.

⁵³² “Artículo 70. Solicitudes de iniciación.

1. Las solicitudes que se formulen deberán contener:

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- b) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- c) Lugar y fecha.
- d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

Los requisitos de la solicitud contenidos en los artículos anteriores no son muy exigentes, sino que tratan más bien de facilitar las cosas al particular, requiriéndole tan sólo que presente los datos mínimos para que se pueda iniciar el procedimiento; o sea, la identificación del interesado y la precisión del objeto o pretensión. Se debe tener en cuenta que “[...] el escrito de solicitud, cualquiera que fuera su contenido y fundamentación, constituye el acto que, *per se*, inicia el procedimiento de manera vinculante para la Administración; ésta no tiene otra alternativa que tramitarlo hasta su finalización, sin perjuicios, claro está, de que la resolución de sobre lo pedido sea positiva o negativa, lo que dependerá exclusivamente, de que se ajuste o no a Derecho”.⁵³⁴

En este orden de ideas, en cuanto a los efectos de la iniciación del procedimiento administrativo, además de movilizar la Administración, se debe destacar que su principal resultado es el surgimiento del deber de la Administración de dictar la resolución expresa y de notificarla en tiempo razonable; es decir, se configura la obligación de resolver.⁵³⁵

2. Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.

3. De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina.

4. Las Administraciones Públicas deberán establecer modelos sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan”.

⁵³³ “Artículo 71. Subsanación y mejora de la solicitud.

1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.

2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento”.

⁵³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 47.

⁵³⁵ “Bajo la vigencia de la LPA se había suscitado el problema de si la obligación de resolver se daba en toda clase de procedimientos o bien, únicamente, en los iniciados a instancia de los particulares.

Este problema, que la doctrina y también la jurisprudencia resolvían en el sentido de que esa obligación se daba en los procedimientos iniciados a instancia de parte y también en los iniciados de oficio, está claramente resuelto en la LRJPA, cuyo artículo 42.1 dice esto:

5.2. Instrucción.⁵³⁶

La instrucción del procedimiento hace referencia a las diversas etapas, comprendidas entre la iniciación y su finalización, que deben cumplir los funcionarios con el fin de acercarse al caso concreto para poder proferir la mejor resolución posible de acuerdo con el interés público y el ordenamiento jurídico.

La actividad administrativa que se desarrolla en la instrucción debe estar sometida a plazos para que el particular no vea vulnerado ni sus derechos, ni sus intereses.⁵³⁷ Los plazos como lo destaca el artículo 47 de la Ley 30 de 1992 son obligatorios; es decir, no se pueden incumplir sin una excepción jurídica o razón sustentada y en todo caso, en ocasiones, pueden generar responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

En adición, durante la tramitación del procedimiento es necesario que la Administración y, a veces, los propios particulares, intervengan para poder adelantar el procedimiento y encausarlo adecuadamente. La doctrina española, para facilitar su explicación, divide en actos de instrucción de origen externo y de origen interno, clasificación que seguiremos por cuestiones metodológicas.⁵³⁸

«La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.»

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1860.

⁵³⁶ Aunque en este texto no se utilizará la distinción entre instrucción y ordenación del procedimiento, es necesario recordar que: “La diferencia fundamental desde la perspectiva del interesado es que los actos de ordenación del procedimiento (aquellos que tienen por objeto el desarrollo de éste) son, siempre, *actos de la Administración*, en tanto que los de instrucción pueden serlo, además, de los administrados”.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 313.

⁵³⁷ “Por tanto, el procedimiento, orientado a garantizar que la decisión se adopte tras un análisis exhaustivo de la información disponible y atendiendo equilibradamente a los distintos intereses afectados, debe concluirse en un plazo y a un coste razonables. La regulación del procedimiento no puede servir para que la Administración vaya posponiendo la adopción de decisiones incómodas. El mandato de eficacia, que deriva del principio de Estado de Derecho, impone a la Administración el deber de tramitar el procedimiento en un plazo y a un coste moderados”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 365.

⁵³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. pp. 58-66.

5.2.1. Los actos de instrucción de origen externo

Los actos de instrucción de origen externo se refieren a las situaciones en que los particulares, o en ocasiones personas no interesadas, pueden participar en el procedimiento con el fin de colaborar en la etapa de instrucción. Lo pueden hacer por medio de alegaciones, interviniendo en la audiencia, haciendo parte en el trámite de información pública o aportando pruebas.

5.2.1.1. Alegaciones: Es la presentación de los argumentos que realizan los interesados con el fin de sustentar jurídicamente sus ideas, buscando persuadir a la Administración para que emita una resolución favorable a sus pretensiones. No obstante, dichos postulados también pueden obedecer a razones de conveniencia, de eficiencia o a cualquier otro criterio que sea relevante para la actuación de la Administración pública.

Por otra parte, como lo explican los profesores Severiano Fernández y Eduardo Gamero: “Debe subrayarse, por tanto, que -a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales- en el procedimiento administrativo no hay propiamente una fase de alegaciones, sino que éstas pueden formularse en cualquier momento anterior al trámite de audiencia”.⁵³⁹

5.2.1.2. Trámite de visita y audiencia: Con el trámite de audiencia se termina la fase de instrucción, convirtiéndose esta en la última oportunidad que tienen las personas antes de que se acabe el procedimiento administrativo para exponer sus argumentos. La audiencia “[...] permite la participación plena de los interesados (y la defensa asimismo plena de sus derechos e intereses al ponerse de manifiesto el resultado de todas las actuaciones que se han desarrollado a lo largo de la instrucción (vista), y, a partir de su conocimiento, la formulación de las últimas alegaciones y presentación de los documentos y justificaciones que se estimen pertinentes (audiencia)”.⁵⁴⁰

⁵³⁹ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 299.

⁵⁴⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 404.

Por último, se debe aclarar que “[l]a omisión del trámite de audiencia dará lugar a la nulidad de las actuaciones por ocasionar indefensión al interesado. No obstante, se podrá prescindir de la audiencia del interesado cuando para la resolución no sean tenidos en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que las presentadas por el interesado (art. 84.4). También se podrá prescindir del trámite de audiencia, si el interesado renuncia expresamente a ella”.⁵⁴¹

5.2.1.3. Información pública: Este mecanismo regulado en el artículo 86 de la Ley 30 de 1992 ha sido implementado con el fin de que las particulares tengan la posibilidad de participar en algunas materias, que el legislador ha considerado que pueden tener algún interés. Dicha legislación establece que se trata de casos en que la naturaleza del procedimiento lo requiera como en materias medio ambientales, obras públicas o urbanísticas.

En cuanto a los efectos que se le reconocen a los interesados se debe seguir la explicación de Santiago González-Varas quien basándose en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 86 recuerda que: “La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. A pesar de lo antedicho, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que plantean cuestiones sustancialmente iguales”.⁵⁴²

5.2.1.4. Pruebas: Otra de las facultades que ostentan los interesados es la posibilidad de solicitar pruebas a la Administración, las cuales sólo pueden rechazarse “[...] cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y ello mediante resolución motivada (art. 80.3). Si las pruebas que se practiquen a petición del interesado originan gastos que la Administración no deba soportar, esta puede exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva (art. 81.2)”.⁵⁴³

⁵⁴¹ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 394.

⁵⁴² GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 209.

⁵⁴³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 493.

En cuanto a las características de las pruebas se ha admitido la posibilidad de la libre valoración probatoria; eso sí, hay que tener en cuenta su pertinencia y que no sean utilizadas como una simple estrategia dilatoria.

Para finalizar, se debe destacar que en materia probatoria se debe seguir a los profesores Enrique y Ricardo Rivero quienes consideran que se presenta una grave falencia en la regulación vigente puesto que: “Hace falta clarificar los poderes del instructor en cuanto a la realización de pruebas, por ejemplo, tanto a la hora de ordenar la apertura del período correspondiente, como en el momento de aceptar (o rechazar) la práctica de prueba”.⁵⁴⁴

5.2.2. *Los actos de instrucción de origen interno.*

Los actos de instrucción pueden ser de diferentes maneras, tales como, solicitar documentos, realizar pruebas, emitir informes, realizar actos de comunicación, notificar, tomar medidas provisionales, etcétera.

Estos actos de trámite pueden ser desarrollados directamente por el titular del órgano competente o pueden hacerlo algunas entidades administrativas encargadas para la realización de dichas actividades. Entre ellos se deben destacar los actos de comunicación o de solicitud de documentos, las peticiones de informes sobre un tema determinado, acumulación de procedimientos y la aportación de pruebas.

5.2.2.1. Actos de comunicación y solicitud de documentos: Una de las obligaciones de la Administración consiste en notificar a los intervinientes de los sucesos más importantes del procedimiento y de las posibilidades jurídicas que tienen para que ellos puedan ejercer sus derechos, especialmente el de defensa.

⁵⁴⁴ RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 569.

Además, en ocasiones es necesario, para poder continuar con el desarrollo del procedimiento administrativo, que las distintas Administraciones públicas pidan a los administrados o alguna otra entidad estatal, alguna información complementaria a la documentación aportada.

5.2.2.2. Petición de informe: En el tema de la solicitud de los informes, como se presentará más adelante, se debe explicar partiendo de la delimitación entre dos grupos de grandes clases de informes, que no necesariamente son excluyentes, sino que por el contrario son bastante complementario. Por una lado, se debe distinguir entre los informes preceptivos y los no preceptivos y por el otro, los vinculantes y no vinculantes.

En cuanto, a los preceptivos es necesario solicitarlos oficiosamente, mientras que “[...] la Administración puede instar la emisión de informes no preceptivos, si bien debe justificarse la solicitud de estos informes, con objeto de que esta posibilidad no se utilice con una finalidad dilatoria, contraria al principio de celeridad”.⁵⁴⁵

Por su parte, en relación con los informes vinculantes y los no vinculantes se debe precisar que en los primeros “[...] la voluntad del órgano decisor resulta hipotecada por la del emisor del informe, produciéndose un supuesto de competencia compartida, sin que el informe adquiera, ni siquiera en ese caso, la virtualidad propia de los actos administrativos, la presunción de validez y la recurribilidad, dado que el informe vinculante no es nada sin la decisión final del titular de la competencia”.⁵⁴⁶

5.2.2.3. Acumulación de procedimientos: La Administración para continuar con la aplicación de los principios procedimentales por cuestiones de economía procedimental tiene la facultad, en algunas situaciones concretas, de reunir en un solo procedimiento los casos en que se encuentren fuertes similitudes, principalmente por su objeto. Es decir, “[p]ara evitar retrasos derivados de la multiplicación del número de trámites el instructor debe disponer su acumulación

⁵⁴⁵ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 301.

⁵⁴⁶ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 234.

para que se sustancien en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo”.⁵⁴⁷

5.2.2.4. Pruebas: La Administración puede solicitar la realización de pruebas de manera oficiosa. En cuanto a la carga probatoria estará en cabeza del particular cuando su realización lo favorezca o beneficie; mientras, que en los casos en que lo perjudique, a la Administración le incumbirá probar.

Aparentemente la solicitud de pruebas de oficio no tiene limitaciones, pero como lo demuestra David Blanquer si existe uno que es el de no generar dilaciones indebidas procedimentales, en sus palabras: “Resulta forzoso compatibilizar el funcionamiento eficaz y sin dilaciones indebidas del Poder Judicial con el derecho de las partes al proceso. El derecho a la práctica de las pruebas propuestas debe articularse de forma razonablemente equilibrada con el derecho a que el procedimiento se sustancie sin dilaciones indebidas (retrasos que pueden causarse cuando se practican pruebas irrelevantes o intrascendentes)”.⁵⁴⁸

5.2.2.5. Medidas provisionales: Son muy similares a las medidas cautelares que se desarrollan en los procesos⁵⁴⁹; en general, se rigen por los mismos principios, como los de necesidad, provisionalidad y de proporcionalidad. En su decreto hay que ser cuidadoso “[...] porque puede llevar aparejadas responsabilidades administrativas por los daños causados por este tipo de medidas provisionales, como por ejemplo la paralización de un establecimiento, si finalmente se pone de manifiesto su improcedencia (artículo 72 de la LRJAP-PAC)”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 388.

⁵⁴⁸ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 400.

⁵⁴⁹ Sin embargo, como lo explican Jesús González y Francisco González hay que tener muy claro que se debe distinguir entre las medidas cautelares procesales y las otras medidas cautelares o medidas provisionales de carácter policial: “[...] hubieron de transcurrir más de treinta años hasta que se advirtiera que, con ese nombre, y con el de medidas cautelares, la legislación española está designando dos unidades jurídicas que son distintas porque distinto es su régimen jurídico: las medidas cautelares o provisionales de naturaleza procesal y «las otras» medidas cautelares o provisionales”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1913.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 208.

Además, se debe mencionar que: “Una vez adoptadas, las medidas provisionales pueden ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, igualmente de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”.⁵⁵¹

5.3. Terminación.

La finalización es la razón que justifica todas las actividades anteriores que se desarrollan durante el procedimiento administrativo; consciente de su importancia y del uso inadecuado de los tiempos que se presenta, que configura las dilaciones procedimentales indebidas, el legislador español, acertadamente, le ha fijado un plazo máximo de 6 meses. Esta regla está muy relacionada con el deber de resolver y rige indistintamente en los procedimientos iniciados de oficio o a petición de parte.

La doctrina ha presentado muchas posibles clasificaciones para presentar las formas en que se produce la terminación del procedimiento administrativo, entre ellas las más comunes son: 1. Terminaciones normales y anormales⁵⁵²; 2. La resolución, el desistimiento y la renuncia, la caducidad, la imposibilidad material de continuar y las formulas convencionales⁵⁵³; 3. Por decisión expresa de los sujetos, la terminación por inactividad y la terminación convencional⁵⁵⁴; 4. Mediante resolución unilateral, acuerdo bilateral y mediante silencio administrativo⁵⁵⁵; 5. Resolución expresa, terminación convencional, renuncia, desistimiento, caducidad o causa material que impida su continuación y por silencio administrativo⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 399.

⁵⁵² BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 410-424.

⁵⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición, Madrid, Civitas, 2006, pp. 515-524.

⁵⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. pp. 75-88.

⁵⁵⁵ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. pp. 312-319.

⁵⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. pp. 497-514.

De igual manera, la Ley 30 de 1992 establece en los artículos 87⁵⁵⁷ y 88⁵⁵⁸ las siguientes formas de terminación: la resolución, el desistimiento, la renuncia, la caducidad, la imposibilidad material y la terminación convencional. Partiendo de lo anterior, parece que se puede hablar de seis casos o maneras en que se acaban los procedimientos las cuales serán presentadas a continuación.

5.3.1. Resolución expresa.

Es la manera normal en que debe finalizar el procedimiento administrativo, consistente en la resolución emitida por la entidad u órgano competente y que como se demuestra en este escrito, está muy vinculada a la obligación de responder en un tiempo determinado.⁵⁵⁹

Al mismo tiempo, esta decisión debe cumplir con una serie de requisitos mínimos tanto formales como materiales: Entre los primeros, se deben destacar el texto de la decisión, los

⁵⁵⁷ "Artículo 87. Terminación.

1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.
2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso".

⁵⁵⁸ "Artículo 88. Terminación convencional.

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos".

⁵⁵⁹ "La resolución se emplea aquí no en su sentido genérico de acto administrativo definitivo, sino en el estricto de forma normal de terminación del procedimiento, cuando no se funda en desistimiento, renuncia, caducidad, etc., en todos cuyos casos subsigue también una resolución que finaliza el procedimiento".

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 323.

recursos, la información básica de quien emitió el acto, del receptor, etcétera; entre los segundos, se exige congruencia, motivación, resolver de fondo, en un tiempo determinado, entre otros.

5.3.2. Decisión del interesado.

El procedimiento administrativo puede terminar por la libre expresión de voluntad del interesado; en estas ocasiones, puede hacerlo por medio de dos figuras jurídicas que son el desistimiento y la renuncia.

5.3.2.1. Desistimiento: Es la manifestación libre de la voluntad del interesado para informar que no va a seguir con el procedimiento, afectando tan sólo la pretensión en el procedimiento concreto; por ende, “[...] su alcance es puramente procedimental y no produce efecto alguno en el plano sustantivo de los derechos e intereses legítimos hechos valer en el seno del procedimiento”.⁵⁶⁰ En todo caso, “[e]l desistimiento debe ser aceptado por la Administración, poniendo fin a la continuidad del procedimiento iniciado a solicitud del interesado, salvo que haya terceros interesados que soliciten su continuidad, en cuyo caso podrá proseguirse el procedimiento aun cuando se declare concluso respecto al interesado que desistió”.⁵⁶¹

5.3.2.2. Renuncia: Es una actuación “[...] mediante la cual el interesado declara unilateralmente extinguido el derecho o interés esgrimido en el procedimiento (<<renunciar a sus derechos>>, dice el citado artículo 90.1); la finalización de éste, pues, es pura consecuencia de la extinción o desaparición de su objeto”.⁵⁶²

A diferencia del desistimiento, “[l]a renuncia hace referencia al derecho en que se basa la petición, teniendo por tanto efectos materiales y no sólo procedimentales, al perder el interesado

⁵⁶⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 410.

⁵⁶¹ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 396.

⁵⁶² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 80.

la titularidad del derecho afectado; no pudiendo, por tanto, reproducir en el futuro la petición que se funde en el derecho al que renunció”.⁵⁶³

5.3.3. *Terminación por decisión convencional.*

El Derecho en la actualidad ha incorporado criterios mucho más eficientes y flexibles para solucionar las discrepancias jurídicas, los cuales se han venido incorporando paulatinamente al derecho administrativo y concretamente a los procedimientos administrativos. De este modo, se permiten hacer arreglos de diversos tipos, acuerdos, conciliaciones, pactos, convenios, contratos, etcétera.

Estos acuerdos de voluntades en el procedimiento administrativo pueden tener dos efectos principales, dependiendo de lo que pretendan las partes. Generalmente, finaliza el procedimiento administrativo, así mismo, en ocasiones puede ser un arreglo vinculante que se convertirá en la resolución final.

Para finalizar, siguiendo al profesor Santiago González, se debe reconocer que: “El espíritu de todas estas figuras mencionadas está en una libertad de negociar, algo que no casa bien del todo con el Derecho administrativo clásico. Se sufre así una *relajación* de un criterio estricto de legalidad positiva administrativa y se experimenta la irrupción de formas administrativas de actuación negociada en contraposición a las formas y estilos jurídico-administrativo tradicionales de actuación”.⁵⁶⁴

5.3.4. *La imposibilidad material de continuar.*

Resulta evidente comprender que hay casos en que es imposible materialmente continuar con el desarrollo del procedimiento administrativo. En este sentido, García de Enterría menciona los casos de: 1. Muerte del interesado, 2. Inexistencia o pérdida del objeto y 3. Pérdida de la

⁵⁶³ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimoséptima edición. Navarra. Aranzadi. 2006. p. 396.

⁵⁶⁴ GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 231.

competencia de la Administración actuante⁵⁶⁵; para mayor claridad, a estos, se les podrían agregar los propuestos por Jesús González de 4. Modificación de la situación jurídica de los interesados y la producción de reformas legislativas.⁵⁶⁶

De la lectura de lo anterior resulta ser una consecuencia natural que sea necesario la acreditación del hecho que da origen a la imposibilidad, en este caso el problema será resuelto siguiendo los lineamientos del derecho probatorio.

Para finalizar, se debe transcribir la opinión del profesor Luciano Parejo para quien “[e]n estos casos, la finalización de las actuaciones no es automática, por más que la Administración no esté obligada a pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues debe tener lugar una resolución expresa, preceptivamente motivada incluso, si bien limitada a declarar la terminación de las actuaciones y las causas de la misma”.⁵⁶⁷

5.3.5. El silencio administrativo.

Como este tema se trabaja con rigurosidad posteriormente, simplemente se debe comentar al respecto que es una de las formas anormales de terminación “[...] que se produce cuando se incumple la obligación de dictar y notificar en plazo una resolución expresa”.⁵⁶⁸ Esta figura se estableció para que los particulares no queden indefensos al verse afectados por el incumplimiento de las obligaciones de la administración al no decidir en el tiempo preestablecido.

⁵⁶⁵ “Así, por ejemplo, la muerte del interesado cuando el objeto del procedimiento sean derechos o intereses de éste que sólo él puede hacer valer (solicitud por un único funcionario de una determinada vacante); lo mismo en el supuesto de inexistencia, pérdida o destrucción de ese objeto, bien sea física (solicitud de cesión de un inmueble público, que, entre tanto, se derrumba) o jurídica (petición de autorización para realizar una actividad que entre tanto se liberaliza) o en el caso de pérdida de la competencia de la Administración actuante”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 521.

⁵⁶⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. pp. 2226-2228.

⁵⁶⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 412

⁵⁶⁸ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 410.

Es pertinente aclarar, además, que “[...] propiamente el silencio administrativo no produce la terminación del procedimiento sino simplemente opera como una ficción de terminación [...]”.⁵⁶⁹

5.3.6. La terminación por inactividad o caducidad.

Este tema también será desarrollado con mayor rigurosidad posteriormente, por el momento simplemente se debe precisar que: “La caducidad, como cualquier otro vicio de procedimiento, es una cuestión de orden público que puede ser apreciada de oficio por la propia Administración. Su efecto más inmediato es la terminación del procedimiento por perención y el consecuente archivo de las actuaciones. El procedimiento deja de existir con todos sus efectos”.⁵⁷⁰

Otra cuestión que se debe dejar sentada desde este momento es que la caducidad tendrá un muy diverso tratamiento legal, dependiendo de si ésta es imputable al particular o alguna de las Administraciones Públicas.⁵⁷¹

CAPÍTULO III. EL TÉRMINO PROCEDIMENTAL Y LAS CONSECUENCIAS DE SU DESCONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Sumario. Capítulo III. El término procedimental y las consecuencias de su desconocimiento en el ordenamiento jurídico español: Introducción. Parte I. Los plazos procedimentales y el silencio administrativo en el derecho español. Introducción. 1. Los plazos en el procedimiento en la legislación española. Introducción. 1.1. Plazos y términos en el procedimiento administrativo. 1.2. El tiempo en el procedimiento administrativo. 1.2.1. El plazo máximo para dictar resolución. 1.2.2. El plazo supletorio y la forma de contabilizar el tiempo de duración del procedimiento. 1.2.3. La información en los procedimientos. 1.2.4. Suspensión de los plazos para resolver los procedimientos. 1.2.4.1. El requerimiento del interesado; 1.2.4.2. El concepto previo de la Comunidad Europea; 1.2.4.3. Solicitud de informes. 1.2.4.4. Solicitud de

⁵⁶⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 2224.

⁵⁷⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 220.

⁵⁷¹ “No resulta fácil encerrar en una fórmula unitaria las dos clases de perención (mal llamada «caducidad del procedimiento») que regula hoy la LRJPA. En primer lugar, porque el correspondiente acto terminal tiene carácter constitutivo cuando aquélla se produce por causa imputable al interesado y carácter meramente declarativo cuando tiene lugar por causa imputable a la Administración. Y en segundo lugar, porque en el primer caso es necesario un acto de requerimiento previo que, en cambio no es necesario, o no lo es siempre, en el segundo caso”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 2302.

análisis técnicos. 1.2.4.5. Terminación convencional. 1.2.5. Mecanismos para cumplir el plazo. **2. El silencio de la Administración.** Introducción. 2.1. El silencio administrativo y su afianzamiento. 2.2. Clases de silencio administrativo. 2.2.1. Silencio administrativo negativo o desestimatorio. 2.2.2. Silencio administrativo positivo o estimatorio. 2.3. El desarrollo del silencio administrativo en la Ley 30 de 1992. 2.3.1. El silencio administrativo en la Ley 30 de 1992 con sus posteriores modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999. 2.3.1.1. Procedimientos iniciados a solicitud del interesado. (art.43). 2.3.1.2. Procedimientos iniciados de oficio por alguna de las Administraciones Públicas. 2.3.1.2.1. Situaciones jurídicas consolidadas. 2.3.1.2.2. Facultades de intervención que puedan producir efectos desfavorables. 2.4. Las profundas modificaciones en materia de silencio administrativo positivo introducidas por la Ley 25 de 2009, la Ley 2 de 2011 y el Real Decreto-ley 8 de 2011. 2.4.1. La ley 25 del 22 de diciembre de 2009 o de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2.4.2. Las innovaciones al régimen de silencio positivo introducidas por la Ley 2 de 2011 y el Real Decreto-Ley 8 de 2011. 2.5. La responsabilidad del Estado en los supuestos de silencio administrativo. 2.5.1. La responsabilidad del Estado en casos de silencio administrativo negativo. 2.5.1.1. Se dicta resolución tardía que reconoce la solicitud. 2.5.1.2. Si no se hubiese producido el retraso el interesado se hubiere beneficiado. 2.5.1.3. Inmovilización de capitales u otros recursos. 2.5.1.4. Denegación tardía y contraria a derecho. 2.5.2. La responsabilidad del Estado por silencio administrativo positivo. **Parte II. La inactividad formal de las Administraciones Públicas españolas y su responsabilidad por retardo en la decisión procedimental.** **Introducción. 3. La inactividad de las Administraciones públicas españolas.** Introducción. 3.1. La inactividad de la Administración. 3.2. Las clases de inactividad administrativa. 3.3. La relación entre inactividad y silencio administrativo. 3.4. La relación entre la inactividad, deber de resolver y responsabilidad de las Administraciones públicas españolas. **4. El deber de resolver en plazo y la responsabilidad por su incumplimiento.** Introducción. 4.1. El deber de resolver en el ordenamiento jurídico español. 4.2. Tratamiento legislativo del deber de resolver. 4.3 El plazo máximo de cumplimiento del deber de resolver. 4.4. La responsabilidad derivada del deber de resolver en plazo. 4.4.1. La responsabilidad derivada del deber de responder dentro del plazo según los lineamientos del numeral 7 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992. 4.4.2. La responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de la obligación de resolver.

INTRODUCCIÓN.

El tercer capítulo de este escrito titulado “El término procedimental y las consecuencias de su desconocimiento en el ordenamiento jurídico español”, es el encargado de establecer la fuerza vinculante que tiene el deber de resolver en plazo introducido mediante el artículo 42 de la Ley 30 de 1992 establecido en cabeza de las diversas Administraciones Públicas españolas. Por el

momento, se debe afirmar, como se verá más adelante, que estos términos procedimentales no son meramente orientativos.⁵⁷²

Se debe ser consciente que en ocasiones las entidades públicas permanecen inactivas o actúan de una forma tardía, (lo cual es contrario a la actividad estatal que por definición está encaminada a consecución de sus propios fines⁵⁷³), con lo que se configura el desconocimiento del deber de resolver. Sin embargo, se debe tener en cuenta que existen casos en que el particular debe soportar el retraso y otros en que no.⁵⁷⁴

Para mitigar el efecto de la inactividad procedimental o formal en cuanto al comportamiento anómalo de la Administración, se introdujo la figura del silencio administrativo; es decir, darle una interpretación a ese comportamiento silente o pasivo por parte de la entidad pública.

Desafortunadamente, esta figura no ha dado el resultado esperado, aunque permite acceder a la jurisdicción contenciosa; puesto que, “[...] la verdadera garantía para el ciudadano lo constituye el que la Administración siga los procedimientos en los plazos establecidos y acabe dictando y notificando la resolución correspondiente”.⁵⁷⁵

En este orden de ideas, en los casos en que se incumple con el deber de resolver en un tiempo determinado debe encuadrarse como un funcionamiento anormal de los servicios públicos

⁵⁷²“Sin embargo, tampoco significa que puedan calificarse los plazos previstos para la tramitación de los procedimientos administrativos como meramente orientativos. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la actuación administrativa, aunque válida, será irregular, pues se habrá producido incumpliendo un precepto legal. En segundo lugar, porque tal incumplimiento podrá comportar, según veremos, la responsabilidad patrimonial de la Administración (concurriendo determinadas circunstancias)”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 223.

⁵⁷³“Por ello, la actividad administrativa adquiere un peso crucial en la consecución de los fines estatales y, cómo estos, se intensifica y diversifica progresivamente”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 841.

⁵⁷⁴ “Aunque la ley no lo establezca de forma expresa ni implícita, los ciudadanos están obligados a soportar ciertos retrasos en el funcionamiento de las Administraciones Públicas”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 216.

⁵⁷⁵ AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 133.

que puede causar daño a los particulares y por ende, configurarse como un caso de responsabilidad del Estado⁵⁷⁶ por el incumplimiento de una actividad formal singular.⁵⁷⁷

Pese a lo anteriormente expresado, en la práctica, la regla general continúa siendo la gran dificultad de conseguir que la Administración pública cumpla con el deber de resolver los procedimientos y condenarla por esta forma de inactividad, con lo que están quedando impunes estos comportamientos inadecuados.⁵⁷⁸

En este sentido, lograr una visión general sobre el manejo que se le ha dado al desconocimiento del plazo en el ordenamiento jurídico español, parece metodológicamente correcto dividir este tercer capítulo de la siguiente forma:

Se agrupará en dos grandes bloques los cuales se denominan: I. Los plazos procedimentales y el silencio administrativo en la legislación española y II. La inactividad formal de las Administraciones Públicas españolas y su responsabilidad por retardo en la decisión procedimental.

Así mismo, la primera parte, se subdivide en dos: 1. Los plazos en el procedimiento en la legislación española. (1.1. Plazos y términos en el procedimiento administrativo, 1.2. El tiempo en el procedimiento administrativo, 1.2.3. La información en los procedimientos, 1.2.4. Suspensión de

⁵⁷⁶ “En estos casos, cuando la Administración ocasiona un daño que podemos denominar *procedimental* (daño que se causa a un «conocido», por oposición al que se causa a un «extraño» o «desconocido»), lesiona la esfera jurídica de un sujeto determinado, de un sujeto que conoce jurídicamente porque está vinculada con él a través del procedimiento administrativo y porque, frente a él, está sujeta a una serie de deberes”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 226.

⁵⁷⁷ “La omisión ilegal de esta clase de actos administrativos, que deben dictarse siguiendo los trámites o procedimientos formales legalmente establecidos, es la que nos interesa cuando hablamos de inactividad formal singular. Se trata, por tanto, de la omisión de una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo por la falta de ejercicio legalmente debido de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 92.

⁵⁷⁸ “Si a ello añadimos las dificultades para obtener pronunciamientos favorables al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en este ámbito, es claro que ésta se encuentra prácticamente libre para proceder a un sistemático incumplimiento de dichos plazos”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 224.

los plazos para resolver los procedimientos y 1.2.5. Mecanismos para cumplir el plazo) y 2. El silencio de la Administración. (2.1. El silencio administrativo y su afianzamiento, 2.2. Clases de silencio administrativo, 2.3. El desarrollo del silencio administrativo en la Ley 30 de 1992 y 2.4. La responsabilidad del Estado en los supuestos de silencio administrativo).

El segundo gran bloque, también está conformado por dos grandes temas que son: 3. La inactividad de las Administraciones públicas españolas (3.1. La inactividad de la Administración, 3.2. Las clases de inactividad administrativa, 3.3. La relación entre inactividad y silencio administrativo y 3.4. La relación entre la inactividad, deber de resolver y responsabilidad de las Administraciones públicas españolas) y 4. El deber de resolver en plazo y la responsabilidad por su incumplimiento (4.1. El deber de resolver en el ordenamiento jurídico español, 4.2. Tratamiento legislativo del deber de resolver, 4.3 El plazo máximo de cumplimiento del deber de resolver y 4.4. La responsabilidad derivada del deber de resolver en plazo).

PARTE I. LOS PLAZOS PROCEDIMENTALES Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

INTRODUCCIÓN.

Los asociados al acudir ante una entidad estatal esperan una respuesta de la Administración a sus peticiones y a los procedimientos en que hagan parte dentro de un tiempo sensato, que generalmente se corresponde con el plazo establecido, para hacer efectivos sus

derechos.⁵⁷⁹ En España se han establecido una serie de plazos que tienen las Administraciones públicas para tramitar los procedimientos y en consecuencia para emitir su decisión, lo cuales se encuentran actualmente señalados en la Ley 30 de 1992.

En el caso de que la Administración no cumpla con los tiempos preestablecidos los particulares ven desconocidos sus derechos y deben contar con algún mecanismo legal que les permita salir de su estado de indefensión; que normalmente, consiste, por lo menos, en la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

El silencio administrativo es un mecanismo que permite a los particulares defenderse de la inactividad administrativa, es decir es una garantía que tienen los administrados para que la Administración no dilate injustificadamente los procedimientos administrativos y les permita acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este orden de ideas, se puede entender que “[s]urgió el <<silencio administrativo>> como una ficción, una pura ficción, para que el administrado que había formulado una petición ante la Administración pudiera entender que había sido desestimada a los solos efectos de interponer, en su caso, los recursos admisibles”.⁵⁸⁰

A la falta de resolución en plazo se le puede atribuir un efecto positivo o negativo⁵⁸¹, en España la Ley 4 de 1999 ha otorgado por regla general efectos estimatorios o positivos al silencio administrativo. No obstante, como lo advierte Jesús González Pérez: “Aunque la regla general es la

⁵⁷⁹ “La solicitud de un interesado que inicia un procedimiento administrativo tiene derecho ciertamente, por este solo hecho, a la tramitación y resolución tempestivas de aquel, pero, en cuanto a dicha resolución tempestivas de aquel, pero en cuanto a dicha resolución, únicamente a que ésta sea conforme a derecho, en modo alguno a que estime la solicitud, cualquiera que sea su contenido”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Capítulo I. El Silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía, apuntes de una posible vía de superación”. En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. p 25.

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio Administrativo y los plazos para incoar procesos en relación al acto presunto”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007. p. 476.

⁵⁸¹ “Es, pues, la falta de resolución de la Administración dentro del plazo legalmente determinado la causa fundamental, esencial, para que se produzca el silencio administrativo, ya sea en sentido positivo o negativo”.

DÍAZ GOMEZ, Mariano. *El silencio administrativo positivo en la Ley 30/1992 de 29 de noviembre y su incidencia en los actos de gestión y de control urbanístico*. Madrid. DYKINSON. 1994. p. 86.

presunción estimatoria, son tales las excepciones que establecen las listas interminables que por ley se considera la presunción desestimatoria como la regla general”.⁵⁸²

Otra idea que se debe tener siempre presente es que el mecanismo del silencio administrativo, no es una solución adecuada contra la inactividad administrativa y que en la actualidad ha sido eliminada de algunos ordenamientos jurídicos y en otros está siendo fuertemente criticada (también en España). Esto se debe a que, en ninguna situación puede sustituir el derecho a una respuesta razonable, comprensible y tempestiva.⁵⁸³

Para cerrar, se debe anticipar que la parte primera del capítulo tercero se encuentra dividido en dos grandes temas que son: 1. Los plazos en el procedimiento en la legislación española y 2. El silencio de la Administración.

1. LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Introducción.

Para la defensa de los derechos de los particulares es necesario que dentro del procedimiento administrativo sean previamente establecidos plazos para que se produzcan las decisiones administrativas; de no existir, simplemente las administraciones dejarían transcurrir el

⁵⁸² GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 109.

⁵⁸³ “El hecho de que el silencio administrativo se interprete de forma garantista para el ciudadano no puede sustituir el derecho, que la legislación debería recoger explícitamente, a una respuesta razonada y comprensible de la Administración a sus solicitudes”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 133.

tiempo y las personas se verían indefensas frente a la inactividad estatal en sus diferentes niveles e instituciones.⁵⁸⁴

Antes de entrar a profundizar en el tema es imprescindible diferenciar entre las nociones de término y de plazo, ya que se utilizarán recurrentemente a lo largo de este acápite.⁵⁸⁵ “Generalmente se entiende que existe un <<término>> cuando la norma exige la realización de un acto en un momento determinado; en cambio, existe un <<plazo>> cuando la norma fija un espacio de tiempo, más o menos amplio, para la realización del acto”.⁵⁸⁶

El cumplimiento tanto de los términos como de los plazos debe ser obligatorio por parte de las Administraciones Públicas⁵⁸⁷, con lo que se pretende que en caso de que sean desconocidos y se presente alguna lesión al particular, éste cuente con algún mecanismo que le permita defenderse de la inactividad de la Administración.

1.1. Plazos y términos en el procedimiento administrativo.

El tema de los términos y de los plazos del procedimiento administrativo está regulado en el Capítulo II correspondiente a los artículos 47 a 50 de la Ley 30 de 1992.⁵⁸⁸ La importancia del

⁵⁸⁴ “Por eso puede afirmarse que la fijación normativa del plazo asume también una significación que es del todo coherente con el sistema de garantías, encaminado a reequilibrar una situación inicialmente inclinada a favor de la Administración pública: ésta es dueña y señora del tiempo del procedimiento, pero sólo hasta cierto punto, que es precisamente el que marca el término establecido”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 328.

⁵⁸⁵ “Ciertamente, es ésta de los términos y plazos cuestión sumamente trascendente y delicada que exige en el profesional del derecho un cuidado exquisito y una atención máxima. Pero el hecho de que diariamente se estén cometiendo equivocaciones irreparables en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas, permite dudar de la claridad de éstas, más bien que de la competencia de aquellos que tienen que aplicarlas”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1408.

⁵⁸⁶ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 293.

⁵⁸⁷ Desde este momento es conveniente resaltar, como lo señala Marco Gómez Puente, que el término o “[...] plazo para resolver es el establecido por la normativa del procedimiento aplicable, a menos que éste resulte irrazonable, en cuyo caso lo será el que las circunstancias específicas permitan razonablemente deducir”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 488.

⁵⁸⁸ Como oportunamente lo recuerda Juan Alfonso Santamaría Pastor, a pesar de todas sus deficiencias, la Ley 30 de 1992 intentó acertadamente limitar la duración de los procedimientos administrativos: “Con una valentía inusual, la Ley

cumplimiento de los plazos es fundamental para saber si la Administración está logrando su objetivo de realizar una buena administración; siguiendo los principios del procedimiento administrativo debido, tales como el de eficiencia, seguridad jurídica, celeridad y preclusión. Así mismo, los plazos permiten a los particulares calcular los tiempos que tiene la Administración para realizar sus actuaciones y formularse legítimas expectativas sobre estas.⁵⁸⁹

El incumplimiento de los plazos por dilaciones indebidas o demoras procedimentales puede generar lesiones que crean perjuicios a los ciudadanos y por tanto, la Administración, después de constatar la presencia de todos los requisitos legales, debería indemnizar. Este tema será retomado más adelante, por ahora se analizará el contenido de los artículos relacionados con el plazo y los términos.

El primer artículo que desarrolla el tema es el 47⁵⁹⁰ que declara la obligatoriedad de cumplir los términos y plazos por parte de la Administración, que como lo observa el profesor español Juan Santamaría: “Es una declaración que habla por sí sola de la escasa inclinación que la cultura que este país tiene hacia el cumplimiento de los plazos [...]”.⁵⁹¹

Partiendo de las premisas del Estado Social y Democrático de Derecho, de los postulados en el Derecho Administrativo, de los principios del procedimiento, del concepto de Buena

asumió una postura de rechazo hacia la intolerable asimetría que presidía la normativa y la práctica administrativa anteriores: la actuación de los particulares en el seno de los procedimientos administrativos se hallaba sujeta a una compleja red de plazos improrrogables y de duración arbitraria, aparentemente diseñados con la sana intención de propiciar el decaimiento de sus derechos (el caso de los plazos de interposición de recursos es ciertamente simbólico), en tanto que la acción administrativa se hallaba felizmente exenta de todo constreñimiento temporal: no existían plazos para la realización de cualesquiera trámites o para la finalización del procedimiento y, si existían, su vulneración resultaba normalmente irrelevante, como con auténtico descaro proclamaba el artículo 49 de la Ley de 1958”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Caducidad del procedimiento. (Artículo 44.2 LRJAP)”. En *Revista de Administración Pública*. Número 168. Septiembre- diciembre. 2005. p. 10.

⁵⁸⁹ “Pero, además, constituye una formidable garantía de la que dispone el ciudadano, pues gracias a él puede conocer la duración máxima expediente y, consecuentemente, la de ese estado de incertidumbre en el que se encuentra respecto de la solución o desenlace definitivos que puede influir en las decisiones que adopta y en los compromisos que contrae”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 328.

⁵⁹⁰ “Artículo 47. Obligatoriedad de términos y plazos.

Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos”.

⁵⁹¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 55.

Administración, del ordenamiento jurídico español en general y del tenor del artículo 47 de la Ley 30 de 1992 en particular, resulta evidente que la regla natural es que las Administraciones Públicas estén obligadas a cumplir con los plazos y términos que rigen sus actividades.⁵⁹²

El artículo 48 define la manera en que se deben contar los plazos fijados para los procedimientos.⁵⁹³ A manera de síntesis, el contenido de este artículo precisa que los términos y plazos se pueden fijar en: Horas⁵⁹⁴, días⁵⁹⁵, meses⁵⁹⁶ y años; lo general es que se haga en días, los

⁵⁹² Lo que no quiere decir que la Administración no pueda ampliar los plazos en algunos casos regulados jurídicamente. Sin embargo, se debe aclarar desde el principio, que existen ocasiones en que el incumplimiento temporal se debe a razones que están fuera de su dominio; por lo tanto, para determinar la verdadera causa del incumplimiento es necesario hacer un examen riguroso de la situación o caso particular que originó la demora. Situaciones que se abordarán posteriormente.

⁵⁹³ "Artículo 48. Cómputo.

1. Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.

2. Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

3. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

4. Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo.

5. Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.

6. La declaración de un día como hábil o inhábil a efectos de cómputo de plazos no determina por sí sola el funcionamiento de los centros de trabajo de las Administraciones públicas, la organización del tiempo de trabajo ni el acceso de los ciudadanos a los registros.

7. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, con sujeción al calendario laboral oficial, fijarán, en su respectivo ámbito, el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos. El calendario aprobado por las Comunidades Autónomas comprenderá los días inhábiles de las Entidades que integran la Administración Local correspondiente a su ámbito territorial, a las que será de aplicación.

Dicho calendario deberá publicarse antes del comienzo de cada año en el diario oficial que corresponda y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos".

⁵⁹⁴ "Respecto a las horas hábiles se impone establecer una distinción elemental: no hay que confundir las horas del despacho con las horas para poder realizar válidamente un acto".

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 77.

⁵⁹⁵ "En los plazos por días rige como regla general que únicamente se computarán los días hábiles".

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 77.

⁵⁹⁶ "Los plazos por meses <<se computarán de fecha a fecha>>. Lo que supone que el plazo vence el mismo día de la notificación o publicación –no el siguiente– del mes correspondiente. [...]. Y, si el mes del vencimiento no hubiese día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes".

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. pp. 77-78.

cuales deben ser hábiles y el cómputo de los plazos se iniciará desde el día siguiente. (De ser naturales, se debe dejar constancia de esto).

Es oportuno comentar que el numeral 7 obliga a la Administración General del Estado y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas a fijar los días inhábiles, con sujeción al calendario oficial, a efectos del cálculo de los plazos facilitando la actividad de los particulares al permitirles conocer el funcionamiento, en la práctica, de los términos y poder interponer los recursos adecuadamente.⁵⁹⁷

Por su parte, el artículo 49⁵⁹⁸ se refiere a la ampliación de los términos, que no es en estricto sentido un incumplimiento, sino un mecanismo que dota a la Administración, en determinados casos, de una mayor flexibilidad para que pueda actuar de una manera más acorde con la búsqueda de una Buena Administración y los demás principios del Derecho Administrativo.

Empero, con el fin de evitar que este mecanismo de ampliar los términos se transforme en una forma de encubrir una demora indebida, se deben cumplir con los siguientes requisitos para que la Administración conceda su utilización: 1. Puede hacerlo de oficio o a petición de parte; 2. No exista norma que lo prohíba; 3. No exceda la mitad del término inicial; 4. Las circunstancias lo aconsejen; 5. No se cause perjuicio a terceros; 6. Debe declararse antes del vencimiento del plazo inicial y 7. Se debe notificar previamente.

⁵⁹⁷ En cuanto al tema de la importancia del cumplimiento de los términos y plazos en relación con los recursos se debe recordar que:

“Si un recurso no respeta estas reglas de términos y plazos se declarará inadmisibile por la Administración a salvo de que se descubra alguna falta imputable a la propia Administración en la notificación del acto impugnado, por no haberse hecho en la <<forma debida>>”.

GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. pp. 171-172.

⁵⁹⁸ “Artículo 49. Ampliación.

1. La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.

2. La ampliación de los plazos por el tiempo máximo permitido se aplicará en todo caso a los procedimientos tramitados por las misiones diplomáticas y oficinas consulares, así como a aquellos que, tramitándose en el interior, exijan cumplimentar algún trámite en el extranjero o en los que intervengan interesados residentes fuera de España.

3. Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recursos”.

Para finalizar este repaso normativo de los plazos se debe hacer referencia al artículo 50⁵⁹⁹ que permite una tramitación de urgencia⁶⁰⁰ para algunos procedimientos con el fin que sean resueltos en la mitad del tiempo previsto dándoles un tratamiento preferencial, cuando el interés público lo sugiera.

1.2. El tiempo en el procedimiento administrativo.

En este momento es preciso recordar la perspectiva teórica que informa este texto según la cual el desarrollo del Procedimiento Administrativo en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, no es simplemente un trámite, ni tampoco un simple mecanismo de intercambio de información; sino que, adicionalmente, es un deber de buena Administración y por tanto, es imprescindible que se decida de una forma adecuada y en un tiempo razonablemente previsto.

Limitar el tiempo de decisión de la Administración es evitar los abusos del poder puesto que fijándole un lapso para resolver se está obligando a que realmente lo haga, sin poder esquivar sus obligaciones por medio de las dilaciones o demoras injustificadas que afectan el correcto desarrollo del procedimiento; puesto que el buen manejo que se le dé al tiempo en el procedimiento administrativo es un derecho de los ciudadanos.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ "Artículo 50. Tramitación de urgencia.

1. Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

2. No cabrá recurso alguno contra el acuerdo que declare la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento".

⁶⁰⁰ "De lo que llevamos dicho se deduce ya que los caracteres de la urgencia son:

- Insuficiencia del derecho normal, por razón del tiempo, para alcanzar la finalidad pretendida.

-Sustitución del procedimiento normal por otro excepcional (en el bien entendido de que cuando ahora hablo de procedimiento no estoy refiriéndome necesariamente a la vía administrativa previa a la judicial; la urgencia en salvar la vida de un enfermo o de un herido legitima el que una ambulancia, pública o privada, pueda circular en dirección contraria a la permitida normalmente: cfr. artículo 68 del reglamento general de circulación, donde este tipo de situaciones y otras análogas -incendios, etc.- se califican de urgencia y no de estado de necesidad).

- En el caso de que la urgencia se establezca en favor de la Administración (y ya veremos que la urgencia en favor del administrado encuentra también algunas manifestaciones en nuestro derecho), comporta un incremento de atribuciones (administrativas o de otra índole) de los órganos de la Administración que se traduce, a veces, en una disminución de las garantías del particular".

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1458.

⁶⁰¹ "[...] porque por insólito que aún resulte para algunos, el tiempo que la Administración emplea en la tramitación es el tiempo propiedad de los ciudadanos; y, sobre todo, porque el tiempo, que carece de valor para una Administración que parece vivir *sub specie detemittatis*, es uno de los bienes más preciados para las personas, como los particulares, que

El en caso español el tiempo en el procedimiento administrativo, como lo precisa el Doctor Juan Santamaría, se ha manejado de la siguiente manera:

“Hasta la LRJAP, esta cuestión se abordaba y se resumía, desde principios del siglo XX en dos principios: de un lado, en la renuncia a fijar un plazo máximo de duración de los procedimientos, dada la extraordinaria variedad de éstos y la falta de realismo que hubiera supuesto limitar temporalmente la actuación de una administración lenta e ineficiente; y de otro, en la reducción del problema a la temática del silencio administrativo”.⁶⁰²

Sin embargo, estas dos perspectivas fueron modificadas por la introducción de la Ley 30 de 1992, la cual impulsó un nuevo paradigma conducido hacia el mejoramiento de la Administración y a aumentar su eficiencia. Lamentablemente, este cambio tan profundo en la forma de actuación administrativa formuló una seria resistencia que no permitió su implantación en la forma esperada.⁶⁰³

Adicionalmente, como se ha informado a través de este texto, la calidad técnica de la Ley 30 de 1992 no fue la mejor y por ende, se tuvo que hacer una serie de modificaciones de sus contenidos por la Ley 4 de 1999. En este tema la invaluable contribución consistió en fijar la *obligación de resolver en un tiempo determinado y notificar la decisión*, fórmula que a pesar de su aparente sencillez es un claro avance en el procedimiento administrativo español.⁶⁰⁴

viven en un mundo finito, y más aún para quienes se hallan sujetos a los imperativos del mercado y a las exigencias de una sociedad desarrollada”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Caducidad del procedimiento. (Artículo 44.2 LRJAP)”. En *Revista de Administración Pública*. Número 168. Septiembre- diciembre. 2005. p. 11.

⁶⁰² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 90.

⁶⁰³ “Las consecuencias de este intachable planteamiento, plasmadas en los artículos 42 a 44 de la nueva Ley, amenazaban con tener un impacto poco menos que revolucionario: en lo sucesivo, los procedimientos ya no tendrían una duración indefinida; a todos ellos se imponía un límite temporal preclusivo, de manera que su superación daría lugar al juego del silencio o de la caducidad, según cuál hubiera sido su forma de incoación. Y ello suponía la imposición de unos ritmos de actuación a los que la Administración no se hallaba entonces (ni se halla aún hoy, salvo excepciones) habituada y, como era obvio imaginar, la aparición de férreas resistencias a la implantación del nuevo sistema”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Caducidad del procedimiento. (Artículo 44.2 LRJAP)”. En *Revista de Administración Pública*. Número 168. Septiembre- diciembre. 2005. p. 11.

⁶⁰⁴ “De forma esquemática puede decirse que, en primer término, la obligación de resolver todos los procedimientos administrativos se contempla de forma global, de modo que siempre la Administración debe resolver (art. 42.1), incluso aunque haya transcurrido el plazo de resolución y se hayan producido los efectos del silencio administrativo, supuesto en que quedará vinculada a los efectos estimatorios (art. 43.4)”.

RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M. “La nueva fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 113. Enero-marzo. 2002. p. 34.

1.2.1. El plazo máximo para dictar resolución.

El establecimiento de un plazo máximo para dictar resolución por parte de las Administraciones Públicas es una de las modificaciones introducidas, por la Ley 4 de 1999, al artículo 42 de la Ley 30 de 1992 que como lo explica García de Enterría:

“La Ley de reforma sigue remitiendo a <<la norma reguladora del correspondiente procedimiento>>, que puede ser, por lo tanto, una disposición de rango reglamentario, la fijación del plazo máximo de regulación de aquel, pero ahora la nueva redacción dada al artículo 42 pone un límite a las normas reglamentarias especiales de seis meses, que sólo podrá ser rebasado cuando <<una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea>>. La deslegalización anterior, antes ilimitada, queda así razonablemente enmarcada”.⁶⁰⁵

A continuación se abordará el estudio de los numerales del 3 al 6 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992, los cuales desarrollan el tema de los plazos máximos dentro del procedimiento administrativo.⁶⁰⁶ En este orden de ideas, se debe recordar siguiendo a Rosario Alonso Ibáñez, que: “La falta de respuesta expresa en plazo, incluida la falta de notificación, crea una situación de incertidumbre que, con independencia de las respuestas que dé el ordenamiento jurídico, va a constituir una actuación administrativa, cuando carece de justificación, que debemos enmarcar, de entrada, en el contexto de una mala <<administración>>, o lo que es lo mismo, contraria al deber de buena administración”.⁶⁰⁷

1.2.2. El plazo supletorio y la forma de contabilizar el tiempo de duración del procedimiento.

El numeral 3⁶⁰⁸ es el que desarrolla el tema del plazo supletorio que será de tres meses y se aplicará cuando no se haya fijado previamente por la entidad, en ningún caso puede ser

⁶⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 469.

⁶⁰⁶ Es pertinente precisar que los numerales primero, segundo y séptimo del artículo 42 serán abordados posteriormente. Pese a esto, se debe aclarar que el numeral 1 desarrolla los temas de la obligación de responder, de dictar resolución expresa y de notificar la decisión; mientras que el numeral 2, establece el tiempo máximo para la notificación de la resolución y finalmente, el numeral 7 se ocupa de la responsabilidad que se puede generar por el incumplimiento del plazo.

⁶⁰⁷ ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 291.

⁶⁰⁸ “Artículo 42. 3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

superior a los seis meses antes señalados. Para que el plazo sea mayor es necesario que se establezca por medio de una norma de rango superior, bien sea interna o comunitaria.⁶⁰⁹

A renglón seguido explica la forma en que se deben contabilizar los períodos de duración de los procedimientos administrativos, con el fin de evitar cualquier tipo de controversia en cuanto al momento exacto desde el que se debe empezar a calcular. Las fórmulas consignadas son dos, correspondiendo a las formas de iniciación del proceso: Si es iniciado de oficio, se medirá desde la fecha del acuerdo de iniciación⁶¹⁰; por el contrario, si se inicia a solicitud del interesado, se contará desde la fecha de entrada de la solicitud en el lugar competente para la tramitación de la solicitud al que se presente o fecha de ingreso al registro del órgano encargado.⁶¹¹

1.2.3. La información en los procedimientos.

El numeral 4⁶¹² señala el deber de las Administraciones Públicas consistente en permitir a los particulares conocer información sobre el estado de los procedimientos, su duración y los

a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”.

⁶⁰⁹ Esta es una innovación consecuencia de la reforma de la Ley 4 de 1999 que como lo explican Edilberto Narbón Lainez y María José Alonso Mas al referirse a las más importantes modificaciones introducidas:

“Una segunda observación que debe hacerse es la relativa a los plazos; dado que, como hemos apuntado más arriba, al plazo supletorio de tres meses se le suma el plazo máximo de seis, salvo norma con rango de ley o de Derecho comunitario europeo”.

ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. p. 30.

⁶¹⁰ “En los procedimientos iniciados de oficio, la fecha viene determinada por el acuerdo de incoación de la Administración que debe constar en la notificación o publicación que se haga de tal acuerdo”.

ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. p. 30.

⁶¹¹ “De tratarse de un procedimiento iniciado a instancia de particular, esa fecha debe comunicarse (debemos entender notificarse) dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. Es decir, en los casos de solicitudes que se presentan en otros organismos o por correo, la fecha de iniciación es la fecha de ingreso en el registro del órgano encargado de la tramitación”.

ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. pp. 30-31.

⁶¹² “Artículo 42.4. Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”.

efectos del silencio, lo cual debe informársele al particular por escrito. Se obliga también a la Administración a comunicarlo dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud, “[p]ero el incumplimiento de este deber no tiene efecto jurídico alguno sobre el plazo y la resolución y menos aún sobre la validez de la que se adopte. En la práctica, la referida comunicación de recepción de la solicitud se omite con mucha frecuencia”.⁶¹³

Adicionalmente, insiste en los deberes de la Administración consistentes en resolver dentro del plazo máximo establecido y notificar el resultado de los procedimientos a los interesados.

1.2.4. Suspensión de los plazos para resolver los procedimientos.

El numeral 5⁶¹⁴ formula cinco situaciones⁶¹⁵, excepcionales⁶¹⁶, en que se puede suspender⁶¹⁷ el plazo para resolver que son: 1.2.4.1. El requerimiento del interesado; 1.2.4.2. El concepto

⁶¹³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 499.

⁶¹⁴ “Artículo 42. 5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b. Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e. Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados”.

⁶¹⁵ “Existen, en efecto, una serie de situaciones que permiten detener de manera momentánea el reloj, abriendo un paréntesis en el transcurrir del plazo cuyo cómputo se reanuda cuando desaparezca el hecho que motivó la suspensión o expire el tiempo máximo reconocido a la misma por el propio art. 42.5”.

CIERCO SEIRA, César. “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”. En *Revista española de derecho administrativo*. Número 145. Enero-marzo. 2010. p. 165.

⁶¹⁶ “No obstante, pueden concurrir circunstancias que exijan actuaciones cuyo cumplimiento resultaría incompatible con los plazos establecidos para resolver y notificar la resolución. De aquí que la ley determine los supuestos que den lugar a interrupción del plazo. Son los que enumera el artículo 42.5, LRJPA”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. p. 348.

previo de la Comunidad Europea; 1.2.4.3. Solicitud de informes; 1.2.4.4. Solicitud de análisis técnicos y 1.2.4.5. Terminación convencional. Casos que serán presentados a continuación.⁶¹⁸

1.2.4.1. Requerimiento del interesado: Cuando se le solicite al interesado que subsane deficiencias o aporte algún elemento de juicio.

1.2.4.2. Concepto previo de la Comunidad Europea: En los casos en que sea necesario un concepto previo y preceptivo de algún órgano de la Comunidad Europea.

1.2.4.3. Solicitud de informes: En las ocasiones en que se deban solicitar informes que sean preceptivos y determinantes de la resolución.

1.2.4.4. Análisis técnicos: En las hipótesis en que sea necesario esperar que se incorporen los resultados de pruebas técnicas, científicas o análisis contradictorios.

1.2.4.5. Terminación convencional: Por último, en las hipótesis en que se inicien las negociaciones para la terminación convencional.

1.2.5. Mecanismos para cumplir el plazo.

El numeral 6⁶¹⁹ contempla la posibilidad de que el órgano competente ponga a disposición de la Administración Pública correspondiente los medios para cumplir con el plazo; para esto, es

⁶¹⁷ “En este punto hay que distinguir los efectos de la interrupción y de la suspensión del cómputo del plazo. Mientras que la *interrupción* implica que la cuenta vuelva a empezarse desde el principio, cuando se levanta la *suspensión* el calendario sigue corriendo por el tiempo que todavía quedaba pendiente”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 447.

⁶¹⁸ “Con la simple lectura de estos enunciados, salta a la vista que todos los casos tienen en común la representación de eventualidades <<externas>> en las que no es dado achacar a la Administración una conducta pasiva, castigando su morosidad, sino que, por el contrario, la culpa del retraso se traslada a otros sujetos distintos del instructor, ya se trate del propio interesado o de otros órganos que han de intervenir necesariamente en la sustanciación del procedimiento”. CIERCO SEIRA, César. “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”. En *Revista española de derecho administrativo*. Número 145. Enero-marzo. 2010. p. 167.

⁶¹⁹ “42.6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

necesario que las solicitudes o los afectados fuesen tantos que se podría suponer un incumplimiento y que además, dichas medidas sean propuestas por el órgano instructor o el superior jerárquico.

En igual sentido, dispone que excepcionalmente, si se han agotado todos los medios posibles, puede ampliarse el plazo de resolución y notificación con motivación clara de las circunstancias⁶²⁰; eso sí, sin superar el plazo máximo establecido para la tramitación del procedimiento. Hay que tener muy presente que la ampliación del plazo puede generar dilaciones indebidas y por tanto, para concederlo es necesario que existan verdaderas razones que justifiquen su prórroga.⁶²¹

Para finalizar, después de haber presentado la manera en que se regula los plazos en el ordenamiento jurídico español, especialmente en lo referente a los numerales 5 y 6 del artículo 42, se debe seguir la acertada afirmación del profesor Ricardo Rivero Ortega para quien:

“Todas estas consideraciones sobre la suspensión y la ampliación de los plazos para el cumplimiento de la obligación de resolver nos demuestran que en la redacción e interpretación de la Ley se puede dejar un margen más que suficiente a la Administración para no verse sorprendida

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.

⁶²⁰ “Lo que nos espera a la vuelta del camino resulta muchas veces que no lo habíamos previsto, e incluso previéndolo puede resultar inevitable. La vida es azar, y ese azar sólo en parte puede ser apartado mediante un plan, que es, por definición, el anti-azar.

Las organizaciones públicas no escapan a esa descripción de un fenómeno que corresponde a la naturaleza de las cosas. Para ellas el camino que han de recorrer se llama procedimiento administrativo, y durante él pueden surgir muchos imprevistos.

Por eso una ley que quiere -y tiene- que ser común tiene que estar dotada de la suficiente flexibilidad como para poder adaptarse a la infinidad de supuestos que el día a día puede plantear.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. pp. 1201-1202.

⁶²¹ “Por último, los plazos son susceptibles de *ampliación*, bien porque lo soliciten los interesados, bien porque lo decida la Administración, siempre que existan razones justificadas. Un motivo justificado es, precisamente, la urgencia, en cuyo caso pueden reducirse a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, con la salvedad de los relativos a la presentación de solicitudes y recursos o reclamaciones (art. 49 y 50)”.

BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas. 2005. p. 242.

o superada por múltiples circunstancias a la hora de cumplir con su deber de dictar una resolución expresa. La mayoría de las dificultades han sido contempladas en la norma”.⁶²²

2. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

Introducción.

El silencio administrativo es una figura que se ha mantenido en el derecho administrativo desde hace mucho tiempo, con ella se buscaba evitar que la inactividad de la Administración no quedara impune y que el particular tuviera algún tipo de mecanismo para poder acceder a la jurisdicción contenciosa-administrativa. Fue así, como a la actitud silente de la Administración se le atribuyó un significado de tipo jurídico produciendo efectos o consecuencias en el mundo del derecho.⁶²³

Adicionalmente, se debe ser consciente de que el silencio no es un caso de funcionamiento normal⁶²⁴ de la Administración, por lo que ha sido objeto de fuertes críticas a las que se ha venido enfrentando desde hace muchos años⁶²⁵; al producirse, en la práctica, que esta

⁶²² RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 275.

⁶²³ “Lo que hasta ese momento era un indiferente jurídico -callarse, no hablar, permanecer en silencio- se convierte así en un «signo jurídico»: *signo*, en cuanto es un significante con un significado; *jurídico*, en cuanto productor de efectos o consecuencias jurídicas”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo I. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1210.

⁶²⁴ “Que a través del silencio pueda llegarse, salvando la eventual inactividad de la Administración, a la resolución del procedimiento no significa que estemos ante una situación de funcionamiento normal de la Administración. No lo es porque la técnica del silencio, pese a garantizar el ejercicio de algunos derechos, es también fuente de problemas e inseguridad jurídica, no excluye la producción de resultados o situaciones contrarios al interés público (aunque sea provisionalmente, por la presunción de validez de los actos administrativos que alcanza también a los presuntos), no constituye ninguna panacea y, por regla general, presupone una conducta ilegal: el incumplimiento de la obligación administrativa de resolver en plazo (la inactividad)”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 859.

⁶²⁵ “El silencio administrativo, tanto en su versión positiva como negativa, sólo es remedio apropiado cuando la inactividad es conducta excepcional. Pues el primero reiterado invita a la anarquía y es muestra de desgobierno y el abuso del segundo aboca a los administrados a la desesperación y a la desconfianza en sus gobernantes”.

MORRILLO-VELARDE, PEREZ, José Ignacio. “El Silencio Administrativo”. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnés. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. p. 162.

institución ha sido utilizada por las Administraciones públicas con la finalidad de evadir la sus deberes⁶²⁶ y en especial con la obligación de resolver a tiempo.

En la actualidad subsisten detractores del régimen del silencio administrativo quienes consideran importante revisar algunos puntos concretos de la legislación española, debido a que pueden tener una inadecuada interpretación que en la práctica puede llevar a la obtención de un resultado indeseado; por ejemplo, Ernesto García-Trevijano⁶²⁷, Jesús González⁶²⁸, Vicenc Aguado I Cudola⁶²⁹, Luciano Parejo⁶³⁰, Francisco González Navarro⁶³¹, Marcos Gómez Puente⁶³², María Alonso y Edilberto Narbón⁶³³, Enrique Rivero⁶³⁴ y Ricardo Rivero⁶³⁵.

⁶²⁶ “Se quiere destacar así que el que a pesar de ser presentado el silencio como una garantía jurídica para los ciudadanos ante el incumplimiento por parte de la Administración de su deber, en realidad, el empeño del legislador en mantener su existencia, ya no es que no dé el juego apetecido porque no responde a las exigencias de los ciudadanos en la actualidad, sino que su misma existencia resulta beneficiosa para la propia Administración, que lo aplica con normalidad y frecuencia en el desarrollo del tráfico administrativo”.

ALONSO IBAÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 353.

⁶²⁷ “Pues bien, en ocasiones, ante peticiones de los interesados, la Administración decide dar <<el trato del silencio>>. Y así se hace como si fuera una forma más de actuación regular de la Administración, con lo que se olvida la obligación de resolver expresamente; y –lo que es más grave aún si cabe– se hace de manera consciente y voluntaria, e incluso en ocasiones con el firme convencimiento de lo correcto de tal conducta: la Administración acuerda no cumplir un deber legal y llega a plasmar tal decisión por escrito”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 94.

⁶²⁸ “Sin embargo, en la práctica administrativa, la obstinada resistencia de la Administración a cumplir esta obligación y la falta de medios eficaces para vencerla, el silencio administrativo llegó a convertirse en institución enderezada a facilitar la pereza administrativa, afirmándose –incluso en alguna decisión jurisprudencial– que, habiendo nacido en garantía del administrado, también operaba en defensa de la Administración. De modo que cuando se hubieran cumplido los plazos del silencio sin que se hubiera pronunciado expresamente la Administración se decía que había <<resuelto por silencio administrativo>>”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio Administrativo y los plazos para incoar procesos en relación al acto presunto”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007. p. 478.

⁶²⁹ “En el caso del silencio administrativo debería plantearse si procedería su simple y clara erradicación de nuestro ordenamiento jurídico y su sustitución por otros tipos de vías de control jurisdiccional de la inactividad de la Administración o de la agilización de su actividad administrativa. Cabe advertir que si recurrimos al derecho comparado veremos como el silencio administrativo no tiene cabida en otros sistemas jurídicos que basan el control de la inactividad en un sistema jurisdiccional de acciones o pretensiones como sucede en el modelo alemán o en los diferentes modelos anglosajones.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 133.

⁶³⁰ “Este proceso de construcción continua pone en evidencia las insuficiencias de la técnica del silencio para lograr – mediante la técnica de la ficción legal– la adecuada transformación de la falta de pronunciamiento en la existencia de un acto presunto (sobre cuando éste resulta equiparado a un verdadero acto administrativo). La variedad, complejidad y alcance de la acción administrativa la hacen irreductible tanto a la relación bilateral tipo Administración-interesado, como a la fórmula alternativa de estimación o desestimación sobre la que opera el silencio administrativo y que no atiende más que a criterios formales (y no materiales de fondo) para su articulación”.

También, se debe remarcar que “[...] un importante sector de la doctrina aboga por lo que denominan <<la superación del silencio administrativo>> y su sustitución por otro tipo de regímenes jurídicos, tanto a nivel sustantivo como procesal; como por ejemplo la sustitución del silencio por un simple recurso de inactividad, o por ejemplo la generalización de la técnica de la comunicación previa en vez del silencio positivo”.⁶³⁶

No obstante, en este momento, la doctrina española reconoce la importancia de mantener la técnica del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico para poder defender a los ciudadanos de la inactividad administrativa y que puedan accionar ante la jurisdicción

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 419.

⁶³¹ “Por el contrario, en muchas ocasiones –y por un mal entendimiento de lo que constituye la médula de la técnica del silencio administrativo- se vino invocando el silencio administrativo coartada para no resolver los expedientes molestos o complicados: mejor no resolver, que ya el tiempo lo sanará todo. En ocasiones, la ignorancia ha sido tal que incluso por escrito se ha dejado constancia en el expediente de la sugerencia de que <<se resuelva por silencio administrativo>>, o de que <<se guarde silencio administrativo en el caso>>”.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. “El silencio administrativo ficción, trampa y caos”. En *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública*. VI Jornadas Hispano-argentinas de derecho administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó. Instituto nacional de Administración pública. Madrid. 2001. pp. 147-148.

⁶³² “Como acabo de señalar, el silencio administrativo viene a contrarrestar el silencio (ilegal) de la Administración; viene a salvar los inconvenientes de la ausencia de una resolución administrativa expresa que la Administración está obligada a dictar. Es un remedio, no necesariamente idóneo, frente al incumplimiento de ese deber de actuar que constituye una típica manifestación de inactividad administrativa”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 23.

⁶³³ “Y no sólo eso, sino que además la <<generalización>> del silencio positivo general problemas indudables cuando existen terceros interesados y desfavorecidos por el silencio positivo, que se ven afectados por una resolución presunta normalmente sin haber sido parte en el previo procedimiento”.

ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. p. 10.

⁶³⁴ “Desde nuestro punto de vista, debería reforzarse mucho más que hasta ahora la prohibición del silencio administrativo, exigiendo el cumplimiento en todo caso de la obligación de resolver. El silencio administrativo, además de suponer un incumplimiento en sí mismo, anula otros deberes como el relativo a la motivación, previsto en los sucesivos apartados del art. 54 LPC. Y no se debe olvidarse que la necesidad de motivar es un presupuesto de la tutela judicial efectiva y del verdadero control de la discrecionalidad, por lo que su exigencia no deja de reivindicarse, hasta fechas muy recientes, y en relación a distintos tipos de decisiones administrativas”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 571.

⁶³⁵ “Mientras siga existiendo el silencio administrativo como institución reconocida por nuestro Derecho, la Administración y sus agentes gozarán de la cobertura perfecta para incumplir sus obligaciones, sin que las consecuencias incluyan la exigencia de responsabilidades directas”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 265.

⁶³⁶ ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. p. 11-12.

contenciosa-administrativa.⁶³⁷ En consecuencia, su vigencia se mantiene más por argumentos procesales, o mejor procedimentales, que de conveniencia teórica o práctica.⁶³⁸

Por todo lo anteriormente, expuesto es necesario hacer una referencia al silencio administrativo principalmente se tocarán los temas de: 2.1. El silencio administrativo y su afianzamiento; 2.2. Clases de silencio administrativo; 2.3. El desarrollo del silencio administrativo en la Ley 30 de 1992; 2.4. Las profundas modificaciones en materia de silencio administrativo introducidas por la Ley 25 de 2009, la Ley 2 de 2011 y el Real Decreto-ley 8 de 2011 y 2.5. La responsabilidad del Estado en los supuestos de silencio administrativo.

2.1. El silencio administrativo y su afianzamiento.

La introducción del silencio administrativo en el ordenamiento jurídico español se remonta al Real Decreto de 1851⁶³⁹, como un mecanismo que pretendía evitar la inactividad Administrativa⁶⁴⁰ y se encuentra en una muy directa relación con el requisito de la exigencia de la

⁶³⁷ “A diferencia de lo que ocurre con otros aspectos de la inactividad administrativa la doctrina del silencio administrativo ha sido objeto de una bibliografía, al menos, relativamente abundante. De igual manera, puede afirmarse que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una regulación razonablemente buena sobre la cuestión”.

MORRILLO-VELARDE, PEREZ, José Ignacio. “El Silencio Administrativo”. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnés. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993. p. 160.

⁶³⁸ “Hoy por hoy, mientras mantenga la jurisdicción contenciosa-administrativa su carácter meramente revisor, y una vez comprobados los efectos y consecuencias obtenidos –administrativamente hablando a través de la institución del silencio administrativo, tanto en su sentido negativo, como en el positivo, resulta impensable prescindir de esta institución”,⁶³⁸

DÍAZ GOMEZ, Mariano. *El silencio administrativo positivo en la Ley 30/1992 de 29 de noviembre y su incidencia en los actos de gestión y de control urbanístico*. Madrid. DYKINSON. 1994. p. 93.

⁶³⁹ “En la normativa apuntada ha de cifrarse, pues, el origen del silencio administrativo y no, como con frecuencia ha sostenido nuestra doctrina, en la legislación francesa. En ésta, ciertamente, cabe encontrar algunas normas que de forma esporádica resuelven situaciones concretas de silencio de alguna autoridad, pero una norma de carácter general sobre el valor del silencio administrativo no puede detectarse hasta una década más tarde (en el art. 7 del Decreto 2 noviembre 1864). Y aún habrá que esperar a la Ley 17 julio 1900, habitualmente citada como norma creadora del instituto, para encontrar una norma que, como nuestro Real Decreto de 1851, permitiera superar la denegación de justicia que se producía en casos de silencio de la Administración a causa de la exigencia de una decisión administrativa previa para acceder al contencioso-administrativo (regla de la *decisión préalable* equiparable, a estos efectos, a la exigencia de la Real Orden de 1847 de haber obtenido resolución en vía gubernativa para acceder al contencioso civil)”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 549.

⁶⁴⁰ “En un principio, la institución del silencio administrativo tenía como única finalidad evitar que la inactividad de la Administración ante la que se había formulado una solicitud, instancia, reclamación o recurso impidiera acudir a los órganos judiciales en demanda de justicia, como consecuencia del acto previo”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 107.

reclamación administrativa previa⁶⁴¹. En relación con su origen, algunos autores atribuyen su paternidad exclusivamente al derecho administrativo francés⁶⁴²; sin embargo, es mucho más adecuado afirmar que pese a su indudable influencia⁶⁴³, no se trata tan sólo de una importación de Francia.⁶⁴⁴

La evolución de la figura del silencio administrativo en España siguió paulatinamente su desarrollo hasta que a finales del siglo XIX se distancia de su matriz francesa, emprendiendo su propio camino⁶⁴⁵ y de este modo, empezó a consolidarse logrando grandes avances teóricos en la segunda mitad del siglo XX.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ “A este proceso, que es también el del nacimiento de la Administración contemporánea y de la sustantivación del Derecho Administrativo, bien pudo contribuir la implantación de la denominada reclamación administrativa previa; esto es, la imposición de un requisito para la interposición de demandas civiles contra la Administración, cual era el tener que reclamar previamente ante la Administración para obtener de ésta una resolución que fijase la contienda. Y es precisamente entre las reglas reguladoras de este trámite preprocesal donde se descubren las primeras normas para hacer frente a la inactividad formal de la Administración”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 549.

⁶⁴² “Es bastante significativo que si bien el derecho administrativo francés ha sido fundamentalmente constituido pretorianamente a través de los *arrets del Conseil d’État*, la teoría del silencio administrativo negativo nace en Francia en virtud de dos decisiones normativas: el art. 7 del Decreto imperial de 2 de noviembre de 1864 relativo al recurso interpuesto contra las decisiones de autoridades subordinadas al Ministro y el art. 3 de la Ley de 17 de julio de 1900 que generaliza el silencio administrativo negativo a los recursos contra una decisión administrativa”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 136.

⁶⁴³ “[...] no es especialmente necesario resaltar o vindicar la importancia e interés que para la perspectiva española tiene el estudio y conocimiento del Derecho administrativo francés, tanto como dominio científico considerado en abstracto como, sobre todo, por el poderoso influjo que ha ejercido en la conformación e inspiración de nuestro propio Derecho administrativo durante todo el siglo diecinueve, del que ya se han ocupado plumas mucho más calificadas que la nuestra”.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. “Capítulo II. El régimen de silencio de la Administración en Francia”. En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. p 33.

⁶⁴⁴ “Sin perjuicio de la indudable influencia ejercida por el régimen administrativo francés sobre la evolución de nuestro Derecho administrativo, los datos históricos de Derecho positivo no permiten afirmar sin más que la introducción entre nosotros de la técnica que ha evolucionado hasta decantarse en la conocida como silencio administrativo sea fruto de una mera importación desde el Derecho francés”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Capítulo I. El Silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía, apuntes de una posible vía de superación”. En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. p 11.

⁶⁴⁵ “La evolución en nuestro ordenamiento comienza a emprender un camino propio, diferenciado de la matriz francesa, a finales del S. XIX”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Capítulo I. El Silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía, apuntes de una posible vía de superación”. En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. p 12.

⁶⁴⁶ “Al iniciarse la década de los 50, el silencio administrativo no era, en modo alguno, una institución unitaria. Como acaba de verse, la técnica de atribuir *ex lege* determinados efectos jurídicos a la inactividad de la Administración o, más exactamente, a la falta de resolución de un procedimiento que solía deberse a ella, se empleaba muy desigualmente. Además de utilizarse sectorialmente y no hallarse previsto con carácter general, el silencio operaba ante situaciones de

Con la entrada de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958⁶⁴⁷ la regla general que se introdujo consistió en que en caso de que no se pronunciara la decisión procedimental se estaría en frente a una situación denominada silencio administrativo negativo, puesto que se entendía desestimada la pretensión del particular y de este modo, se ponía fin a la vía gubernativa.⁶⁴⁸ Al contrario, “[e]l efecto positivo del silencio aparecía como una excepción en el artículo 95 de la misma Ley, aplicable a las relaciones administrativas e interorgánicas, o —fuera de ese limitado ámbito— a introducir opcionalmente por disposición expresa”.⁶⁴⁹

Posteriormente, “[l]a LRJ-PAC, en su redacción original de 1992, regulaba el silencio administrativo en su artículo 43. Previamente, en el artículo 42 disponía la obligación de las Administraciones Públicas de resolver todos los procedimientos, señalando que el plazo para resolver sería el fijado en la norma del correspondiente procedimiento y subsidiariamente el de tres meses, permitiendo acordarse en determinados casos la ampliación de los plazos”.⁶⁵⁰

Sin embargo, en otros aspectos relacionados con el silencio administrativo la Ley 30 de 1992 fue fuertemente criticada y en la práctica “[l]a ambigüedad de la Ley, expresión de una

inactividad formal diferentes (en vía de petición, de recurso, de reclamación gubernativa previa, de fiscalización interadministrativa), siendo también diversa la forma de concretar los efectos legalmente atribuidos (plazos, necesidad o no de denunciar la mora) e incluso el carácter de éstos (surgimiento de un acto presunto, valor positivo o negativo de éste)”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 549.

⁶⁴⁷ “Con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, el silencio administrativo se configura como una garantía para los administrados que no excluye el deber de la Administración de resolver. Se trata de una ficción jurídica que deja expedita la vía judicial pero que no impedía una ulterior resolución jurídica expresa, sino que la Administración seguía estando obligada a dictarla conforme a los artículos 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956”.

PÉREZ ANDRÉS, Eloísa. “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 164. Mayo-agosto. 2004. p. 203.

⁶⁴⁸ “El silencio administrativo suponía, pura y simplemente, una ficción legal que permitía la interesado presumir desestimada su petición a los solos efectos de poder interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo en cada caso precedente”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. pp. 107-108.

⁶⁴⁹ GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. p. 227.

⁶⁵⁰ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín. “Silencio administrativo y entes locales: últimos pronunciamientos jurisprudenciales”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007. p. 522.

regulación en suma defectuosa, propició una suerte de Babel jurídica de la que la Administración fue la única favorecida, si se puede considerar así el que la reforma emprendida quedara prácticamente inoperante”.⁶⁵¹ Lo anterior presagiaba una inminente reforma legislativa que se produjo en 1999.

Entre las innovaciones introducidas por la Ley 4 de 1999 se debe destacar el regreso a la terminología del silencio administrativo (sustitutiva de la de actos presuntos) y se invirtió la regulación de sus efectos, por lo que se estimarán positivas las peticiones hechas por los administrados. Pese a que, la regla general es el silencio positivo lo que se evidenciaba en la práctica es que en muchos supuestos se daba el efecto de silencio negativo⁶⁵², como se observaba claramente en los procedimientos administrativos en que se debatían derechos económicos.⁶⁵³ El problema también se extendió por culpa de algunas Administraciones autonómicas que le atribuían efectos denegatorios a ciertos casos de silencio positivo.⁶⁵⁴

Conscientes de esto, en los últimos años se ha intentado fortalecer el régimen de silencio administrativo positivo, siguiendo los lineamientos generales de la Comunidad Europea y en consecuencia, en los últimos años se han presentado algunas modificaciones en la materia, como las contenidas en la Ley 25/2009, la Ley 2/2011 y el R.D. 8/2011.

2.2. Clases de silencio administrativo.

⁶⁵¹ MORRILLO-VELARDE PÉREZ, José. “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”. En *Revista de Administración Pública*. Número 159. Septiembre-diciembre. 2002. p. 88.

⁶⁵² “La pretendida ampliación de los supuestos en que la inactividad formal de la Administración gozará de efectos estimatorios ha sido atemperada por el legislador, mediante la instauración, como una de las causas de nulidad de pleno derecho en la que pueden incurrir las resoluciones administrativas, de los <<actos expresos o presuntos por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

GUILLÉN PÉREZ, María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 137.

⁶⁵³ “En efecto, son abundantes las leyes sectoriales del Estado o de las Comunidades autónomas que introducen excepciones a esta regla general, regulando los procedimientos administrativos que, sin identificarse con la regla básica estatal claramente favorable a los efectos estimatorios del silencio administrativo, generan efectos desestimatorios”.

BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Arazandi. Thomson-Civitas. 2005. p. 254.

⁶⁵⁴ “El problema se acrecienta cuando se observa que tanto la Administración del Estado como algunas Administraciones autonómicas van solucionando sus problemas por la vía legislativa mediante la aprobación de leyes que tienden a elevar el plazo de resolución de sus procedimientos (más de 6 meses) o determinando los efectos del silencio administrativo con carácter desestimatorio para enervar la regla general del silencio positivo, lo que efectúan con enorme diversidad de soluciones”.

RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M. “La nueva fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 113. Enero-marzo. 2002. p. 37.

Ahora corresponde entrar a explicar cuáles son las clases de silencio administrativo y los efectos que se le atribuyen. La división entre silencio positivo y silencio negativo, “[...] ha dado lugar ciertamente a un progresivo distanciamiento en la configuración de ambas categorías de silencio administrativo, distanciamiento cuya razón última hay que buscarla –no cabe desconocerlo– en la necesidad de interpretarlo de forma siempre más beneficiosa para el administrado, en cuyo favor, en definitiva, está previsto”.⁶⁵⁵

De lo anterior se deriva que los tipos de silencio administrativo se deben abordar desde dos perspectivas muy diferentes y ante todo tener muy presente que: “Los efectos del silencio positivo y el negativo no sólo varían en lo esencial, es decir, la presunción de legal de su significado. En realidad, uno y otro tipo de silencio tienen una naturaleza jurídica muy distinta, de la que la Ley extrae importantes consecuencias”.⁶⁵⁶

En todo caso, se debe señalar que: “Entre las notas comunes destaca la subsistencia de la obligación de resolver más allá de la producción del efecto al que la norma alude al presupuesto de hecho: silencio administrativo positivo o negativo y caducidad”.⁶⁵⁷

2.2.1. Silencio administrativo negativo o desestimatorio.

El efecto desestimatorio o silencio administrativo negativo hace referencia a las situaciones en que transcurre el plazo y la norma o decreto que regule ese procedimiento determinado disponga que se entenderá desestimada la pretensión del particular. “En este supuesto, el silencio administrativo no produce un verdadero acto administrativo, sino que tiene por exclusiva función ofrecer una ficción legal con objeto de hacer efectivo el derecho a la tutela

⁶⁵⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 81.

⁶⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 509.

⁶⁵⁷ MORILLO-VELARDE PÉREZ, José. “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”. En *Revista de Administración Pública*. Número 159. Septiembre-diciembre. 2002. p. 105.

judicial, abriendo la vía de recurso, administrativo o contencioso-administrativo, que proceda”.⁶⁵⁸ Debido a ser un acto administrativo ficticio “[...] es lógico que el surgimiento del acto presunto no enerve el cumplimiento de la subsistente obligación legal de resolver sin limitación alguna”.⁶⁵⁹

Como lo sintetiza Juan Alli Aranguren: “El silencio administrativo negativo se ha configurado como una ficción legal para que el administrado pueda llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración, por lo que no cabe una interpretación que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver”.⁶⁶⁰

El acto presunto denegatorio o silencio negativo opera en los supuestos de ejercicio del Derecho de petición, los que traspasaran facultades relativas al dominio público o al servicio público y los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. (Artículo 43.2). Otros supuestos recogidos en el interior de la LRJPAC son presentados por María Guillén Pérez como: Los procedimientos de revisión de oficio, recurso extraordinario de revisión, las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración.⁶⁶¹

Al ver esto, como lo precisan María Alonso y Edilberto Narbón, parece “[...] desde este punto de vista, la única razón por la que el legislador ha consagrado el silencio negativo –con un plazo de tiempo además considerable- es por interés financiero”.⁶⁶²

Por las peculiaridades de esta institución, en la práctica se presentan conflictos de principios y particularmente, se ven enfrentados el de seguridad jurídica y el de la realización de la

⁶⁵⁸ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 329.

⁶⁵⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 433.

⁶⁶⁰ ALLI ARANGUREN, Juan. “La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007. p. 501.

⁶⁶¹ Ver GUILLÉN PÉREZ, María. *El silencio administrativo*. El control judicial de la inactividad administrativa. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 142.

⁶⁶² ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. p. 102.

justicia.⁶⁶³ “Ante la colisión entre la seguridad jurídica y la justicia, el Tribunal Constitucional ha optado por proteger la justicia permitiendo que el silencio negativo pueda ser combatido en cualquier momento para evitar un resultado injusto para el ciudadano”.⁶⁶⁴

Un ejemplo concreto de la orientación de las Cortes españolas, que es muy relevante para el tema de este escrito, es el del tiempo de la interposición del recurso en los casos del silencio administrativo negativo; al respecto, hay que señalar que tanto el Tribunal Supremo en Sentencia del 23 de enero de 2004⁶⁶⁵ como el Tribunal Constitucional en Sentencia del 16 de enero de 2006⁶⁶⁶ han entendido que se debe buscar la defensa del particular y condenar la inactividad administrativa.

Estas líneas jurisprudenciales se basan en la premisa de que “[...] no se puede calificar de razonable una interpretación de los preceptos legales aplicables que prima la inactividad de la

⁶⁶³ “Finalmente, tampoco puede desconocerse en estos casos la incidencia que sobre el principio de seguridad jurídica tiene abrir plazos en principio ilimitados para recurrir denegaciones o desestimaciones por silencio negativo, especialmente cuando existan relaciones triangulares entre la Administración y distintos interesados, estos últimos manteniendo entre sí posiciones contrarias. En efecto, si la solución al problema del plazo para recurrir (en caso de silencio negativo) puede ser más clara cuando frente a la Administración sólo existe un interesado o grupo de interesados con intereses coincidentes, la situación se complica cuando se trata, como se dice, de una relación triangular. Y ello fundamentalmente porque la ventaja para uno de los interesados de poder recurrir ilimitadamente en el tiempo supondrá, en cambio, un perjuicio para el otro interesado que no impugnó y que mantiene una posición contraria al recurrente”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 163. Enero-abril. 2004. pp. 158-159.

⁶⁶⁴ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 455.

⁶⁶⁵ “En este sentido, la falta de interposición de un recurso contencioso-administrativo en el plazo de seis meses contra una desestimación presunta nunca puede dar lugar a un <<acto consentido>>, no sólo porque, como se ha expuesto, la desestimación por silencio no tiene el carácter de verdadero acto administrativo, sino porque en ese caso el silencio negativo habría operado justamente como una carga para el particular, que, además de soportar la desidia de la Administración, vería encerrado o limitado en un plazo de tiempo su derecho a defenderse”.

PÉREZ ANDRÉS, Eloísa. “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”. En *Revista de Administración Pública*. Número 164. Mayo-agosto. 2004. p. 205.

⁶⁶⁶ “Según la doctrina constitucional derivada de la STC 14/2006, de 16 de enero, los interesados que vean desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo podrán acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa sin límite de plazo cuando la Administración haya cumplido el deber de comunicarles el plazo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como de los efectos del silencio (art. 42.4.2.)”.

NIETO GARRIDO, Eva. “Silencio Administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A propósito de las SSTC 14/2006, de 16 de enero, y 39/2006, de 13 de febrero”. En *Revista de Administración Pública*. Número 170. Mayo-agosto. 2006. p. 200.

Administración colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de resolver”.⁶⁶⁷

Antes de pasar al estudio de otro tema, es imprescindible destacar que en la actualidad, a pesar de que han transcurrido muchos años desde la expedición de la Ley 4 de 1999, se mantiene un debate en cuanto al plazo para recurrir el silencio negativo de la Administración y que ni la doctrina ni la jurisprudencia han llegado a un acuerdo sobre la materia, como se puede concluir; por ejemplo, de la lectura de los textos de Ernesto García-Trevijano: “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?”⁶⁶⁸ y de los de Tomás Cano Campos titulados: “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la legislación vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia constitucional”⁶⁶⁹ y “El plazo para recurrir el silencio negativo de la Administración: de una normativa contradictoria a una jurisprudencia confusa”⁶⁷⁰.

2.2.2. Silencio administrativo positivo o estimatorio.

Como lo hemos anticipado en la actualidad el efecto positivo es el que ocurrirá por regla general cuando se configura un caso de silencio administrativo de la Administración pública y por ende, sólo será negativo si una norma particular lo dispone.⁶⁷¹ La principal justificación de la existencia del silencio administrativo positivo, es claramente descrita por el administrativista Iñigo Sanz Rubiales para quien:

⁶⁶⁷ CANO CAMPOS, Tomás. “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la legislación vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia constitucional”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 122. Abril-junio. 2004. p. 267.

⁶⁶⁸ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 163. Enero-abril. 2004. pp. 157-168.

⁶⁶⁹ CANO CAMPOS, Tomás. “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la legislación vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia constitucional”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 122. Abril-junio. 2004. pp. 257-284.

⁶⁷⁰ CANO CAMPOS, Tomás. “El plazo para recurrir e silencio negativo de la Administración de una normativa contradictoria a una jurisprudencia confusa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 139. Julio-septiembre. 2008. pp. 397-418.

⁶⁷¹ “[...] de momento, baste que hagamos notar los siguiente: mientras el legislador no establezca expresamente que un caso es de silencio negativo, debemos entenderlo como positivo”. ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. p. 62.

“Frente a la tradicional finalidad <<sancionadora>> de la inactividad administrativa, el silencio administrativo positivo cumple hoy en día más bien una tutela de la libertad o la autonomía de los solicitantes de una autorización: el control administrativo se hace menos formalista y más rápido, porque se aligera el peso de la exigencia de la previa autorización y se ofrecen a los terceros las mismas garantías que las que derivan de una decisión expresa. En definitiva la finalidad del silencio estimatorio responde a la necesidad de dar agilidad administrativa a determinados sectores donde la realidad demuestra que no existe tal agilidad”.⁶⁷²

El silencio positivo producido por la inactividad de las Administraciones públicas se equipara a un verdadero acto administrativo que concede lo que ha solicitado el particular.⁶⁷³ Es decir, dicho acto tendrá plena eficacia desde el mismo momento en que se crea, tendrá una completa presunción de legalidad y podrá hacerse valer frente a la Administración y terceros.

En este orden de ideas, resulta claro que “[...] la Administración no puede desestimar por acto expreso posterior lo que ha estimado, otorgado, reconocido o concedido por silencio positivo. De lo contrario, la Administración estaría revocando o revisando un verdadero acto administrativo, aunque presunto, infringiendo la regla general de la irrevocabilidad de los actos favorables al interesado”.⁶⁷⁴

Así mismo, “[l]a estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. En este sentido, lo propio es que, cuando se produce el silencio (siendo positivo en caso de que la norma así permita deducirlo), al acto despliegue sus efectos propios debiendo la Administración acudir a la revisión de oficio en caso de que considere dicho acto *contra legem*”.⁶⁷⁵

⁶⁷² SANZ RUBIALES, Iñigo. “Silencio Administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico”. En *Revista de Administración Pública*. Número 171. Septiembre-diciembre. 2006. p. 206.

⁶⁷³ “Más la aparición del llamado silencio administrativo positivo va a complicar las cosas. Porque aquí ya no se trata de una ficción que permita al acceso al proceso, después de agotar las vías administrativas previas, sino la producción de un acto administrativo con plenos efectos”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 108.

⁶⁷⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 509.

⁶⁷⁵ GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 142.

Para cerrar esta breve explicación, es adecuado transcribir algunas partes de los lineamientos principales propuestos por María Alonso y Edilberto Narbón en cuanto a los elementos necesarios para que se produzca la configuración del silencio positivo:

“El silencio deberá configurarse como positivo cuando concurren tres requisitos: Primero que no existan terceros interesados [...]. Segundo, que el acto no exija una valoración de distintos intereses, sino que se trate de una simple constatación reglada. Tercero, que se trate de un procedimiento iniciado a instancia de parte [...]. A todos estos requisitos ha de añadirse un cuarto: que el Derecho Comunitario europeo no impida el juego del silencio positivo [...]”.⁶⁷⁶

2.3. El desarrollo del silencio administrativo en la Ley 30 de 1992.

Uno de los cambios en la materia más importantes se produjo con la introducción de la Ley 30 de 1992⁶⁷⁷; sin embargo, su posterior reforma por la Ley 4 de 1999 demuestra la necesidad de hacerle algunas modificaciones al silencio administrativo, como quedó establecido en los artículos 43 y 44.⁶⁷⁸

Esta es la normatividad vigente sobre el tema, sobre la que se debe advertir, que continúa siendo fuertemente criticada por algunos de los pensadores administrativistas españoles y en ocasiones, se ha calificado de disparatada.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009. pp. 95-96.

⁶⁷⁷ “Con esta ley se introduce una nueva regulación del silencio administrativo, ampliando significativamente la extensión del silencio positivo al fijar unos supuestos de directa aplicación, al mismo tiempo que reforzando la obligación de resolver respecto a la regulación anterior al extenderla a los procedimientos iniciados de oficio”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 185.

⁶⁷⁸ “Un primer acercamiento a estos preceptos evidencia el abandono de la expresión <<actos presuntos>>, que se había utilizado en la Ley con anterioridad a la reforma llevada a cabo en la Ley 4/1999. Se supera así, incluso desde una perspectiva sistemática el tratamiento unitario del silencio administrativo que había establecido la LRJPAC en su redacción inicial”.

ALONSO IBAÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 351.

⁶⁷⁹ “A mí la regulación que se ha hecho del silencio administrativo - tanto la que llevó a cabo la Ley 30/1992 como la que ha realizado la Ley 4/1999, que ha eliminado cualquier posible duda que pudiera haber acerca de que la regla general es el silencio positivo- no es que no me guste, no es que me parezca manifiestamente mejorable, es que la considero un disparate”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo I. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1242.

2.3.1. El silencio administrativo en la Ley 30 de 1992 con sus posteriores modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999.

Como lo explica Vicenc Aguado I Cudola, las modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999 produjeron una nueva concepción del silencio: “En realidad, más que una medida de carácter preventivo, el silencio administrativo supone una consecuencia jurídica del incumplimiento por la Administración de la obligación de resolver y notificar dentro del plazo máximo establecido”.⁶⁸⁰

La modificación de la Ley 30 de 1992⁶⁸¹ por la Ley 4 de 1999⁶⁸² dotó al silencio administrativo, por regla general, del carácter de positivo en los casos de incumplimiento de resolver dentro de un determinado plazo. Desafortunadamente esta aspiración inicial se ha visto bastante descuidada y en la actualidad para los procedimientos más importantes se aplica el silencio administrativo negativo. No obstante, se debe aclarar que la nueva legislación se ha alejado de su complejidad inicial con lo que ha ganado en claridad.⁶⁸³

⁶⁸⁰ AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 133.

⁶⁸¹ “Esta legislación fue objeto de una severa crítica por una gran parte de la doctrina, la cual no fue tomada en cuenta durante su elaboración. Así, las principales críticas han recaído por una parte en el grado de complejidad que introduce la nueva normativa, y por la otra en la gran fragmentación y dispersidad producida por los reglamentos de adecuación a la LRJPAC”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p.186.

⁶⁸² Hay quienes consideran que las modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999 no fue un avance, sino un grave retroceso para el derecho administrativo español.

“[...] el legislador de 1999, por causas que no acierto a comprender, se ha empeñado en seguir y consolidar el erróneo camino emprendido por el de 1992- he pretendido poner de manifiesto aquello que hasta un ciego acierta a ver: que la regulación actual es una trampa para el particular y también para la Administración, y que no sólo no se ha corregido los defectos que tenía la regulación y la práctica del silencio administrativo en la LPA de 1958, sino que las reformas de 1992 y 1999 han creado un auténtico caos, donde tanto el particular como los servidores públicos nos hallamos perdidos”.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. “El silencio administrativo ficción, trampa y caos”. En *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública*. VI Jornadas Hispano-argentinas de derecho administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó. Instituto nacional de Administración pública. Madrid. 2001. p. 204.

⁶⁸³ “La regulación del silencio, contenida fundamentalmente en los artículos 43 y 44 LRJAP, aunque la norma reserve la rúbrica para el artículo 43 —*silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado*—, ha ganado tras la reforma en extensión, pero se ha liberado de complejidad y ha avanzado también en claridad”.

Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio. “El silencio Administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”. En *Revista de Administración Pública*. Número 159. Septiembre-diciembre. 2002. p. 89.

Para abordar más fácilmente la ley se debe seguir su clasificación en la que distingue dos situaciones⁶⁸⁴; cuando los procedimientos sean iniciados a solicitud de parte (art. 43⁶⁸⁵) y aquellos en que se inicien de oficio (art. 44⁶⁸⁶).

⁶⁸⁴ “El actual artículo 43 LRPAC está dedicado por el legislador en exclusiva a la regulación de los remedios legales predispuestos para hacer frente al incumplimiento del deber de resolución en los procesos iniciados a instancia del interesado, bajo la rúbrica del silencio administrativo. Pero a la técnica del silencio administrativo acude también el legislador para referirse al incumplimiento del deber de resolución de los procedimientos iniciados de oficio de los que puedan derivarse efectos favorables, en el artículo 44.1 LRJPAC”.

ALONSO IBAÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 350.

⁶⁸⁵ “Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado.

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo.

2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

4. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

a. En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

b. En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

5. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días”.

⁶⁸⁶ “Artículo 44. Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio.

En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92.

En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución”.

2.3.1.1. Procedimientos iniciados a solicitud del interesado. (art.43): En los procedimientos consecuencia de la actividad inicial de los interesados, el vencimiento del plazo máximo sin resolución expresa podrá permitir a los particulares saber si sus peticiones fueron estimadas o desestimadas, dependiendo de los efectos que se le hayan atribuido al silencio administrativo, es decir si es positivo o negativo.

La regla general es el silencio positivo a todas sus solicitudes, salvo por una parte, que una norma superior establezca lo contrario (incluyendo una europea) y por la otra, en los casos en que se trate de un procedimiento con base en el ejercicio del derecho de petición, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia la transferencia de facultades relativas al dominio o al servicio público y los procedimientos de impugnación.

Es pertinente destacar que el momento inicial para contabilizar el tiempo transcurrido que debe pasar para que se configure el silencio administrativo, en los procedimientos no incoados de oficio, será desde que la solicitud sea registrada en el órgano competente.⁶⁸⁷

La estimación por silencio administrativo positivo tiene por efecto producir la finalización del procedimiento⁶⁸⁸, mientras que la desestimación por silencio administrativo negativo permite la interposición de los recursos contencioso-administrativo que considere pertinente el interesado.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ “En los procedimientos incoados de oficio, cualquiera que fuese su objeto, el momento inicial será aquel en que la solicitud hubiere tenido entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación [art. 42.3. b) LRJPA], no teniendo relevancia a estos efectos el momento de entrada en distinto lugar es que se admite la presentación de escritos según el artículo 38, LRJPA”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 108.

⁶⁸⁸ De esta manera, “[...] el silencio, pues, se configura como un verdadero acto declarativo de derechos, cuya revocación sólo podrá efectuarse, si así se desea, por el proceso de revisión de oficio”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 108.

⁶⁸⁹ Al contrario, “[...] el silencio posee, pues, en este caso, el carácter estricto de presunción legal, cuyo único efecto es permitir al interesado interponer un recurso pese a que, físicamente, no exista acto formal que impugnar”.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 97.

En cuanto a la obligación de dictar resolución expresa contemplada en el artículo 42 es complementada por el régimen del numeral 4 del artículo 43 de esta manera: Si hay estimación por silencio administrativo, la resolución expresa solo puede ser confirmatoria; al contrario, ante la desestimación, la decisión posterior de la Administración podrá ser en cualquier sentido.

Igualmente, se establece que los actos administrativos producidos por el silencio tienen validez plena, producen efectos desde la fecha del vencimiento del plazo y se acreditan por cualquier medio de prueba. Al ser tan difícil la prueba la solución que consagra la norma consiste en permitir al interesado solicitar un certificado que acredite el silencio producido, el cual “[s]e trata de un certificado acreditativo del silencio que tiene la finalidad de posibilitar que los afectados o interesados hagan valer, tanto ante la Administración, como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, esos actos presuntos”.⁶⁹⁰

Por último, se debe recordar, siguiendo la acertada observación del profesor David Blanquer que:

“Si se impugna un acto ficticio desestimatorio de una solicitud (*el primer silencio es negativo*), y la Administración guarda silencio y no dicta una resolución expresa estimando o desestimando el recurso (o en su caso, inadmitiéndolo) debe entenderse que el segundo silencio tiene efectos positivos por lo que el recurso se entiende estimado (*el segundo silencio es positivo*). Con esa regla especial se intenta evitar que la Administración Pública se enroque en el silencio administrativo sistemático y se fuerza al superior jerárquico a pronunciarse respecto a la solicitud que el inferior no ha respondido”.⁶⁹¹

2.3.1.2. Procedimientos iniciados de oficio por alguna de las Administraciones Públicas: En los procedimientos iniciados de oficio en que se venza el plazo máximo sin que la Administración haya dictado y notificado la resolución expresa, la entidad estatal no queda eximida de su obligación legal de resolver. La fecha para empezar a contabilizar los términos para la producción

⁶⁹⁰ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Arazandi. Thomson-Civitas. 2005. p. 255.

⁶⁹¹ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 455.

del silencio, en los casos en que pudiera derivarse el reconocimiento o constitución de derechos o de otras situaciones jurídicas individuales, contarán desde el acuerdo de iniciación.⁶⁹²

En los casos de procedimientos iniciados de oficio sin que se produzca decisión, el legislador ha establecido los siguientes dos efectos:

2.3.1.2.1. Situaciones jurídicas consolidadas: Cuando el procedimiento pueda reconocer, constituir derechos u otras situaciones jurídicas consolidadas, las solicitudes se entenderán desestimadas. Es una de las excepciones a la regla del silencio administrativo positivo, que se ha establecido por la relevancia de las materias que se debaten en el procedimiento.

Como lo explica Luciano Parejo: “Esta regla supone una inversión del juego del silencio con respecto a los procedimientos iniciados en virtud de una solicitud. La regla general en los procedimientos incoados de oficio es la de la exclusión legal de la derivación del incumplimiento de la obligación legal de resolver de cualquier efecto legitimador de situaciones jurídicas individualizadas a favor de cualesquiera de los interesados”.⁶⁹³

2.3.1.2.2. Facultades de intervención que puedan producir efectos desfavorables: En los procedimientos donde el Estado ejerce potestades sancionatorias y/o interventoras en que pueda producir efectos desfavorables o gravosos se producirá la caducidad y se procederá a su archivo. “La caducidad por inactividad imputable a la Administración actuante en procedimientos ablatorios o de gravamen iniciados de oficio, se acompaña de una serie de medidas destinadas a garantizar el interés general frente a la resistencia de los interesados”.⁶⁹⁴

⁶⁹² “En los incoados de oficio, es necesario que se trate de procedimientos de lo que pudiera derivarse <<el reconocimiento o en su caso la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individuales>> (art. 44.1. LRJPA). La fecha relevante será la del acuerdo de iniciación [art. 42.3.a. y 4, LARJPA”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 108.

⁶⁹³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 436.

⁶⁹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 436.

Para cerrar este tema, se debe hacer mención a la hipótesis que se presenta cuando la paralización del procedimiento se haya producido por causa imputable al interesado, caso en el cual simplemente se suspende el plazo.

2.4. Las profundas modificaciones en materia de silencio administrativo positivo introducidas por la Ley 25 de 2009, la Ley 2 de 2011 y el Real Decreto-ley 8 de 2011.

La tendencia establecida por la Comunidad Europea hacia la simplificación procedimental contenida en la Directiva de servicios⁶⁹⁵ en España⁶⁹⁶ y la presión doctrinaria hacia la existencia real de un silencio administrativo positivo, como regla general dentro de los procedimientos administrativos, se ha reflejado claramente en los siguientes textos: La Ley 25 de 2009, que fortalece la aplicación del silencio administrativo modificando el artículo 43 de la Ley 30 de 1992⁶⁹⁷; la Ley 2 de 2011, en su artículo 40 amplía el ámbito del silencio administrativo⁶⁹⁸ y el

⁶⁹⁵ Sobre el tema de la transposición de la Directiva de Servicios en el derecho español es muy interesante destacar el siguiente artículo:

RIVERO ORTEGA, Ricardo. "La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España". En *Noticias de la Unión Europea*. Monográfico: La directiva de servicios y su transposición en el Derecho español. Número 317. Año XXVII. Wolters Kulwer. España. Junio. 2011. pp. 5-14.

⁶⁹⁶ "En España, la tarea pendiente para realizar las exigencias de simplificación es mayor que la existente en otros países europeos, porque en nuestro país los resultados de estos procesos son de momento escasos. Intentaré demostrar esta afirmación recordando los intentos y los logros españoles en la realización de tres grandes desafíos: la descarga burocrática, el silencio administrativo y la reducción de los plazos en los procedimientos administrativos. Los tres son verdaderas claves de la simplificación procedimental requerida por la Directiva de servicios".

RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Simplificación Administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la directiva de servicios". En *Revista Catalana de Derecho Público*. Número 42. 2011. p. 120.

⁶⁹⁷ "[Artículo 43](#). Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el [artículo 29 de la Constitución](#), aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del [artículo 42](#) se sujetará al siguiente régimen:

a. En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Real Decreto-ley 8 de 2011, que en el artículo 26 modifica el sentido del silencio en determinados procedimientos administrativos.⁶⁹⁹

De esta forma, será metodológicamente adecuado dividir el tema en dos partes: La primera, observará las variantes establecidas en la Ley 25 de 2009 y en la segunda, se estudiarán las dos modificaciones que se produjeron en el 2011.

2.4.1. La Ley 25 del 22 de diciembre de 2009 o de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Se debe empezar por establecer las modificaciones que recibió el artículo 43 de la Ley 30 de 1992, que desarrolla el silencio administrativo positivo en los procesos iniciados a solicitud de

b. En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l25-2009.html

⁶⁹⁸ “Artículo 40. Ampliación del ámbito del silencio positivo.

1. Con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el [artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#).

2. Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del [artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#), derivada de la [Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio](#). Dicha evaluación se llevará a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley y servirá de base para impulsar la adecuación normativa oportuna”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l2-2011.html

⁶⁹⁹ “Artículo 26. Sentido positivo del silencio administrativo.

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que se citan en el Anexo I, el vencimiento del plazo máximo fijado, en su caso, en ese mismo anexo sin que se haya notificado resolución expresa, legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/07/07/pdfs/BOE-A-2011-11641.pdf>

parte, con la introducción de la Ley 25 de 2009 o de Modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.⁷⁰⁰

En este orden de ideas, lo primero que salta a la vista en la nueva redacción del artículo 43 es el cambio de su estructura general; puesto que, se suprime un numeral, pasando de ser cinco a quedar reducidos a cuatro. De este modo, sus principales cambios se realizan en los antiguos numerales 1 y 2, los cuales ahora quedarán condensados tan sólo en el numeral 1; es decir, en la nueva redacción los antiguos numerales 3, 4 y 5, pasaron a ser los numerales 2, 3 y 4 respectivamente.

En este orden de ideas, resulta pertinente concentrar la comparación en este nuevo numeral 1, siendo esencial destacar que lo primero es la clara intención del legislador de fortalecer el silencio administrativo positivo fijando su ocurrencia, como regla general, cuando se cumpla el plazo máximo sin que se emita la resolución expresa y se le comunique al interesado en los procedimientos que inician por solicitud del interesado.

Así, excepcionalmente la nueva norma en su numeral primero, fija las siguientes excepciones; es decir, se producirá el silencio negativo o desestimatorio es las siguientes hipótesis: 1. Cuando una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario y 2. En los procesos relativos al derecho de petición, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

⁷⁰⁰ “La situación alcanzada recibe aún un por ahora último perfeccionamiento –a impulso de del Derecho comunitario (transposición de la directiva Bolkestein)- en la Ley 25/2009, 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes (entre ellas la ahora considerada) para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, mediante la restricción de la salvedad al juego del silencio positivo –en los procedimiento iniciados a instancia de interesado- a los supuestos en que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezca lo contrario”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “Capítulo I. El Silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía, apuntes de una posible vía de superación”. En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. p 15.

En cuanto a la excepción del derecho de petición no varía nada, en comparación con la legislación anterior. Sin embargo, si hay un muy interesante cambio en la denegación de lo pedido cuando se contravenga una norma con rango de ley, al introducir la expresión *por razones de imperiosas de interés general*; es decir, ya no basta la sola contradicción sino que será necesario que exista una razón imperiosa de interés general para que se produzca el silencio administrativo negativo. Esta situación será regulada por la Ley 2 de 2011 y principalmente, en el Real Decreto-Ley 8 de 2011.

2.4.2. Las innovaciones al régimen de silencio positivo introducidas por la Ley 2 de 2011 y el Real Decreto-Ley 8 de 2011.

La ley 2 del 4 de marzo de 2011 de Economía sostenible hace referencia al silencio administrativo en el Capítulo I. De simplificación administrativa, contenido en el Título II. Competitividad, concretamente en el artículo 40.

En este artículo, denominado de la ampliación del silencio positivo, en su primer numeral da al Gobierno un plazo de 3 meses para remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo, en los proyectos que no se consideran cubiertos por razones imperiosas de interés general según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30 de 1992.

En su segundo numeral, se les pide a las Comunidades autónomas que dentro del término de un año evalúen la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo regulados por las normas anteriores a la redacción del artículo 43 Ley 30 de 1992, derivada de la Ley 25 de 2009.

Como resultado de las ideas presentadas en el proyecto del Gobierno y de los trabajos adelantados por las Comunidades Autónomas encargados por el artículo 40 de la Ley 2 de 2011, se origina el Real Decreto-ley 8 de 2011 de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades

locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de rehabilitación y de simplificación administrativa.

Este Real Decreto-ley desarrolla en la Sección I. Modificación del sentido del silencio en determinados procedimientos administrativos del Capítulo, VI. Medias de Simplificación Administrativa; particularmente, el artículo 26 designado como sentido positivo del silencio administrativo, lo que busca es el fortalecimiento del silencio positivo estableciéndolo como regla general y disminuyendo las excepciones a que estaba sometido por normas sectoriales.

Este artículo establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado cuando se produzca el vencimiento de los plazos sin la notificación expresa, legitima a los particulares para entender aceptada su solicitud por silencio administrativo en los términos del artículo 43; tanto el tipo de procedimiento como los términos máximos para resolver están fijados en el Anexo I del Real Decreto-Ley 8 de 2011.

De este modo, como lo explica Ricardo Rivero Ortega lo que hace la nueva regulación, establecida en el artículo 26 que remite al Anexo I, es en realidad disminuir los supuestos de silencio negativo, lo cual no es la solución más conveniente.⁷⁰¹

Finalmente, en consecuencia de todo el cambio normativo que se ha producido recientemente en el régimen del silencio administrativo positivo español, se debe coincidir con Luciano Parejo Alfonso en que se ha presentado:

⁷⁰¹ “En mi opinión, no, por dos razones de peso al menos. La primera: si se llega a la convicción de que puede permitirse el desarrollo de una actividad sin respuesta expresa, el medio menos restrictivo sería la declaración responsable o la comunicación previa, según los casos, pues el procedimiento autorizatorio parecería prescindible. Segunda: el silencio positivo es una trampa para las empresas que necesitan seguridad.

Sólo hay un camino aceptable, en mi opinión, para resolver los problemas planteados por el silencio administrativo: reforzar la exigencia de cumplimiento de la obligación de resolver desarrollando más la figura del responsable del procedimiento, tomada en su día de la Ley italiana de 1990, pero sin consecuencias prácticas en nuestra Ley 30/1992. Otras reformas italianas recientes, como la incorporación de un derecho de los particulares a ser indemnizados en los supuestos de dilaciones procedimentales que les producen perjuicios, favorecerían claramente el dictado de resoluciones expresas”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Simplificación Administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la trasposición de la directiva de servicios”. En *Revista Catalana de Derecho Público*. Número 42. 2011. pp. 131-132.

“[...] la conversión hoy del silencio, concretamente el positivo, de concreta técnica ficcional al servicio de la superación de obstáculo de falta de pronunciamiento administrativo para el acceso a la tutela judicial efectiva (en el supuesto de intervención administrativa previa de la actividad de los sujetos privados) en efecto universal, dotado de los atributos propios de un acto expreso (salvo excepción de su producción por norma legal o comunitaria equivalente), del incumplimiento del deber de resolver en plazo cualquier procedimiento iniciado a instancia de interesado (con independencia de su objeto)”.⁷⁰²

2.5. La responsabilidad del Estado en los supuestos de silencio administrativo.

El silencio administrativo, puede en ocasiones generar la responsabilidad de las Administraciones públicas y por ende, se debe entrar a analizar las situaciones en que puede llegar a configurarse. “En este sentido, la incidencia de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la técnica del silencio administrativo goza de distinta repercusión según el efecto otorgado, legal o reglamentariamente, a la inactividad formal de la Administración sea estimatorio o, por el contrario, desestimatorio”.⁷⁰³

2.5.1. La responsabilidad del Estado en casos de silencio administrativo negativo.

Como lo advierte el Medina Alcóz, orientado principalmente por la doctrina italiana (y por su muy valioso trabajo sobre la teoría de la pérdida de la oportunidad⁷⁰⁴) existen principalmente, cuatro situaciones en que se puede generar la responsabilidad administrativa por el incumplimiento del deber de resolver a tiempo en los casos en que se produce el silencio administrativo negativo, los cuales serán reconstruidos a continuación.

2.5.1.1. Se dicta resolución tardía que reconoce la solicitud: Esta primera hipótesis se presenta cuando se ha determinado que la inactividad de la Administración producirá un silencio administrativo negativo y una vez transcurrido dicho lapso la administración mediante un acto administrativo extemporáneo reconoce la pretensión del interesado. “En todos estos casos, el

⁷⁰² PAREJO ALFONSO, Luciano. “Capítulo I. El Silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía, apuntes de una posible vía de superación”. En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. p 16.

⁷⁰³ PÉREZ. María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 154.

⁷⁰⁴ MEDINA ALCOZ, Luís. *La teoría de la pérdida de la oportunidad*. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2007.

particular sufre pérdidas de las que debe hacerse cargo la Administración porque ella las ha generado al demorar la terminación final del procedimiento y porque concurre el preceptivo título de imputación: el incumplimiento del deber de resolver en tiempo”.⁷⁰⁵

2.5.1.2. Si no se hubiese producido el retraso el interesado se hubiere beneficiado: La segunda situación que se debe mencionar, se presenta cuando la demora en la finalización del procedimiento hubiera podido ser favorable en el caso que se hubiera dictado a tiempo, pero por la dilación de la decisión el resultado fue menos favorable para el particular.⁷⁰⁶ Como lo precisa el mismo Luis Medina: “En estos casos, el incumplimiento del deber de resolver en plazo ha podido mutilar la oportunidad de obtener la ventaja apetecida o impedir que el solicitante desarrolle una actividad lucrativa. Además, ha hecho inútiles los gastos que, con miras a la obtención y explotación de la utilidad había realizado el solicitante”.⁷⁰⁷

2.5.1.3. Inmovilización de capitales u otros recursos: En tercer lugar, se deben hacer referencias a los casos en que se producen inmovilizaciones de capitales u otros recursos los cuales puede causar detrimentos patrimoniales por el sólo hecho de perder oportunidades. Es así como:

“[...] la superación del término legal o reglamentario del procedimiento, cuando no deriva en un silencio positivo, convierte en ilícito el estado de inseguridad que sufre el interesado que decide esperar la resolución tardía; y ese estado, que puede influir negativamente en las decisiones del particular cuando el resultado del procedimiento es finalmente contrario a sus intereses, puede justificar la responsabilidad patrimonial de la Administración porque deriva de su inactividad formal”.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 317.

⁷⁰⁶ “Me refiero a estos supuestos en los que el momento en que finaliza el procedimiento cobra una importancia determinante porque la resolución puede ser favorable si se dicta en una determinada fecha, pero necesariamente denegatoria o menos beneficiosa si se adopta en otra posterior”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 318-319.

⁷⁰⁷ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 318.

⁷⁰⁸ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 319.

2.5.1.4. Denegación tardía y contraria a derecho: La cuarta situación que se debe analizar, se presenta cuando la denegación además de tardía es contraria a derecho; donde, “[e]n rigor, la Administración contrae también la obligación de mitigar los efectos perjudiciales de medidas de ese tipo, adoptados por el particular a la espera de la resolución final, cuando el procedimiento concluye con una denegación que, además de tardía, es contraria a derecho”.⁷⁰⁹ Sin embargo, se debe hacer énfasis en que el daño no se produce porque la decisión sea contraria a derecho sino por su demora o si no se estaría ante otro supuesto.

2.5.2. La responsabilidad del Estado por silencio administrativo positivo: Responsabilidad ante terceros interesados.

En cuanto al silencio administrativo positivo la tesis dominante sostiene que por regla general no se genera una responsabilidad por demora, porque simplemente se otorga lo pedido y de esta manera, no se produce una verdadera lesión imputable a la Administración⁷¹⁰ y sólo se deben reconocer los daños causados a terceros. En este sentido, la doctrina parece coincidir, por ejemplo:

- Ernesto García-Trevijano: “La existencia misma del silencio administrativo, que permite al interesado poder entender denegada su petición abriéndole el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa (silencio negativo), o bien surgiendo un acto presunto estimatorio de la pretensión (silencio positivo). Es este último caso, en principio no habrá lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración por causa de demora, toda vez que se habrá concedido por silencio lo solicitado”⁷¹¹
- María Pérez: “Mientras que en los supuestos de <<silencio administrativo positivo>>, es obvia la falta de absoluta de operatividad de la responsabilidad patrimonial por causa de su inactividad formal, ya que el interesado se encuentra beneficiado por los efectos estimatorios del acto ficticio y, en consecuencia, puede ejercitar el derecho de que se trate, en los casos de <<silencio

⁷⁰⁹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 320.

⁷¹⁰ “Siendo relativamente breve el plazo del silencio positivo, durante ese plazo no parece que quepa hablar de retraso injustificado en los supuestos normales, a no ser que puedan demostrarse circunstancias ubicables en la desviación de poder que alarguen innecesaria y conscientemente lo que pudo otorgarse en menos plazo. Pero será una situación excepcional”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. pp. 180-181.

⁷¹¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 231.

administrativo negativo>>, por el contrario, es donde puede discutirse acerca de la operatividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.⁷¹²

De lo anterior se desprende que por regla general en los procedimientos ablatorios en que se produzca silencio administrativo positivo, no se podría reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Sin embargo, excepcionalmente, puede existir la responsabilidad cuando la inactividad Administrativa, haga que los terceros se vean afectados por la pasividad administrativa que ha permitido la configuración del silencio positivo en favor de otro vulnerando sus derechos o expectativas.

Esto ocurre principalmente cuando no se toman las medidas adecuadas para proteger los intereses de los terceros, puesto que “[e]n este caso podría decirse que la Administración ha contribuido al mantenimiento de la actividad lesiva, por la dejación administrativa de sus facultades. Por eso las víctimas podrán reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que derivan del retraso en la tramitación y que se imputan a la Administración por el dato del incumplimiento: los sufridos a partir de la fecha en que debió finalizar el procedimiento”.⁷¹³

En opinión de los profesores Garrido Falla y Fernández Pastrana los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños que cause la Administración en los casos que se produzca un silencio administrativo positivo que los afecte. Ellos utilizan el siguiente párrafo para expresar sus opiniones: “Parece, a nuestro juicio, que este supuesto debe también constituir excepcional régimen del silencio estimatorio o positivo, pues si éste se justifica como una suerte de penalización a la Administración por el incumplimiento de su obligación de dictar resolución expresa, el efecto producido deriva en penalización de terceros que ninguna culpa tienen de aquel incumplimiento”.⁷¹⁴

⁷¹² PÉREZ, María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 155.

⁷¹³ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 313.

⁷¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. p. 234.

PARTE II. LA INACTIVIDAD FORMAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS Y SU RESPONSABILIDAD POR EL RETARDO EN LA DECISIÓN PROCEDIMENTAL.

INTRODUCCIÓN.

En la segunda parte de este capítulo, la atención debe concentrarse en el tema de la inactividad formal o procedimental y después indagar sobre la posibilidad de atribuirle responsabilidad en los casos en que la pasividad administrativa genere algún perjuicio al particular.

Se debe precisar que la inactividad o actividad tardía de la Administración, es un comportamiento patológico que contraría los mismos principios de su funcionamiento y los derechos de las personas.⁷¹⁵ O como lo precisa Marcos Gómez Puente: “La inactividad, por lo tanto, es un comportamiento que contradice esta vocación dinámica y la propia naturaleza de una organización instrumental que permaneciendo inerte no da cumplimiento a los objetivos mismos que explican su existencia”.⁷¹⁶

En adición, se debe tener cuenta que la doctrina ha clasificado la inactividad administrativa en diversos tipos dividiéndola en tres que son: La reglamentaria, la material y la formal. En este trabajo se fija la atención en los supuestos de actividad formal o procedimental, pues es donde se puede incumplir con el deber de resolver.

Como se verá el artículo 42 de la Ley 30 de 1992 ha establecido un deber de resolver por parte de las Administraciones públicas y en caso de no hacerlo se le puede llegar a atribuir a la entidad incumplidora o a sus funcionarios una responsabilidad de tipo disciplinaria o patrimonial,

⁷¹⁵ “La inactividad o actividad tardía no es ya un simple problema de eficacia administrativa, en el que caben más o menos teorizaciones. Es un tema conectado directamente con los derechos de los ciudadanos (aunque carezca de rango fundamental) en el que no deben tener cabida planteamientos que reduzcan al vacío los principios y garantías que comporta”.

DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 327.

⁷¹⁶ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 49.

en caso de que su inactividad sea injustificada y no medie comportamiento inadecuado del interesado.⁷¹⁷

De todo lo anteriormente expuesto, parece adecuado explicar que estructuralmente esta segunda parte se divide en dos bloques independientes: El primero, se ocupará de presentar las nociones básicas sobre inactividad en general e inactividad procedimental en particular; mientras que, el segundo se centra en presentar las consecuencias en materia de responsabilidad (disciplinaria o patrimonial) que en la actualidad impone al ordenamiento jurídico en el caso de desconocimiento del deber de resolver.

3. LA INACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS.

Introducción.

La inactividad formal de la Administración históricamente no ha tenido igual desarrollo que el control de la material⁷¹⁸; empero, en los últimos años la doctrina se ha concientizado de su importancia debido a las variaciones que han tenido los fines del Estado.⁷¹⁹ Con esto, en los

⁷¹⁷ “No pertenecen a esta categoría, por tanto, los supuestos en que es la propia conducta obstructiva del interesado o su pasividad lo que impide a la Administración cumplir con su deber de resolver, aunque puede poner fin al procedimiento declarando la caducidad del expediente o teniendo por desistido o por renunciado al interesado”.

GOMEZ PUENTE, Marcos. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 113.

⁷¹⁸ Como lo argumenta consistentemente Luis Medina Alcoz, la responsabilidad por acto administrativo fue gravemente descuidada por los estudiosos españoles, los cuales se dedicaron a desarrollar el régimen de responsabilidad por hechos o actividades materiales realizadas por las entidades públicas.

“Otro factor, quizá más determinante, residía en la actitud de los autores, quienes al no estudiar, por lo general la responsabilidad por actos, dejaron de brindar a la jurisprudencia soluciones concretas al problema de la reparación del daño derivado del ejercicio irregular de los poderes formales de la Administración. Algunos como García de Enterría, Leguina, Martín Rebollo, Nieto y, sobre todo, Blasco, analizaron críticamente la tendencia jurisprudencial a privilegiar a la Administración, insistiendo en que ésta está obligada por el principio de la responsabilidad reparar los daños derivados de todas sus actuaciones, tanto de las materiales como de las formales. Pero la generalidad de la doctrina, más preocupada por la responsabilidad por hechos que por la de los actos, no se alzó abiertamente a esta tendencia jurisprudencial”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 191-192.

⁷¹⁹ “Sin embargo, la relevancia de la inactividad administrativa fue creciendo en paralelo a la transformación y ampliación de los fines del Estado. La de nuestros días ya no es aquella Administración del Estado de Derecho liberal que se limitaba a mantener el orden público y a vigilar el ejercicio de las libertades individuales protegidas por las leyes que

últimos años se ha empezado a trabajar profundamente en sus desarrollos doctrinales y en su consolidación normativa; no obstante, todavía no se ha dado un tratamiento legislativo adecuado.⁷²⁰

En este sentido, se ha presentado un cambio en la concepción de la pasividad estatal con lo cual se entiende que: “La inactividad o actividad tardía no es ya un simple problema de eficacia administrativa, en el que caben más o menos teorizaciones. Es un tema conectado con los derechos de los ciudadanos (aunque carezca de rango fundamental) en lo que no deben tener cabida planteamientos que reduzcan el vacío a los principios y garantías que comporta”.⁷²¹

De esta forma, resulta fácil de observar como los ciudadanos tienen derecho a la actividad por parte de la Administración y por ende, la inactividad administrativa puede ser imputada a la entidad pública por incumplimiento de las funciones encomendadas por el sistema jurídico. En consecuencia, la inactividad es una hipótesis de funcionamiento anormal o una conducta ilícita.⁷²²

A continuación⁷²³ se abordarán algunas cuestiones que permiten tener una visión general de lo que significa la inactividad de las Administraciones públicas y que permite conocer su

constituían el límite de la acción administrativa. Hoy el Estado de Derecho ha asumido también una vocación transformadora de la sociedad que se expresa a través de la acción administrativa, que las leyes dirigen, programan y exigen porque constituye el presupuesto de la efectividad de los derechos civiles, sociales y culturales que el Estado aspira a garantizar.

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2006. p. 21.

⁷²⁰ “En cualquier caso queremos señalar que pese a la atención preferente que ha recibido el análisis de la inactividad por la doctrina administrativista en las últimas décadas, no ha recibido todavía un tratamiento legislativo adecuado, centrado en los mecanismos del silencio administrativo y en la insuficiente fórmula del recurso contra la inactividad de la Administración”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 286.

⁷²¹ DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 327.

⁷²² “Entre las hipótesis de funcionamiento anormal, como conducta ilícita, se haya incluida, lógicamente, la inactividad administrativa. Su antijuridicidad se comunica a las situaciones o efectos que suscita y, en tanto que perjudiciales, permite considerarlos como daño a efectos indemnizatorios”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. pp. 843-844.

⁷²³ Antes de desarrollar la materia, se debe recordar que una de las figuras jurídicas retiradas de la actual legislación fue la de la denuncia de la mora “[...] con lo cual el nacimiento del acto ficticio tendrá lugar de forma automática por el simple transcurso del plazo establecido en las disposiciones, legales o reglamentarias, que atribuyen efectos a la inactividad formal de la Administración”.

estrecha relación con el del silencio y la obligación de resolver. Partiendo lo anteriormente expuesto es conveniente dividir el tema en cuatro pedazos que son: 3.1. La inactividad de la Administración, 3.2. Las clases de inactividad, 3.3. La relación entre inactividad y silencio y 3.4. La relación entre la inactividad, deber de resolver y responsabilidad de las Administraciones públicas españolas.

3.1. La inactividad de la Administración.

La existencia de la Administración pública se justifica por la búsqueda de las funciones que le son otorgadas por el ordenamiento jurídico, las cuales varían según el modelo de Estado en que se circunscriba, en el caso concreto España se ha configurado como un Estado Social de derecho. En este orden de ideas, resulta natural que la Administración cumpla con sus tareas normales, o sea que materialice el deber de actuar o en otras palabras que sea activa⁷²⁴ y sólo así, se estará ante una buena administración.

Resulta natural que en sus orígenes la doctrina administrativista se concentró en el estudio de la actividad administrativa, cuyo desarrollo y consecuencias se exteriorizan o evidencian más fácilmente, descuidando los casos en que la Administración no actuaba incumpliendo con algunas de sus funciones y configurándose así, como una conducta de hecho ilegal consistente en el incumplimiento del deber de obrar.⁷²⁵

Con el transcurrir del tiempo, como lo observa el profesor Miguel Morón, la inactividad alcanza una mayor importancia al evidenciarse que vulnera los principios de legalidad y de buena administración y es así como, se ha deducido, partiendo “[...] de los principios generales del ordenamiento jurídico –la legalidad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, la interdicción de

GUILLÉN PÉREZ, María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 125.

⁷²⁴ “Por eso, el concepto de inactividad administrativa como hábito «contra naturam» de la Administración Pública puede definirse por oposición a lo que debiera ser su comportamiento normal: la realización ordinaria de las tareas que le son encomendadas, la actividad”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 49.

⁷²⁵ “La inactividad, en efecto, no es más que un mero <<factum>> administrativo, una situación de conducta ilegal de la Administración consistente en el incumplimiento por omisión de una deber de actuar”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 860.

la arbitrariedad, la eficacia administrativa- *un derecho general a la actividad administrativa*, en los términos que venga exigida por las normas aplicables”.⁷²⁶

Partiendo de las consideraciones anteriores, como lo precisa Marco Gómez Puente: “La inactividad constituye, pues, una de las modalidades más extensas y graves de mala administración no sólo porque esta actitud de la Administración incumple los mandatos legales, sino también porque desconoce la posición servicial y la vocación dinámica y transformadora de la realidad social a que está llamada constitucionalmente en el modelo del Estado social”.⁷²⁷

De esta manera, se puede afirmar que la inactividad se presenta en términos generales “[...] cuando la Administración Pública deja de actuar en algún ámbito de su competencia o no resuelve en algún caso concreto para el que se haya solicitado su decisión”⁷²⁸ o en términos más particulares, cuando un integrante de alguna de las Administraciones Públicas estando en capacidad de realizar una determinada acción deja de ejercerla causando un perjuicio a un particular o al mismo Estado, sin una razón justificada.⁷²⁹

En cuanto a las razones que en la práctica originan la inactividad estatal, siguiendo al profesor José Bermejo, se puede observar que:

“La inactividad de la Administración obedece a causas muy variadas y distintas, pero relacionadas con las decisiones o actuaciones que son <<comprometidas>> -o sea difíciles- por unas u otras razones y que es preferible no adoptarlas o llevarlas a cabo. En ocasiones, porque las administraciones se muestran incapaces de solucionar con celeridad los problemas o ejercitar a tiempo sus potestades. Otras veces, sin embargo, omiten simplemente el ejercicio de sus potestades y actividades. En otras ocasiones, finalmente, las Administraciones no actúan simplemente porque los responsables de los órganos administrativos no quieren, aunque, naturalmente, tal modo de proceder no tiene nunca constancia documental. Esta situación, desde

⁷²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 467.

⁷²⁷ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 59.

⁷²⁸ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas. 2005. p. 249.

⁷²⁹ “La capacidad de las Administraciones públicas es limitada, como lo son los recursos jurídicos y materiales que le otorga la sociedad civil y, por ello, toca a ésta determinar y priorizar los objetivos de la acción administrativa a través de sus instituciones políticas. En una sociedad democrática son las leyes las que, contando con la colaboración de las propias Administraciones públicas, determinan la necesidad y la intensidad de la intervención administrativa y las que, por tanto, han de otorgar relevancia jurídica a la pasividad administrativa”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 24.

luego anormal pero bastante frecuente se ha identificado siempre como *el silencio administrativo*".⁷³⁰

En este momento es conveniente recordar, siguiendo a Marco Gómez Puente, que para que se pueda hablar de inactividad administrativa, jurídicamente relevante, es necesario que se presenten dos condiciones: 1. Que se incumpla con el deber de actuación⁷³¹, previamente establecido y 2. Que exista un deber legal de contenido posible.⁷³²

3.2. Clases de inactividad administrativa.

Otro aspecto que se debe aclarar antes de continuar es que debido a la gran cantidad de funciones que desempeñan los Estados, en nuestros días, se pueden producir diversas situaciones de inactividad estatal. Consciente de esto, la doctrina administrativista española ha clasificado la inactividad de las Administraciones públicas en tres categorías principales que son: La reglamentaria, la material y la formal (o más propiamente procedimental⁷³³).⁷³⁴

⁷³⁰ BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas. 2005. p. 249.

⁷³¹ "No toda ausencia de actividad puede tenerse por inactividad administrativa en sentido jurídico. Piénsese, por ejemplo, en que muchas veces la situación inerte de la Administración viene exigida por la legalidad misma que le prohíbe o no le habilita para actuar, o por la realidad de las cosas que hace imposible una determinada actuación material.

Por ello, es consustancial a la noción de inactividad que manejamos el que la omisión administrativa constituya una conducta ilícita o antijurídica por contravención de un deber de actuar deducido del ordenamiento jurídico. Este deber jurídico infringido puede tener origen en la voluntad legislativa o en el principio de autovinculación de la Administración que sujeta a ésta al cumplimiento y ejecución de las disposiciones y actos administrativos que produce.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 68.

⁷³² "El último elemento o condición cuya presencia propongo para delimitar los supuestos de inactividad administrativa alude a la posibilidad real o efectiva de llevar a cabo la conducta constitutiva del contenido de un deber jurídico: esto es, a que el contenido del deber no sea imposible. Que no lo sea, me refiero al tiempo de ser satisfecho o cumplido".

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 101.

⁷³³ "Pese al innegable éxito de la expresión <<inactividad formal>>, creemos más oportuno utilizar <<inactividad procedimental>>. Es bastante común entre la doctrina considerar que el procedimiento no constituye un mero <<elemento formal>> del procedimiento sino que constituye un elemento fundamental en la articulación de los diversos intereses públicos y privados, supone una garantía esencial para el ciudadano así como para el acierto de la decisión administrativa. La expresión <<inactividad formal>>, supone en definitiva, relegar la importancia del análisis de este tipo de inactividad, en las que prescinde de las garantías del procedimiento. Sin negar que debe superarse la centralidad que ha tenido este tipo de inactividad, ello no significa sin embargo que deba negarse la gran trascendencia que sigue teniendo en las relaciones entre ciudadanos y Administraciones públicas".

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 286.

⁷³⁴ "En mi opinión, este criterio ofrece una descripción más sistemática y completa de las situaciones de inactividad. Y, por ello mismo, tiene más interés a la hora de identificar las dificultades y las técnicas para controlar las diferentes formas de actividad".

La inactividad reglamentaria se presenta cuando la Administración tiene el deber de dictar reglamentos y no lo hace, causando daños a los particulares que deben ser indemnizados⁷³⁵; la inactividad material o prestacional, por su parte, se presenta cuando la Administración teniendo que realizar alguna actividad concreta no lo haga y en cambio, se hablará de supuestos de inactividad formal o procedimental en los casos en que se omita la expedición de un acto administrativo al que se esté obligado.⁷³⁶

A cada una de estas clases de inactividad, al tener una diversa naturaleza y una diferente manera de operar, corresponde una correlativa manera de combatirla. En consecuencia, “[n]o parece posible combatir de igual modo, por ejemplo, la inejecución de una sanción administrativa, la falta de vigilancia ambiental exigible, la inexistencia de las inspecciones aeronáuticas debidas, la omisión de un informe preceptivo, la demora en la creación o en la constitución de un órgano administrativo previsto en la ley, la renuencia a convocar una mesa de negociación sindical o el prolongado retraso de un desarrollo reglamentario”.⁷³⁷

Por otra parte, se debe hacer referencia a que la jurisprudencia española ha reconocido la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por diversos tipos de inactividad. Algunos ejemplos han sido recogidos por los administrativistas de dicho país, en los siguientes términos:

- “La inactividad puede acarrear la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluso en el supuesto de inactividad material (STC 294/1994, de 7 de noviembre. SSTs 13 de octubre de 1999, 28 de febrero de 1998 y 17 de marzo de 1993). La STS de 7 de octubre de 1991 aludió a que la responsabilidad administrativa está configurada <<por su actuar normal y anormal, lícita o

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 47.

⁷³⁵ “[...] es posible constatar deberes administrativos de dictar reglamentos cuyo incumplimiento por omisión, la inactividad reglamentaria, puede ser causa de daños a particulares, individualizados, económicamente evaluables y susceptibles de reparación a través del instituto de la responsabilidad, amén de otros perjuicios no indemnizables”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 848.

⁷³⁶ “La inactividad material o prestacional se produce cuando, debiendo prestar algún servicio o realizar alguna actividad concreta, las Administraciones dejan de hacerlo. Hay inactividad formal, cuando, iniciado el procedimiento a instancia del particular, o incluso iniciado de oficio pero en el que hay interesados en la resolución, los órganos de la Administración no dictan los actos administrativos a los que están obligados”.

BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas. 2005. p. 250.

⁷³⁷ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 23-24.

ilícitamente, en función de un servicio público propiamente dicho o de una simple actividad del tráfico administrativo, por acción u omisión>>. La <<conducta displicente, omisiva, de la Administración perfectamente enmarcable en el supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos [...] ha sido con este dejar hacer, sin control, como se ha causado el daño>>. (STS 27-9-1991)".⁷³⁸

- “La inactividad administrativa, ya sea formal o material, puede generar la responsabilidad patrimonial de la Administración y conferir a los afectados el derecho a una reparación, cuando ocasione daños o perjuicios que tenga el carácter de indemnizables, supuesto que no es insólito en la jurisprudencia (por ejemplo, en casos de omisión de vigilancia debida; SSTs de 26 de septiembre de 1998, 8 de mayo de 2001, 3 de diciembre de 2002), aunque la doctrina legal al respecto es muy matizada”.⁷³⁹

Para finalizar, se debe precisar que en este trabajo hace especial referencia a la inactividad formal, principalmente a los supuestos de omisión en la expedición temporal de actos administrativos; los cuales, como se verá con mayor detenimiento más adelante no han sido objeto de una real preocupación por parte del legislador español, sobre todo en cuestiones de responsabilidad. En síntesis, se verá como en el derecho español se da una fuerte relación entre inactividad formal y silencio administrativo, dejando de lado los otros supuestos.

3.3. La relación entre inactividad y el silencio administrativo.

En este momento se deben realizar algunos comentarios acerca de dos instituciones jurídicas que están muy estrechamente relacionadas entre sí, que son la inactividad de la Administración⁷⁴⁰ y el silencio administrativo.⁷⁴¹

⁷³⁸ ALLI ARANGUREN, Juan. “La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007. pp. 514-515.

⁷³⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. pp. 469-470.

⁷⁴⁰ “La inactividad, por lo tanto, es un comportamiento que contradice esta vocación dinámica y la propia naturaleza de una organización instrumental que permaneciendo inerte no da cumplimiento a los objetivos mismos que explican su existencia. Contradicción que se intensifica cuanto más numerosas son las tareas que se encomiendan a la Administración y más estrecha la relación de dependencia entre los individuos, considerados de manera singular o colectiva, y esa actividad administrativa. Eso es lo que ocurre en el Estado social de Derecho, concebido no sólo como un orden efectivo de convivencia social, sino también como aspiración política a cuya construcción resta eficacia, hasta el punto de oponérsele, una Administración inactiva”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. pp. 44-45.

⁷⁴¹ Se debe aprovechar para distinguir entre silencio de la administración y silencio administrativo que como lo explica Ernesto García-Trevijano:

“En este sentido debe distinguirse el <<silencio de la Administración>> frente al <<silencio administrativo>>; aquella constituye una expresión más amplia, pues no toda inactividad o pasividad de la Administración da lugar al sursumiento

Como lo explican Vicenc Aguado i Cudola y Alina Nettel Barrera: “La inactividad de la Administración es un fenómeno complejo que tiene diversas y variadas manifestaciones. Tradicionalmente, se ha dado un tratamiento *uniforme y homogéneo* a través del silencio administrativo, fórmula que deviene manifiestamente insuficiente para dar una respuesta jurídica adecuada a las diversas manifestaciones de la inactividad”.⁷⁴²

Estos temas deben ser abordados con gran rigurosidad puesto que: “El silencio y la inactividad siguen siendo una de las armas más poderosas de la relación de la Administración con los ciudadanos súbditos, a los que puede imponer sus decisiones con poco desgaste y alto fruto; otras veces, quizá la mayoría, son consecuencia de la pura desidia administrativa”.⁷⁴³

Como lo explica Marco Gómez Puente, la inactividad formal está mucho más relacionada con el silencio administrativo, puesto que “[...] siempre refiere o supone un silencio de la Administración. Un silencio ilegal para ser más precisos, que debe diferenciarse de aquellas otras situaciones en que, por el contrario, la Administración puede legalmente guardar silencio (la actividad administrativa tácita)”.⁷⁴⁴

Para evitar que la Administración, al resolver un procedimiento administrativo, se beneficiara de su inactividad o perjudicara a los asociados desconociendo sus derechos, se crea la figura del silencio administrativo. Era imperativo, además, permitir a los administrados la posibilidad de dar por terminada la vía gubernativa obteniendo un acto administrativo para poderlo recurrir en vía contenciosa-administrativa. Puesto que, en la práctica, “[s]in acto no había, pues, recurso contencioso-administrativo posible, de manera que la simple inactividad de la

y operatividad del denominado <<silencio administrativo>> (positivo o negativo), sino que, como se ha señalado, es posible que la pasividad de la Administración sea precisamente el comportamiento que denote la existencia, por ejemplo de un acto tácito”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 76.

⁷⁴² AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 285.

⁷⁴³ BRIONES, José. “¿Puede la Administración impunemente utilizar el silencio y el tiempo en el trámite del recurso contra las sanciones administrativas?” En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 133. Enero-marzo. 2007. p. 188.

⁷⁴⁴ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 51.

Administración a la hora de resolver un procedimiento iniciado por el reconocimiento, ejercicio o defensa de sus derechos e intereses legítimos, le impedía acceder a la tutela judicial de los mismos”.⁷⁴⁵

Por esto, el silencio administrativo se configura por la inactividad⁷⁴⁶ de la Administración la cual se evidencia por su falta de decisión cuando ha transcurrido el tiempo máximo establecido para que produzca la resolución y en este caso, se presume que la Administración ha accedido o desestimado las pretensiones de la persona. De lo anterior se desprende que las entidades deben fijar un plazo máximo para resolver la solicitud, de tal manera que al producirse el advenimiento del plazo sin que las Administraciones públicas se hayan pronunciado, se estará en presencia del silencio administrativo, que puede ser negativo o positivo.

El silencio administrativo no es una sanción al incumplimiento de la Administración, sino que dicha inactividad es uno de los posibles resultados, de la omisión de la obligación de resolver y por ende, un ejemplo, de mala administración. “De donde se sigue igualmente de manera inexcusable que no cabe la posibilidad de silencio administrativo donde no está establecida aquella obligación”.⁷⁴⁷

3.4. La relación entre la inactividad, deber de resolver y responsabilidad de las Administraciones públicas españolas.

El deber de resolver está contenido en la Ley 4 de 1999 concretamente en el artículo 42, con lo que resulta evidente que se introduce otra especie de inactividad procedimental que se

⁷⁴⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 507.

⁷⁴⁶ Se debe recoger la adecuada aclaración del profesor Luciano Parejo Alfonso al afirmar que la utilización del término inactividad debe ser bastante cuidadosa ya que:

“Por razón de sus características, el silencio administrativo podría ser considerado como un supuesto de inactividad en el procedimiento si bien conviene distinguirlo de los supuestos de verdadera <<inactividad administrativa>> que se incluyen en el objeto del control judicial contencioso-administrativo (art. 29 LJCA), ya que no constituye una especie de éstos. Estos supuestos de inactividad administrativa en sentido estricto se refieren ciertamente a un incumplimiento, pero no de la obligación formal de resolver que da origen al silencio, sino de obligaciones sustantivas de realizar prestaciones concretas a favor de persona o personas determinadas (derivadas para la Administración de disposiciones legales autoaplicativas o de un acto, contrato o convenio administrativo)”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 419.

⁷⁴⁷ MORRILLO-VELARDE PÉREZ, José. “El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas”. En *Revista de Administración Pública*. Número 159. Septiembre-diciembre. 2002. p. 131.

puede concretar en caso de que no se cumpla con dicho presupuesto legal.⁷⁴⁸ Y de este modo, se puede imputar esta inactividad a la Administración, como un incumplimiento sin importar si se produce en un procedimiento iniciado de oficio o de parte.⁷⁴⁹

En este orden de ideas, se debe rescatar el pensamiento de Vicenc Aguado i Cudola y Alina Nettel quienes afirman que “[...] la ausencia de actividad jurídicamente relevante en un plazo razonable cuando existe una obligación de actuar puede provocar diversas consecuencias jurídicas. Entre estas consecuencias encontramos la existencia del deber de indemnizar un daño por darse los requisitos exigidos por la responsabilidad patrimonial de la Administración”.⁷⁵⁰

Otro punto que se debe dejar por sentado de la relación entre inactividad y responsabilidad por el incumplimiento del deber de resolver es que “[...] la responsabilidad patrimonial no tiene por función la de castigar a la Administración por haber permanecido inactiva cuando tenía legalmente que actuar, sino compensar a aquella persona a la que como consecuencia de esta inactividad administrativa se le hubiera provocado un daño que fuera resarcible de acuerdo con los requisitos generales [...]”.⁷⁵¹

En resumen, de lo antedicho se debe sintetizar que existe una muy cercana relación entre la inactividad formal y el deber de resolver, puesto que el incumplimiento del deber de resolver es simplemente una de las subespecies de inactividad en que pueden incurrir las diversas

⁷⁴⁸ “La ausencia de resolución que constituye un supuesto autónomo de inactividad administrativa y que, por regla general, absorbe cualesquiera otros defectos o vicios de omisión habidos durante la tramitación”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 49.

⁷⁴⁹ “El legislador se ha fijado en el hecho de que en la perención, lo mismo que en el caso del silencio administrativo, hay una inactividad formal de la Administración que es imputable a ésta, inactividad que supone, además, que esa Administración ha incumplido la obligación que tiene de resolver (y esto tanto si el procedimiento se inició de oficio o lo fue a instancia de parte: art 42.1)”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 2302.

⁷⁵⁰ AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 288.

⁷⁵¹ AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 288.

Administraciones públicas españolas⁷⁵² y la responsabilidad que se puede presentar en tan sólo una forma de reparar el daño causado.

4. EL DEBER DE RESOLVER EN PLAZO Y LA RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO.

Introducción.

Se ha visto que existe un deber de resolver las peticiones que hacen los particulares a la Administración pública que ha sido consagrada legislativamente en el artículo 42 de la Ley 30 de 1992; pese a esto, se ha observado que existen casos en que las entidades públicas desconocen este deber, permaneciendo inactivas o actuando tardíamente.

El deber de resolver se concreta al final del procedimiento administrativo cuando el órgano encargado tiene que decidir y en caso de no hacerlo dentro del término, se presenta un funcionamiento anormal que al causar daño al particular tiene derecho a recibir una compensación. Como lo explica Julí Ponce, “[l]a falta de resolución administrativa en el plazo estipulado normativamente puede provocar la responsabilidad patrimonial y disciplinaria (arts. 42.7, 74.2, 79.2 y 139 y ss. LRJPAC) [...]”.⁷⁵³

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, se debe anticipar que para que se genere es indispensable que no haya observancia de la obligación de resolver durante un tiempo razonable o

⁷⁵² Claro, esto opera solamente si se tiene un verdadero deber de actuar de la entidad pública consagrado en el ordenamiento jurídico; en concreto, se trataría de una verdadera obligación de resolver, tema que se desarrollará en futuras páginas del texto. Por el momento, se debe citar el siguiente párrafo de Marco Gómez Puente para ilustrar un poco la situación:

“Y contemplada la actuación administrativa como cumplimiento de un encargo legislativo o deber legal, aunque ofrezca alguna dificultad la determinación del contenido preciso de ese deber o encargo (por la discrecionalidad otorgada a la propia Administración, por la contingencia de los presupuestos de hecho o por requerir una apreciación de complejidad técnica), es fácil colegir la ilegalidad de la inactividad administrativa”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 28.

⁷⁵³ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. pp. 463-464.

carente de justificación⁷⁵⁴, cuya determinación obedecerá a las condiciones concretas de cada caso.

A su vez, la responsabilidad disciplinaria ha sido siempre ineficaz por su poca utilización, puesto que los mismos órganos responsables del control toleran las dilaciones que realiza el personal a su cargo.⁷⁵⁵

Partiendo de lo expuesto, parece interesante dividir este pedazo del escrito en cuatro partes que son: 4.1. El deber de resolver en el ordenamiento jurídico español; 4.2. Tratamiento legislativo del deber de resolver; 4.3 El plazo máximo de cumplimiento del deber de resolver y 4.4. La responsabilidad derivada del deber de resolver en plazo.

4.1. El deber de resolver en el ordenamiento jurídico español.

Antes de todo, es necesario dar por sentado que cuando se habla del compromiso que tiene la Administración de resolver los procedimientos, no se habla de una verdadera obligación de resolver como lo dice el texto legal⁷⁵⁶, sino de un simple deber⁷⁵⁷ o una obligación natural⁷⁵⁸ como algunos autores afirman.

⁷⁵⁴ “Para comprometer la responsabilidad de la Administración no basta, por tanto, el mero retraso; no basta el mero incumplimiento del plazo legal de resolución. Es necesario, además, una infracción, un incumplimiento que constituye caso de inactividad de la Administración, pues sólo entonces puede tenerse por daño, por lesión antijurídica, el perjuicio ocasionado por el retraso”.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 116.

⁷⁵⁵ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 535.

⁷⁵⁶ Como se verá más adelante, el convertir este deber en una obligación o enderezar su interpretación en este sentido, contribuiría mucho a generar una verdadera responsabilidad por dilaciones procedimentales o daño de retardo.

⁷⁵⁷ “Así, aunque el precepto aparece titulado como «Obligación de resolver», luego se emplea el término «deber», noción más general que, desprovista de las connotaciones individualistas del concepto subjetivo de «obligación», se acomoda mejor a la idea de competencia administrativa”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 473.

⁷⁵⁸ “Sin cauces para exigirlo, el deber de resolución llegó a verse como un deber carente de sanción efectiva en caso de incumplimiento, lo que permitiría su ubicación entre las denominadas «naturales obligaciones». No obstante, el ordenamiento jurídico sí ha predisposto una serie de previsiones que conformarían instrumentos indirectos para forzar o impulsar a la Administración a cumplir con su deber, esto es, medidas en garantía de la observancia del deber de resolver”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 297.

El compromiso de resolver los procedimientos por parte de las Administraciones Públicas está establecido en el artículo 42 de la Ley 30 de 1992, éste artículo se denomina la obligación de resolver. Sin embargo, en la práctica se presenta un preocupante desconocimiento de este deber por parte de los funcionarios públicos, puesto que en caso de incumplimiento no acarrearán una verdadera sanción jurídica.⁷⁵⁹

Así mismo, se debe mencionar que el artículo 42 está fuertemente relacionado con el artículo 89.4⁷⁶⁰ que desarrolla el contenido de la resolución, reiterando el deber de resolver de la Administración en los casos en que sea materialmente posible⁷⁶¹, al prohibir que se utilicen excusas para no decidir de fondo sobre el procedimiento que se esté adelantando; es decir, es la introducción del principio del *non liquet*⁷⁶² en vía administrativa.⁷⁶³

La obligación de resolver está contenida en los dos numerales del artículo 42 de la Ley 4 de 1992 de la siguiente forma: En el primero, se establece el deber de dictar resolución expresa y notificarla; mientras que, en el segundo, se introduce el plazo máximo de dictar dicha resolución, determinándolo en un máximo de seis meses.

⁷⁵⁹ “Ni siquiera el régimen vigente, desde la reforma de la Ley de Procedimiento administrativo de 1999, ha conseguido acabar con tan criticada práctica, y el cumplimiento de la obligación de resolver, aunque formalmente protegido, sigue careciendo de garantías últimas traducidas en la sanción del incumplimiento”. RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 238.

⁷⁶⁰ “Artículo 89. Contenido.

4. En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁶¹ “Una vez delimitado el alcance objetivo del deber de resolver podemos considerar perfilado, a contrario, el ámbito de la inactividad administrativa, entendida como incumplimiento por omisión de un deber legalmente posible. Precisamente esta última característica va a excluir del terreno de la inactividad aquellas situaciones en que falta resolución porque no es materialmente posible dictarla”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 533.

⁷⁶² “Esta prohibición, de honda raigambre en el Derecho común y cuya aparición es fruto, probablemente, del movimiento codificador del pasado siglo, encuentra el fundamento en los principios de seguridad jurídica, de unidad y de plenitud del ordenamiento jurídico y de sujeción del operador jurídico al sistema de fuentes establecido [...]”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 494.

⁷⁶³ “Además, para reforzar este deber, la LRJPAC –art.89.4- establece que la Administración no puede en ningún caso abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales al caso –prohibición del non liquet ya presente para los jueces y tribunales en el art. 1.7 Código Civil”.

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 329.

4.2. Tratamiento legislativo del deber de resolver.

El nuevo artículo 42⁷⁶⁴ modificado por la Ley 4 de 1999 sobre la obligación o deber de resolver, supera las deficiencias de la legislación establecida en la Ley 30 de 1992⁷⁶⁵ y da las

⁷⁶⁴ ["Artículo 42. Obligación de resolver.](#)

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

4. Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el [artículo 71 de la presente Ley](#).

b. Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e. Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el [artículo 88 de esta Ley](#), desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.

6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

pautas necesarias para entender las características que se le han otorgado a la resolución administrativa que en general son: Resolver expresamente⁷⁶⁶, todas las cuestiones presentes en el expediente⁷⁶⁷, dentro de un tiempo determinado⁷⁶⁸ y de notificar⁷⁶⁹ el resultado⁷⁷⁰ del procedimiento al que se llegue.⁷⁷¹ (Para que sea eficaz el acto debe ser notificado al tenor de los artículos 57.2⁷⁷² y 58.1⁷⁷³ de la Ley 30 de 1992).⁷⁷⁴

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles. De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.

7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁶⁵ “En definitiva, la LRJPAC de 1992 operó una suerte de deslegalización que permitió efectuar la adecuación de los procedimientos a lo dispuesto en lo mismo, pero en especial (y de forma separada) permitía que la fijación de los plazos de resolución de los procedimientos se efectuara por vía reglamentaria (art.42.2) y asimismo que por esta misma vía se pudiera excepcionar la regla general del silencio administrativo positivo consagrada formalmente por la ley [art.43.2 c]”. RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M. “La nueva fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 113. Enero-marzo. 2002. p. 33.

⁷⁶⁶ El artículo 89 desarrolla el tema del contenido de la resolución para que se entienda que se ha decidido sobre el fondo, con congruencia, la prohibición de non liquet, etcétera.

⁷⁶⁷ “Señalaré, por último, que el deber de resolver obliga no sólo a dictar resolución expresa y ejecutiva, sino también a decidir todas las cuestiones presentes en el expediente. El contenido de la resolución, por consiguiente, ha de ser congruente con el expediente que se dicta”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 497.

⁷⁶⁸ “El deber de resolver ha de cumplirse, pues, en un plazo razonable no necesariamente coincidente con el legalmente previsto, a cuyo cumplimiento pueden oponerse circunstancias materiales insoslayables que, mediante criterios de razonabilidad, el referido concepto indeterminado viene a ponderar como causa de justificación del incumplimiento”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 485.

⁷⁶⁹ La obligación de notificar es una de las modificaciones que introduce la Ley 4 de 1999. Puesto que la redacción original de la Ley 30 de 1992 decía: <<El plazo máximo para resolver las solicitudes que se formulen por los interesados será...>>; mientras que, el texto de la Ley 4 de 1999 dispone que: <<El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será...>>.

⁷⁷⁰ “Por eso mismo, el deber de resolver lo es de dictar una resolución *ejecutiva*, como lo son los actos administrativos. Lo que significa que, cuando la notificación constituye condición de la ejecutividad de la resolución a dictar, el deber de resolver no puede considerarse cumplido hasta que dicha notificación se practica”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 476.

⁷⁷¹ “Con ello, en modo alguno pretende mantenerse que la notificación sea un requisito de validez del acto administrativo, pues constituye únicamente una condición de eficacia, de tal forma que el acto en cuestión será válido (si reúne todos los requisitos pertinentes), pero ineficaz”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 201.

⁷⁷² “Artículo 57.2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

Desde su numeral 1⁷⁷⁵ consagra como obligaciones de las Administraciones Públicas las de dictar resolución expresa en todos los procedimientos⁷⁷⁶ y de notificarla⁷⁷⁷. Con esto se pretende limitar la inactividad del Estado, obligándolo a resolver, con el fin de defender las garantías de los ciudadanos, lo cual en la realidad es bastante complejo.⁷⁷⁸

Adicionalmente, esta norma desarrolla dos excepciones al deber de resolver expresamente que son: 1. Los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio y 2. Los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración. Aunque en estricto sentido lo que sucede en estas

⁷⁷³ “Artículo 58.1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁷⁴ “La misma obligación se ha de entender recogida también en el Derecho de la Unión Europea, en tanto que es manifestación de los principios generales del Derecho Administrativo de los Estados miembros y, aunque sea de manera indirecta (por referencia a la lengua), ya hemos visto que el artículo 41.1 de la Carta de Derechos Fundamentales sanciona el derecho a <<recibir una contestación>>”.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 467.

⁷⁷⁵ “Artículo 42. 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁷⁶ “Dicho deber de dictar resolución expresa alcanza no sólo a cuantas solicitudes se formulen por los interesados, sino también a «los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado». No podría ser de otro modo, una vez que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos administrativos en virtud de su competencia (art. 12.3 LRJ-PAC) y ésta, además de ser irrenunciable (art. 12.1 LRJ-PAC), se construye sobre la confluencia de poderes-deberes de carácter funcional”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. pp. 472-473.

⁷⁷⁷ “En tanto no se notifique en debida forma y con el contenido completo, la resolución no surte plenos efectos. En consecuencia esa plenitud de efectos no se produce: i) cuando se ha practicado de forma defectuosa y no se cumple el procedimiento de notificación; ii) cuando se ha omitido alguna información que debería estar incluida en el texto notificado”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 428.

⁷⁷⁸ “Y es que la obligación de resolver presenta ciertas aporías, dificultades características de vencer la pasividad de la Administración, obligándola a decidir cuando no quiere o no puede hacerlo. No es sencillo frenar a la Administración cuando incumple la legalidad, pero más complicado aún es obligarla a pronunciarse, pues los tribunales no pueden sustituir su criterio en la adopción de un gran número de decisiones. Y junto a este problema de que lo que tiene que hacer la Administración no puede, en un gran número de casos, ser hecho por otros sujetos encontramos la excusa recurrente de que los medios a disposición de los órganos administrativos son insuficientes para dar respuesta a las peticiones de sus ciudadanos, cuando se multiplican extraordinariamente”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 239.

situaciones, es que al no haber una pretensión, simplemente ocurre que no hay nada que decidir.⁷⁷⁹

4.3. El plazo máximo de cumplimiento del deber de resolver.

Después de ocuparse de la obligación de resolver y de sus excepciones, el artículo 42 en el numeral 2 desarrolla el plazo que tienen los funcionarios públicos para cumplir con la obligación de resolver. Con esto se intenta dotar de seguridad o certidumbre en cuanto al tiempo en que se producirá la resolución del procedimiento administrativo.⁷⁸⁰

En el numeral 2⁷⁸¹ señala como plazo máximo del Procedimiento Administrativo el de 6 meses, salvo una norma nacional o comunitaria establezca otra superior.⁷⁸² “Con ellos se desapodera parcialmente a las Administraciones Públicas del control de la fijación de los plazos en que deben resolver sus procedimientos administrativos, dejando que las mismas puedan fijarlo hasta un máximo de seis meses, en otro caso aplicándose el plazo supletorio de tres meses. Pero

⁷⁷⁹ “De este deber de dictar resolución expresa en sentido estricto en plazo, la Ley –art.42.1- exceptúa dos supuestos. El primero se refiere a los casos de terminación del procedimiento por pacto o convenio. Y la excepción es plenamente lógica pues en estos casos el acuerdo entre la Administración y el interesado viene a sustituir a la resolución sobre el fondo del asunto. Y el otro supuesto legal está referido a los procedimientos referidos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración –por ejemplo, el inicio de determinadas actividades empresariales-. En realidad, en estos casos no se somete a consideración de la Administración pretensión alguna, por lo que nada hay que resolver”.

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 329.

⁷⁸⁰ “Una de las principales funciones del Derecho administrativo, en su realización del principio de legalidad, es reducir la incertidumbre o imprevisibilidad en cuanto al comportamiento del poder público: en sus aspectos sustantivos (qué puede o no hacer la Administración) y en sus aspectos procedimentales (cómo y en qué tiempos puede hacerlo. De manera que fijar los tiempos de cumplimiento de la obligación contribuye a generar previsibilidad respecto de las resoluciones administrativas (al menos en cuanto al momento en que deben producirse)”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 269.

⁷⁸¹ “Artículo 42. 2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁸² “La inalterabilidad de los plazos, cuyo fundamento último se encuentra en el principio de seguridad jurídica, es regla cuyo cumplimiento redobla su trascendencia cuando se trata del plazo de duración total del procedimiento administrativo. Y ello porque un procedimiento en marcha es un elemento potencialmente distorsionador de situaciones jurídicas consolidadas”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1204.

la fijación de un plazo superior a seis meses, se precisa ley formal”.⁷⁸³ En este orden de ideas, el plazo será el fijado por la norma reguladora en el procedimiento particular al que se esté haciendo referencia.

Por último se debe precisar que “[l]a obligación de resolver es, por lo demás, obligación a ejercer en *un plazo máximo*. Precisión imprescindible, pues de lo contrario aquella obligación podría ser ilusoria”.⁷⁸⁴ La fijación del plazo máximo permite que los particulares puedan saber en cuánto tiempo tendrán respuesta a su pretensión y hace que la Administración se vea obligada a actuar de una manera eficiente.⁷⁸⁵

Pese a todo lo anteriormente expresado, no se debe dejar de lado que el particular tiene derecho a que se le decida en un plazo razonable, el cual no siempre coincide con el anteriormente enunciado. Puesto que, como lo explica Marco Gómez: “El deber de resolver ha de cumplirse, pues, en un plazo razonable no necesariamente coincidente con el legalmente previsto, a cuyo cumplimiento pueden oponerse circunstancias materiales insoslayables que, mediante

⁷⁸³ RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M. “La nueva fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo”. En Revista Española de Derecho Administrativo. Número 113. Enero-marzo. 2002. p. 36.

⁷⁸⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 498.

⁷⁸⁵ Por oposición, se deben presentar los planteamientos del profesor Luciano Parejo Alfonso quien considera que se deben hacer algunas modificaciones al respecto:

“Entre las técnicas suprimibles destacan: la fijación (aunque sea con carácter supletorio) de un plazo general máximo para el cumplimiento por la Administración responsable de un procedimiento de la obligación de responderlo expresamente y la conexión al incumplimiento de ésta dentro del plazo –y con independencia de la subsistencia de la obligación misma- de la producción legal de una resolución presunta (sea ficticia y a los puros efectos del acceso a la tutela judicial, sea con los efectos propios de una resolución expresa. Lo primero, porque la heterogeneidad de la actividad administrativa convierte en arbitrario cualquier plazo máximo <<general>> -(propiciando la fijación sectorial o por concretos procedimientos de plazos irrazonablemente largos. Y lo segundo, porque i) la obligación de resolver –de forma expresa y a la vista de las características del asunto objeto del procedimiento concreto de que se trate- está al servicio del interés general, que no puede ser adecuadamente satisfecha con una respuesta legal presunta y binaria (estimatoria o desestimatoria), que cumple, además, la doble función de de garantía (del interesado o interesados) y <<sanción>> a la Administración por el incumplimiento de su obligación en tiempo; y ii) el mecanismo del llamado <<silencio>> (desencadenante de la presunción legal de respuesta y sus efectos) es, por lo dicho, demasiado simple y tosco para los diferentes y complejos objetos de los diversos procedimientos administrativos (piénsese en un plan de urbanismo, cuya producción no es reductible a una respuesta binaria si/no), y, además, incapaz por sí mismo de proporcionar a su beneficiario una situación mínimamente consistente y segura jurídicamente”.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El procedimiento Administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio”. En La transformación del procedimiento administrativo. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. pp. 466-467.

criterios de razonabilidad, el referido concepto indeterminado viene a ponderar como causa de justificación del incumplimiento”.⁷⁸⁶

4.4. La responsabilidad derivada del deber de resolver en plazo.

La regulación del deber de resolver, como lo hemos visto, se encuentra desarrollada en el artículo 42.7⁷⁸⁷, dentro del cual tan sólo dedica su último numeral al desarrollo de las consecuencias a su incumplimiento del plazo razonable.⁷⁸⁸ Para que los plazos sean cumplidos es necesario que se les impute una consecuencia, en caso de su desobediencia, que será una sanción jurídica.⁷⁸⁹

El incumplimiento de la obligación o más exactamente del deber de resolver puede generar diversos efectos jurídicos que son: la caducidad, el silencio administrativo y la responsabilidad (disciplinaria, penal y patrimonial)⁷⁹⁰. En cuanto a los procedimientos de oficio el tema del silencio administrativo ha sido tratado previamente y por tanto, en este momento corresponde concentrarse en la responsabilidad.

⁷⁸⁶ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 507.

⁷⁸⁷ “Contrasta en la lectura del literal del artículo 42 de la Ley 30 de 1992 el volumen de texto dedicado a aclarar la siempre difícil y trascendental cuestión de los plazos con el dedicado a otra cuestión no precisamente menor, sino igualmente capital, como es la relativa a las consecuencias (en términos de sanción del incumplimiento) de la falta de resolución. A ello se dedica sólo un apartado, el séptimo, frente a los cuatro dedicados a los plazos”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 275.

⁷⁸⁸ Como lo demuestra Marco Gómez Puente tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado convergen en sostener que el incumplimiento del plazo debe ser irrazonable. En sus propias palabras:

“A lo que debe añadirse que, según reiterada jurisprudencia –así como la propia doctrina del Consejo de Estado-, los interesados no tiene derecho a que se resuelva en plazo legal, sino a que se resuelva en un <<plazo razonable>> expresión jurídica indeterminada cuya apreciación exige una valoración o ponderación de las circunstancias del caso concreto y que, de un lado, confiere a la Administración un cierto margen de apreciación; y, de otro, permite al juez administrativo fiscalizar o controlar la regularidad de la actividad administrativa, definiendo con sus pronunciamientos los límites temporales deber de resolver a tenor de las circunstancias del caso concreto”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. pp. 506-507.

⁷⁸⁹ En caso de que no se prevenga una sanción se estarán “[...] afectando a un punto extraordinariamente sensible, porque las normas reguladoras del procedimiento ven reducida su eficacia si su vulneración carece de consecuencias jurídicas”.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003. p. 366.

⁷⁹⁰ ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 289-370.

4.4.1. *La responsabilidad derivada del deber de responder dentro del plazo según los lineamientos del numeral 7 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992.*

El numeral 7 del artículo 42, que regula la responsabilidad personal⁷⁹¹ por el incumplimiento del deber legal de dictar resolución expresa en plazo, reviste una especial importancia al atribuir responsabilidad a los funcionarios que tramiten los procedimientos por el incumplimiento de la obligación de legal de dictar resolución expresa en el plazo.

“42.7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”.⁷⁹²

De la lectura del anterior artículo, que varía levemente la redacción original de la Ley 30 de 1992, la profesora Rosario Alonso deriva dos cambios principales que son:

“[...] por un lado en extender la responsabilidad que se contempla que contempla a las autoridades que resulten competentes ya no sólo para resolver los expedientes sino también para instruirlos, con la precisión de que lo sea, en cualquier caso, <<en el ámbito de sus competencias>>; y por otro, en hacer desaparecer del precepto la consecuencia, para el empleado público incumplidor, de la posibilidad de remoción del puesto de trabajo”.⁷⁹³

A los dos anteriores, se debe derivar que el desconocimiento de dicha norma dará lugar a la existencia de diversos tipos de responsabilidad; es decir, la responsabilidad en que se recurriría según la normativa vigente podría ser disciplinaria⁷⁹⁴ (la cual, desafortunadamente, no se ha podido llevar a la práctica en España⁷⁹⁵), penal⁷⁹⁶ y patrimonial.

⁷⁹¹ “He hablado únicamente de responsabilidad personal y, por lo dicho hasta aquí, resulta evidente que dicha responsabilidad es, ante todo, una *responsabilidad disciplinaria*, que habrá de exigirse de acuerdo con la legislación de régimen disciplinario del estatuto funcionarial o laboral”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 537.

⁷⁹² http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁹³ ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 307.

⁷⁹⁴ “A la falta de rendimiento del responsable del procedimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, es decir, que sea imputable objetiva y subjetivamente al responsable del procedimiento. En estos casos el sujeto habrá incurrido en una falta disciplinaria, de diversa gravedad según las circunstancias de cada caso, y, consecuentemente, deberá procederse a la incoación del correspondiente procedimiento disciplinario, si bien este régimen sólo se aplica a los funcionarios (art. 1 RD 33/1986 sobre Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado)”.

La responsabilidad es una consecuencia natural de las actuaciones que deben realizar los funcionarios públicos, quienes al desempeñar sus funciones deben asumir determinados comportamientos y de no hacerlo, deben responder por sus acciones. O como lo precisa Miguel Sánchez Morón en cuanto a los trámites del procedimiento administrativo y concretamente, a la obligación de resolver afirma que:

“En cualquier caso, al responsable o responsables les corresponde adoptar <<las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de los procedimientos>> (art. 41.1). Muy en particular, son <<directamente responsables de la obligación, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo>> (art. 42.7 LRJPAC)”.⁷⁹⁷

Finalmente, se debe enfatizar en que por cuestiones metodológicas este trabajo se debe circunscribir al estudio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el incumplimiento de la obligación de resolver, tema que se desarrollará a renglón seguido.

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 329.

⁷⁹⁵ “Así pues, una cosa es lo que quiere el legislador, que parece demandar que siempre que haya demora en dictar resolución expresa se exija responsabilidad disciplinaria -<<el incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad sanitaria>>- y otra es la realidad de las cosas, puesto que, llevados de las previsiones de este precepto, pocos funcionarios escaparían a la apertura de un expediente disciplinario, y sin embargo, nuestra jurisprudencia no da muestras de ejercicio por la Administración pública de su potestad disciplinaria en estos casos, ni de conflictividad judicial alguna al respecto”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 308.

⁷⁹⁶ “Por lo que se refiere a la posible exigencia de responsabilidad penal, lo será en cualquier caso <<de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente>> (art. 146.1. LRJPAC), esto es, el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal aunque no va a ser fácil inscribir el incumplimiento de la obligación de resolver los expedientes administrativos en alguno de los vigentes tipos delictivos. Como no sea que simultáneamente se incurra en cohecho (art. 419 CP), tráfico de influencias (art. 428 y ss. CP), fraude (art. 436 CP) o desobediencia (art. 410 CP), debe considerarse excepcional la posibilidad de deducir una responsabilidad penal sólo por dicho incumplimiento. Y más difícil parece aún que pueda apreciarse prevaricación (art. 404 CP) dado que según su tipo legal sólo puede cometerse este delito por acción y no por omisión, aunque la intencionada inhibición de la autoridad o empleado público para favorecer la producción de un acto presunto por el juego del silencio administrativo puede tener la finalidad u objeto delictivo que el dictar un acto expreso”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 313.

⁷⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 479.

4.4.2. La responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de la obligación de resolver.

Como se precisó anteriormente, el incumplimiento de la obligación de resolver, puede generar diversas clases de responsabilidad. Esto se refuerza al observar que la Ley 4 de 1999, cambia la redacción original contenida la Ley 30 de 1992 que se circunscribía a enunciar la responsabilidad disciplinaria⁷⁹⁸, al incluir otras posibilidades de responsabilidad como la patrimonial (con la fórmula <<...sin perjuicio a la que hubiera lugar de acuerdo con la normativa vigente>>).

Como se observó el ordenamiento jurídico español, reconoce las lesiones antijurídicas imputables a la Administración, que se hayan producido como consecuencia del funcionamiento, tanto anormal como normal, de los servicios públicos.⁷⁹⁹ Sin embargo, se debe dejar por sentado que para la doctrina dominante la responsabilidad por omisión administrativa será siempre subjetiva, puesto que nunca será separable de la idea de culpa.⁸⁰⁰

Cuando el Estado en cualquiera de sus niveles no cumple con alguna de sus funciones se estará en presencia de un comportamiento incorrecto de la Administración o más técnicamente, de un caso de funcionamiento anormal⁸⁰¹ o mala Administración.⁸⁰² En estos casos, es necesario

⁷⁹⁸ Ley 30 de 1992. Texto Original. Obligación de resolver.

“Artículo 42.3. Los titulares de los órganos administrativos que tengan competencia para resolver los procedimientos que se tramiten y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, son responsables directos de que la obligación de resolución expresa se haga efectiva en los plazos preestablecidos.

El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo dará lugar a la exigencia de la responsabilidad disciplinaria o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html#

⁷⁹⁹ “Recuérdese, por último, que la objetivación de la responsabilidad no es más que la ampliación de ésta a los perjuicios ocasionados por actos legales o funcionamiento anormal superando los límites tradicionales de responsabilidad subjetiva o por culpa. Por tanto, reconocer dicho carácter objetivo no impide admitir que determinadas hipótesis de responsabilidad por daños tengan un fundamento exclusivamente subjetivo”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 846.

⁸⁰⁰ “Teniendo el daño origen en una omisión administrativa, al responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad subjetiva. En materia de perjuicios causados por omisión administrativa, la antijuridicidad del daño no es distinguible o separable de la idea de culpa, a pesar de que, con carácter general, el sistema español de responsabilidad sea de carácter objetivo”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 845.

⁸⁰¹ “Esta modalidad de incumplimiento es expresiva de un funcionamiento anormal, por lo que, conforme al planteamiento general anteriormente expuesto, la Administración ha de reparar los daños que produzca”.

analizar si la inactividad del Estado es de tal magnitud que pueda llegar a generar una responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, con el fin de indemnizar al particular afectado.

Partiendo de esto, se debe seguir el análisis de Ricardo Rivero y compartir sus postulados en cuanto a que: “[...] en modo alguno existe un deber jurídico de soportar la inactividad de la Administración, de manera que cualquier daño directamente causado por el incumplimiento de la obligación de resolver debería ser indemnizable, concurriendo el resto de los presupuestos de la responsabilidad (daño efectivo, relación de causalidad, etc)”.⁸⁰³

En el caso de la obligación de resolver por el incumplimiento de un plazo, es claro que para que surja la responsabilidad patrimonial es indispensable que se presente una verdadera lesión por la inactividad formal singular o procedimental⁸⁰⁴ del Estado⁸⁰⁵, la cual se determina siguiendo la noción de incumplimiento del plazo razonable.⁸⁰⁶

Secundando la aseveración de Marco Gómez Puente: “Para comprometer la responsabilidad de la Administración no basta, por tanto, el mero retraso; no basta el mero

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

⁸⁰² ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 291.

⁸⁰³ RIVERO ORTEGA, Ricardo. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 279.

⁸⁰⁴ “Trascurrido el plazo que corresponda, la falta de resolución expresa, se hayan o no completado los trámites previos, constituye un incumplimiento, por omisión, del deber de resolver. A esta situación de funcionamiento anormal se refiere la inactividad singular o procedimental de la Administración”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 857.

⁸⁰⁵ “Al respecto se ha puesto de manifiesto que para comprometer la responsabilidad de la Administración no basta con el mero retraso; esto es, no basta el mero incumplimiento del plazo legal de resolución. El perjuicio ocasionado por el retraso tiene que constituir una lesión antijurídica. En este sentido, puede considerarse ya superada la doctrina jurisprudencial tradicional según la cual la demora en la tramitación de expedientes sólo podía ser causa de responsabilidad patrimonial directa cuando una ley anudaba expresamente esta consecuencia”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 323.

⁸⁰⁶ “Según esto, a la Administración morosa le bastaría, para liberarse del deber de reparar el daño, con demostrar que ha actuado diligentemente, que no ha incurrido en culpa, que el tiempo empleado, aunque mayor del legalmente fijado, ha sido razonable”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 335.

incumplimiento del plazo legal de resolución. Es necesario, además, una infracción, un incumplimiento que constituye caso de inactividad de la Administración, pues sólo entonces puede tenerse por daño, por lesión antijurídica, el perjuicio ocasionado por el retraso”.⁸⁰⁷ En síntesis, la demora o no resolución en plazo razonable, en algunos casos, puede generar verdaderas lesiones antijurídicas imputables a la Administración y de mediar entre ellas una verdadera relación de causalidad, se producirá la responsabilidad del Estado por dilaciones indebidas procedimentales.

La noción del plazo razonable como requisito para generar la responsabilidad del Estado ha estado presente desde las primeras sentencias del Tribunal Supremo español sobre la materia de daños por dilaciones o demoras procedimentales:

“Esta idea del <<plazo razonable>> se halla latente, por ejemplo en una pionera sentencia que condenó a la Administración a indemnizar los daños provocados por un largo retraso –más de cuatro años-, en la tramitación y resolución de un recurso de alzada. Se fundaba la responsabilidad, en efecto, en el funcionamiento anormal, conectado este no al retraso en sí, no a la mera infracción de los términos legales, sino a la irrazonabilidad de la demora (al <<inexplicable e inexplicado... retraso>>, dice la STS junio 1985 [RJ 1991, 320]. Y en esta misma dirección, subordinando la responsabilidad a la irrazonabilidad o falta de justificación de la demora, pueden mencionarse las SSTS 2 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4535), 14 de diciembre 1988, F. 5 (RJ 1998, 9955) y 21 marzo 1991 (RJ 1991, 2404)”.⁸⁰⁸

En cuanto a las decisiones que ha tomado el Tribunal Supremo y la posición actual de la doctrina española sobre la demora en la resolución de expedientes administrativos, se debe citar a la administrativista María Pérez quien afirma:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia objeto de estudio ha sido vacilante. Mientras que en algunos pronunciamientos jurisprudenciales ha afirmado, con carácter general, que los daños derivados de la demora en la resolución de los expedientes administrativos no son indemnizables, en otros, por el contrario y excepcionalmente, los ha estimado indemnizables. Sin embargo, frente a dicha posición del Tribunal Supremo la doctrina ha sido contundente al aseverar que la inactividad formal de la Administración Pública en resolver en el plazo establecido los expedientes administrativos obedece a un <<retraso injustificado>> y si excede de un plazo razonable>>, podrá exigírsele a la Administración la responsabilidad patrimonial”.⁸⁰⁹

⁸⁰⁷ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 519.

⁸⁰⁸ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 862.

⁸⁰⁹ PÉREZ, María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 155.

De igual forma, se debe citar a Luis Medina Alcoz quien sostiene que la jurisprudencia del Tribunal supremo ha enmarcado este tipo de daños dentro de los casos de funcionamiento anormal y destaca que en la Sentencia del 15 de junio de 2002 el “[...] TS ha vuelto a declarar la responsabilidad de la Administración por los daños derivados de la falta de iniciación del procedimiento”.⁸¹⁰

⁸¹⁰ “Se trata de la STS de 15 de junio de 2002 (Ar. 8613) que condena a un Ayuntamiento porque, pese a los requerimientos de los vecinos, perjudicados por el paulatino derrumbamiento de un inmueble, dejó de trascorrir más de un año sin adoptar las medidas de conservación que le eran exigibles a la luz del ordenamiento (debió incoar y finalizar expediente sancionador y, ante un eventual incumplimiento, llevar por sí mismo las obras a través del procedimiento de ejecución subsidiaria, sin perjuicio del derecho de repetición frente a aquél)”.
MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 314.

CAPÍTULO IV. EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y POR PROVVEDIMENTO (DECISIÓN FINAL DEL PROCEDIMIENTO O RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA) EN ITALIA.

Sumario. Capítulo IV. EL Régimen general de responsabilidad civil de las Administraciones públicas y por provvedimento (decisión final del procedimiento o resolución administrativa) en Italia. Introducción.

Parte I. La responsabilidad de las Administraciones públicas italianas, su marco normativo, los elementos que la generan y sus posibles clases. Introducción. 1. El régimen normativo actual de las Administraciones Públicas en Italia. Introducción. 1.1. La responsabilidad en la Constitución italiana. 1.1.1. En el artículo 28 de la Constitución italiana. 1.1.2. En el artículo 42. 1.1.3. En el artículo 113. 1.2. La responsabilidad de las Administraciones Públicas en el Código Civil. **2. Los elementos para generar la responsabilidad.** Introducción. 2.1. El hecho dañoso injusto. 2.2. La imputación. 2.3. La culpa. 2.4. La relación de causalidad. 2.4.1 Casos en que se presenta el debilitamiento o rompimiento del nexo causal. 2.4.1.1. La fuerza mayor y el caso fortuito. 2.4.1.2. La presencia de un tercero. 2.4.1.3. El concurso del perjudicado y la culpa exclusiva de la víctima. **3. Las clases de responsabilidad en Italia.** Introducción. 3.1. La responsabilidad extracontractual por el mero comportamiento. 3.2. Responsabilidad por acto lícito. 3.3. Responsabilidad proveniente del servicio público. 3.4. Responsabilidad por violación del derecho comunitario. 3.5. Responsabilidad procedimental. ***Parte II. La responsabilidad providencial de las Administraciones públicas italianas: La Sentencia 500 de 1999, el debate sobre su naturaleza y los elementos que la generan. Introducción.*** 4. El origen de la responsabilidad por actividad procedimental en Italia: La Sentencia 500 de 1999. 4.1. Resumen de los hechos más relevantes que originaron la Sentencia 500 de 1999 de la Corte de Casación. 4.2. Consideraciones previas de la Corte de Casación. 4.3. Nuevas premisas orientadoras contenidas en la Sentencia No. 500/99. 4.4. El interés legítimo y la responsabilidad providencial en el derecho administrativo italiano. 4.4.1. El interés legítimo procedimental. 4.4.2. La responsabilidad por actividad procedimental en Italia. **5. El debate sobre la naturaleza de la responsabilidad procedimental de las Administraciones Públicas italianas.** 5.1. Precontractual. 5.2. Contractual. 5.3. De contacto o paracontractual. 5.4. Especial o tertium genus. 5.5. Extracontractual. **6. Los elementos que generan la responsabilidad procedimental en Italia.** 6.1. El daño antijurídico que se concreta en la lesión de un interés legítimo pretensivo. 6.2. La imputación: Especialmente la presencia del elemento subjetivo. 6.3. La relación de causalidad entre daño e imputación.

INTRODUCCIÓN.

En este momento corresponde estudiar el régimen de responsabilidad⁸¹¹ civil⁸¹² de las Administraciones Públicas italianas; para esto, es necesario empezar por realizar algunas

⁸¹¹ “El término <<responsabilidad>> tiene raíces muy antiguas, de derivación latina, e indica una ruptura de un equilibrio y de un orden –teniendo un carácter tendencialmente solemne- al cual se debería dar, por las partes, una respuesta igualmente solemne”. (Traducción propia).

“Il termine <<responsabilità>> ha radici molto antiche, di derivazione latina, ed indica una la rottura di un equilibrio e di un ordine –aventi un carattere tendenzialmente solenne- cui si doveva dare, dei pari, una risposta altrettanto solenne”. LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 3.

consideraciones preliminares que permitan al lector comprender sus características y poder diferenciarlo del sistema español.

Resulta imprescindible, para evitar ambigüedades, hacer una aclaración terminológica; puesto que, en el Derecho Administrativo italiano, a diferencia de lo establecido en el ordenamiento español, la responsabilidad administrativa se refiere a la que se conoce como disciplinaria, es decir a aquella a la que están sometidos los funcionarios si han infringido algún deber inherente a su cargo.⁸¹³

Otra precisión importante que debe orientar este trabajo es recordar que al igual que en los otros países europeos, la lucha por la introducción de la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños causados a los sujetos privados en Italia no fue nada fácil, pero con el tiempo se fue destruyendo el dogma de la soberanía absoluta del Estado empezándose a reconocer indemnizaciones por sus daños⁸¹⁴ y sólo hasta hace relativamente poco tiempo se ha logrado establecer de manera definitiva.⁸¹⁵

⁸¹² “La responsabilidad civil se concreta en el resarcimiento del daño causado a un sujeto. Ésta es siempre convertible en una prestación de dinero”. (Traducción propia).

“La responsabilità civile si concreta nel risarcimento del danno provocato ad un soggetto. Essa è sempre convertibile in una prestazione di danaro”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 309.

⁸¹³ “La responsabilidad administrativa es aquella que deriva de la violación de cada clase de deber administrativo, donde sea prevista una sanción administrativa”. (Traducción propia).

“La responsabilità amministrativa è quella che deriva dalla violazione di ogni sorta di doveri amministrativi, ove sia prevista una sanzione amministrativa”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 309.

⁸¹⁴ “El principio según el cual la Administración Pública responde por los efectos dañosos provocados por sus acciones, como cualquier otro sujeto del ordenamiento, ha encontrado en el pasado una serie de limitaciones, puesto que se había considerado por largo tiempo que el Estado soberano era inmune a la responsabilidad, en cuanto sujeto dotado de prerrogativas especiales y cuya acción era dirigida hacia la tutela del interés público”. (Traducción propia).

“Il principio secondo el quale la pubblica amministrazione risponde degli effecti dannosi provocati dalla sua azione come qualsiasi altro soggetto dell’ordinamento ha incontrato nel passato una serie di limitazioni, perchè si è lungo ritenuto che lo Stato sovrano fosse immune dalla responsabilità, in quanto soggetto dotato di prerogative speciali e la cui azione era rivolta alla tutela dell’interesse pubblico”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 16.

⁸¹⁵ “Sólo hace algunos decenios, de hecho, no se aceptaba la idea que el Estado pudiese ser puesto en discusión a través de la atribución de una responsabilidad. Esto, puesto que, en cuanto creador y tutor del derecho, no podía ser considerado responsable de una actividad ilícita”. (Traducción propia).

“Solo qualche decennio fa, infatti, non veniva accettata l’idea che lo Stato potesse essere messo in discussione, attraverso l’attribuzione di una responsabilità. Esso, infatti, in quanto creatore e tutore del diritto, non poteva essere ritenuto responsabile di un’attività illecita”.

Así mismo, se debe dejar por sentado que a diferencia del sistema jurídico de responsabilidad objetiva en España, la responsabilidad italiana ha seguido con la utilización de la presencia de culpa como elemento indispensable para su reconocimiento, como ocurre en la mayoría de los países europeos en la actualidad. De igual manera, a diferencia del sistema español basado en normas de Derecho Público, la responsabilidad del Estado en Italia está construida sobre las normas de Derecho Privado.

En consecuencia, el régimen normativo se encuentra principalmente contenido en la Constitución italiana de 1948 y en las normas de Derecho privado sobre responsabilidad extracontractual, concretamente en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, no se debe olvidar que el Estado es una persona jurídica de Derecho público, con fuertes poderes especiales, que debe encaminarse directamente a la consecución de unos fines concretos y por sobre todo, velar por la prevalencia del interés general sobre el particular y por ende, su régimen es bastante diverso del que se aplica a los privados.

En la actualidad, en un ordenamiento jurídico como el italiano, resulta natural que el Estado esté obligado a no causar daños, conocido como principio de *neminem laedere* y en caso de incumplir con esta obligación de no hacer⁸¹⁶, debe responder por los perjuicios que cause en el desarrollo de su actividad o por la omisión de algunas de sus funciones.⁸¹⁷

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 5.

⁸¹⁶ "Obligación de no hacer: Es decir de abstenerse de realizar determinados actos o actividades por estar prohibidos por la ley o por un contrato estipulado con terceros; la más importante obligación de no hacer es aquella del <<neminem laedere>>, o sea de no causar daño a ninguno. De la violación de tal obligación general surge la <<responsabilidad extracontractual>> de la A.P". (Traducción propia).

"Obblighi di non fare: cioè di astenersi dal compiere determinate atti o attività in quanto vietati dalla legge o da un contratto stipulato con terzi; il più importante obbligo di non fare è quello cd. del <<neminem laedere>>, cioè del non arrecare danno a nessuno. Dalla violazione di tale obbligo generale sorge la <<responsabilità extracontrattuale>> della P.A."

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 308.

⁸¹⁷ En el pasado la cuestión no fue tan pacífica y sobre todo, con relación a la posibilidad de que las Administraciones Públicas italianas pudieran ser patrimonialmente responsables por los daños causados por actos de imperio; pese a esto, hacia los años treinta del siglo diecinueve empezó a ser reconocido por la jurisprudencia la posibilidad de reparaciones por este concepto.

"Estas posiciones negativas fueron, sin embargo, progresivamente abandonadas y en la jurisprudencia inició a consolidarse, desde los años 30 del siglo pasado, la responsabilidad civil de la Administración Pública, también por las lesiones de derechos causados en el ejercicio del poder de imperio. De un lado, realmente con mucha cautela, se inició a admitir, en línea de principio, la sujeción de la autoridad estatal a la regla general *neminem laedere*. Del otro lado el problema de la imputabilidad de la responsabilidad por ilícito del Estado y de los entes públicos, por hecho de sus

En la práctica se debe ser muy riguroso al momento de determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños causados a los privados; puesto que, “[s]e trata del hecho de conciliar la necesidad de defender a los ciudadanos en frente a los daños ilícitos perpetuados por el poder público, según los principios del Estado de Derecho, con aquella de salvaguardar las finanzas públicas de reparaciones insostenibles, causados por las intervenciones capaces de acarrear perjuicios, a veces, muy grandes”.⁸¹⁸ (Traducción propia). En otros términos se debe indagar en qué situaciones concretas se debe individualizar el daño, para poder desplazar el sufrimiento del daño del particular al Estado, es decir en qué casos estará obligado a responder”.⁸¹⁹ (Traducción propia).

Adicionalmente, se debe resaltar que las Administraciones Públicas deben responder patrimonialmente, en algunos casos, con mayor rigor que los propios particulares, puesto que su campo de actuación es mayor al tener que realizar actividades inherentes a sus funciones.⁸²⁰ Es así

agentes, estaba resuelto con base en la teoría orgánica: la actividad del dependiente público es actividad del ente, que por eso responde a los terceros directamente (ed. Responsabilidad directa)”. (Traducción propia).

“Queste posizioni negative fuorono però progressivamente abbandonate, e nella giurisprudenza incominciò ad affermarsi, dagli anni 30' del secolo scorso, la responsabilità civile della pubblica Amministrazione, anche per le lesioni di diritti causate nell'esercizio della potestà d'imperio. Da un lato, sia pure con molte cautele, s'incominciò ad ammettere, in linea di principio, la soggezione dell'autorità statale alla regola generale *neminem laedere*. Dall'altro lato il problema della imputabilità della responsabilità per illecito allo Stato e degli enti pubblici, per fatto dei loro agenti, veniva risolto in base alla teoria organica: l'attività del dipendente pubblico è attività dell'ente, che perciò risponde verso i terzi direttamente (ed. Responsabilità diretta)”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 734

⁸¹⁸ “Si tratta infatti di conciliare la necessità di tutelare i cittadini di fronte agli illeciti dannosi perpetrati dai pubblici poteri, secondo i principi dello Stato di diritto, con quella di salvaguardare le pubbliche finanze da risarcimenti insostenibili, causati da interventi capaci di recare pregiudizio a collettività talvolta assai vaste”.

CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. Undicesima Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 623.

⁸¹⁹ “El principal interrogante consiste, no en determinar el tipo de responsabilidad, sino en establecer cuales categorías de daño se puede individualizar, y qué cosa justifica de vez en cuando la translación de la pérdida económica de la víctima a otro sujeto”. (Traducción propia).

“L'interrogativo principale riguarda non quale responsabilità, ma quali categorie di danni e quali responsabili sia possibile individuare, e che cosa giustifichi di volta in volta la traslazione della perdita economica della vittima ad un altro soggetto”.

AVANZINI, Giulia. *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 2007. p. 10.

⁸²⁰ “La responsabilidad de la Administración es, al contrario, en algunos casos, más amplia que la responsabilidad de los sujetos privados, porque se extiende a áreas y perfiles que no son relevantes para la actividad de los privados, como acontece, por ejemplo, para la responsabilidad procedimental y para la responsabilidad por los servicios públicos”. (Traducción propia).

“La responsabilità dell'amministrazione è, anzi, per certi versi, ancora più ampia della responsabilità dei soggetti privati, perchè essa si estende ad aree e profili che non rilevano per l'attività dei privati, come accade, ad esempio, per la responsabilità c.d. procedimentale e per la responsabilità da servizio pubblico”.

como, cuando produzcan daños en el desarrollo de actividades lícitas se debe indemnizar a los particulares que resulten lesionados.⁸²¹

Por otra parte, se debe recordar que la doctrina italiana diferencia de una manera clara la responsabilidad de las Administraciones Públicas en responsabilidad material y responsabilidad formal. La primera, se refiere a los hechos o actuaciones administrativas y el segundo, estará directamente relacionado con los actos o procedimientos administrativos.

En el Derecho italiano la responsabilidad de las Administraciones públicas por el provvedimento administrativo se introdujo paulatinamente por la jurisprudencia, ampliando la protección de los derechos subjetivos a casos en que tan sólo se trataban de intereses legítimos. No se trató de un cambio inesperado; debido a que, se venía abonando el terreno para una modificación en el pensamiento de la Corte de Casación italiana y este se produjo concretamente gracias a la presión de algunas realidades sociales y jurídicas.⁸²²

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 471.

⁸²¹ “Responde en mayor medida que los sujetos privados en desarrollo de las actividades lícitas (expropiatorias, sanitarias, etc.): sobre la base de normas constitucionales que han encontrado seguimiento en normas sectoriales. El ámbito de la responsabilidad objetiva, que tiende a extenderse en situaciones generales, tiene una extensión todavía mayor para la P.A.: porque ella, más que otros sujetos, realiza actividades dañosas o peligrosas que son consentidas, pero también son fuente de responsabilidad”. (Traducción propia).

“Risponde in misura maggiore dei soggetti privati nel compimento di attività lecita (espropriative, sanitarie, etc.): sulla base di norme costituzionali che hanno trovato attuazione in normative di settore.

L’ambito della responsabilità oggettiva, che tende ad allargarsi in via generale, ha una estensione ancora maggiore per la P.A.: perchè essa, più di altri soggetti, pone in essere attività dannose o pericolose che sono consentite, ma sono anche fonte di responsabilità”.

CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 8.

⁸²² “a) El disentimiento manifiesto de casi la unanimidad de la doctrina, que criticaba la lectura restrictiva del art. 2043 c.c. y denunciaba como desigual la sustancial inmunidad de la Administración Pública [...]; b) La perplejidad varias veces expresa de la Corte Constitucional en relación con a la denegación de la resarcibilidad por daño a los intereses legítimos después del ejercicio ilegítimo de las funciones administrativas [...]; c. La jurisprudencia comunitaria. El ordenamiento comunitario es ajeno a la distinción típica del ordenamiento jurídico italiano, entre derechos subjetivos e intereses legítimos. [...]. d. La progresiva formación de una jurisprudencia de la misma Casación dirigida hacia ampliar el área de la resarcibilidad en el sentido del art. 2043 c.c. [...]”. (Traducción propia).

“a) Il dissenso manifestato dalla quasi unánime doctrina, che criticava la restrittiva lettura dell’art. 2043 c.c. e denunciava come iniqua la sostanziale immunità della pubblica amministrazione [...]; b) Le perplessità più volte espresa dalla Corte costituzionale in relazione al diniego di risarcibilità del danno agli interessi legittimi in seguito all’esercizio illegittimo delle funzioni amministrative [...]; c) La giurisprudenza comunitaria. L’ordinamento comunitario è straneo dalla distinzione, típica dell’ordinamento giuridico italiano, fra diritti soggettivi e interessi legittimi. [...] y d) Il progressivo formarsi di una giurisprudenza della stessa Casazione volta ad ampliare l’area della risarcibilità ai sensi dell’art. 2043 c.c. [...]”. (Traducción propia).

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 309.

Fue así como, la Corte de Casación con la Sentencia 500 de 1999, culminando todo el camino, abrió la puerta al reconocimiento claro e indudable de la posibilidad de reconocer las lesiones a intereses legítimos y concretamente, la reparación de los daños causados como consecuencia del desarrollo del provvedimento administrativo.⁸²³

En cuanto a los intereses legítimos se debe poner especial atención a la distinción que se ha efectuado “[...] entre lesión de interés legítimo a los efectos de la tutela de anulación y lesiones del interés legítimo a los efectos de la tutela reparatoria, dado que los dos conceptos no coinciden”.⁸²⁴ (Traducción propia). El primero, habla de la posibilidad de pedir la anulación de un determinado provvedimento o decisión administrativa; mientras que, el segundo, tiene por objeto la posibilidad que tiene el particular de lograr la reparación del daño sufrido.

En este orden de ideas, se debe precisar que el Derecho italiano ha cimentado su teoría de responsabilidad de las Administraciones Públicas sobre la dicotomía entre derechos subjetivos e intereses legítimos.⁸²⁵ Con lo que se ha entendido que el desconocimiento de la obligación de proveer será un ataque a un interés legítimo del particular.

Las premisas anteriores, permiten concluir que es más interesante abordar el tema de la Responsabilidad en Italia, dividiendo este capítulo en dos partes claramente diferenciadas. En la primera, se hablará de la responsabilidad material o por hechos de la Administración, materia que

⁸²³ “El reconocimiento de la responsabilidad de la P.A. por la lesión de los intereses legítimos ha sido el punto de arrivo de un largo recorrido culminado con la Sentencia No. 500/1999”. (Traducción propia).

“Il riconoscimento della responsabilità della P.A. per la lesione di interessi legittimi è stato il punto di arrivo di un lungo percorso culminato con la sentenza n. 500/1999”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 1.

⁸²⁴ “[...] tra lesione del interesse legittimo agli effetti della tutela di annullamento e lesione dell’interesse legittimo agli effetti della tutela risarcitoria, dati che i due concetti non coincidono”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa*. Questioni attuali. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p.13.

⁸²⁵ “El interés legítimo puede expresar una pluralidad de significados: puede ser entendido como la expectativa del privado a la general legalidad del acto administrativo o al correcto ejercicio de la acción administrativa, o incluso a la correcta definición de la disposición de los intereses materiales”. (Traducción propia).

“L’interesse legittimo può esprimere una pluralità di significati: può essere inteso come l’aspettativa del privato alla generica legalità dell’atto amministrativo o al corretto esercizio dell’azione amministrativa, ovvero ancora alla corretta definizione dell’assetto degli interessi materiali”.

AVANZINI, Giulia. *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 2007. p. 22.

está mucho más avanzada en la legislación española; mientras que en la segunda parte, se trabajará la responsabilidad providencial (resolución o acto finalizador) la cual ha tenido un muy importante desarrollo en la legislación italiana y en cambio, en el ordenamiento jurídico español no se le ha prestado suficiente atención.

En adición, se debe tener muy presente que la naturaleza jurídica de la responsabilidad providencial es sin duda una de los principales debates que se desarrolla sobre el tema en Italia y por ende, es muy conveniente dedicarle algunas páginas a esta cuestión.

Hechas las anteriores salvedades, se debe entrar a explicar la manera concreta en que se subdividen las dos partes del capítulo cuarto: La primera parte, que intenta presentar los rasgos generales del sistema de responsabilidad civil italiano se divide en 3 apartados que son: 1. El marco normativo vigente, 2. Los elementos que generan la responsabilidad y 3. Las principales clases de responsabilidad; la segunda parte, desarrolla concretamente la responsabilidad providencial o por provvedimento, la que para su mayor comprensión se han repartido así: 4. El origen de la responsabilidad por actividad procedimental en Italia: La Sentencia 500 de 1999, 5. El debate sobre la naturaleza de la responsabilidad procedimental de las Administraciones Públicas italianas y 6. Los elementos que generan la responsabilidad procedimental en Italia.

PARTE I. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ITALIANAS, SU MARCO NORMATIVO, LOS ELEMENTOS QUE LA GENERAN Y SUS POSIBLES CLASES.

INTRODUCCIÓN.

El modelo de responsabilidad de las Administraciones Públicas es el resultado de unos hechos sociales particulares, que se desarrollan en diferentes momentos y para cubrir determinadas necesidades; por esto, no son iguales, sino que cada ordenamiento jurídico construirá un sistema propio sobre la materia. Partiendo de lo anterior, para entender los desarrollos de la responsabilidad del Estado en el sistema jurídico italiano, es necesario empezar por establecer cuáles son las características propias particulares que lo configuran, pudiendo así compararlo con otros sistemas jurídicos europeos o del resto del mundo.

En particular, el Derecho italiano ha creado un modelo de responsabilidad público basado en las normas civiles y propiamente culpabilístico. En igual sentido, se debe decir que está construido sobre una relación orgánica y de esta manera, la responsabilidad del ente estatal es directa.⁸²⁶ Sin embargo, para lograr entender su concepción de la responsabilidad se deben analizar más profundamente sus características esenciales, las cuales deberán ser presentadas en esta parte del escrito.⁸²⁷

⁸²⁶ “Aunque, una parte de la doctrina deduce la imposibilidad de configurar la responsabilidad del Estado o del ente público como responsabilidad directa, no pudiéndose contemporáneamente atribuir el mismo ilícito al dependiente y al ente público. En cambio, la doctrina prevalente sostiene que la responsabilidad de la Administración Pública se funda sobre la relación orgánica y se configura así como responsabilidad directa”. (Traducción propia).

“Da ciò una parte della dottrina deduce l'impossibilità di configurare la responsabilità dello Stato o dell'ente pubblico come responsabilità diretta, non potendosi contemporaneamente ascrivere lo stesso illecito al dipendente e all'ente pubblico. La prevalente dottrina ritiene invece che la responsabilità della pubblica Amministrazione continui a fondarsi sul rapporto organico e si configuri perciò come responsabilità diretta invece che la responsabilità della pubblica Amministrazione continui a fondarsi sul rapporto organico e si configuri perciò come responsabilità diretta”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 735.

⁸²⁷ “Para una profundización del problema de la responsabilidad es necesario investigar los elementos significativos de los cuales se compone la responsabilidad de la Administración”. (Traducción propia).

“Per un approfondimento del problema della responsabilità è necessario individuare gli elementi significativi dei quali si compone la responsabilità dell'amministrazione”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 509.

En este sentido, para lograr acercarse a sus características principales parece metodológicamente conveniente dividir esta parte en tres apartes claramente diferenciables que son: 1. Su régimen normativo, 2. Sus elementos constitutivos y 3. Las clases de responsabilidad que se reconocen en Italia.

1. EL RÉGIMEN NORMATIVO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ITALIA.

Introducción.

Con el fin de entender cómo funciona el régimen de la responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas italianas es necesario concentrarse en el ordenamiento jurídico vigente sobre la materia.⁸²⁸ Se debe enfatizar que en Italia la responsabilidad del Estado y de las demás entidades de derecho público está construida sobre la responsabilidad civil y sobre normas de derecho privado.

Partiendo de lo anterior, en la práctica como lo veremos a continuación, el régimen normativo se encuentra principalmente contenido en la Constitución italiana de 1948⁸²⁹ (en los artículos 28, 42 y 113) y en las normas de Derecho privado contenidas el Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, concretamente en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil.⁸³⁰

⁸²⁸ Por motivos del objeto de estudio del presente escrito no es posible realizar una construcción sobre la historia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas italianas. Sin embargo, si es pertinente hacer referencia a dos libros escritos en español que abordan el tema con gran profundidad: El primero, es el clásico trabajo de Jesús Leguina Villa denominado *La responsabilidad civil de la Administración pública* y el más reciente texto sobre la cuestión de Luis Medina Alcoz titulado *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*.

⁸²⁹ <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

⁸³⁰ “El tema de la responsabilidad extracontractual no se agota en la aplicación del art. 2043 C.C. Existen, de hecho, una serie de normas (art. 2047 c.c. y ss.) que prevén formas de responsabilidad objetiva o semi-objetiva aplicables en hipótesis específicas”. (Traducción propia).

“Il tema della responsabilità extracontrattuale non si esaurisce nella applicazione dell’art. 2043 C.C. Esistono, infatti, una serie di norme (art. 2047 c.c. e ss.) che prevedono forme di responsabilità oggettiva o semi-oggettiva applicabili in specifiche ipotesi”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 225.

1.1. La responsabilidad en la Constitución italiana.

Para entender el régimen de responsabilidad del Estado actual en Italia es preciso empezar por el análisis de la vigente Constitución de la República, es decir la de 1948⁸³¹; en cuanto, a los artículos que más estrechamente se refieren al tema se debe hacer alusión a tres que son el 28, el 42 y el 113.

1.1.1. El artículo 28 de la Constitución italiana.

El artículo 28 es el más relevante en cuanto al tema que concierne, por lo que debe ser el primero en comentarse, se encuentra contenido en la Constitución en la Parte primera dedicada a Los Derechos y Deberes del ciudadano, más exactamente incluido en el Título I denominado De las relaciones civiles, cuyo tenor literal señala que:

“Art. 28. Los funcionarios y dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos efectuados con violación de derechos. En tales casos la responsabilidad civil se extenderá al Estado y a los entes públicos”.⁸³² (Traducción propia).

De la lectura del texto constitucional se distinguen varias premisas, de las cuales nos interesa, sobre todo, analizar cuatro: La primera, en relación con las diversas clases de responsabilidad a las que pueden ser sometidas las Administraciones Públicas; la segunda, es perfilar a qué se refiere el poder constituyente con la utilización de la expresión violación de derechos; la tercera, aclarar, siguiendo el contenido de éste párrafo, si se está en presencia de un

⁸³¹ “La Constitución de 1948 introduce por primera vez disposiciones concernientes a la responsabilidad de la Administración y de sus agentes. Nuestro legislador no se había detenido a ocuparse ni de la responsabilidad de la Administración Pública, ni de aquella (civil) de sus funcionarios y dependientes frente a los terceros”. (Traducción propia).

“La Costituzione del 1948 pone per prima volta disposizioni concernenti la responsabilità dell’amministrazione e dei suoi agenti. Il nostro legislatore non aveva ritenuto di occuparsi né della della responsabilità della pubblica amministrazione, né di quella (civile) dei suoi funzionari e dipendenti verso i terzi”.)

CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. Undicesima Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 623.

⁸³² Costituzione Italiana. Art. 28. “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.
<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

régimen de responsabilidad directa o indirecta y finalmente, destacar que la disposición señala un nivel mínimo de garantía para los ciudadanos.

En cuanto a las clases de responsabilidad en que pueden incurrir las Administraciones públicas pueden ser de tres tipos: penales, civiles y administrativas⁸³³. Por motivo del objeto de estudio de este trabajo es necesario concentrarse sólo en la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil o patrimonial de los entes del Estado.

Otro punto, al que es pertinente referirse en éste momento está relacionado con determinar a qué se refiere el constituyente con el concepto de <<violación de derechos>>; el cual, es primordial para la doctrina italiana puesto que ellos han construido su régimen de responsabilidad sobre las nociones de derecho subjetivo e interés legítimo, tema que por su importancia se analiza más adelante detenidamente.

En adición, en estas breves notas, se debe resaltar que la responsabilidad civil o patrimonial de las Administraciones Públicas italianas es directa, con el fin de garantizar la solvencia del pago a la víctima⁸³⁴, sin detrimento de una posible acción de repetición contra el funcionario causante del daño.

Por último, se debe destacar que éste artículo señala un nivel mínimo de garantía de protección a los ciudadanos, con lo que deja abierta la posibilidad de incluir otros casos de responsabilidad que ofrezcan un mayor grado de protección.⁸³⁵

⁸³³ Para evitar ambigüedades se debe recordar que en el derecho administrativo italiano la noción de responsabilidad administrativa hace referencia a la denominada responsabilidad disciplinaria, es decir a la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios por sus comportamientos.

⁸³⁴ “El tercero injustamente dañado por el dependiente o funcionario en el ejercicio de las competencias propias de la Administración podrá dirigirse no sólo en contra del mismo dependiente o funcionario, sino también contra la Administración pública correspondiente, cuyos recursos son naturalmente mucho más amplios de los personales del agente y garantizan, por tanto, una mayor tranquilidad y la reparación del daño”. (Traducción propia).

“Il soggetto terzo danneggiato ingiustamente dal dipendente o dal funzionario nell’esercizio dei compiti propri dell’amministrazione potrà quindi rivalersi non solo sullo stesso dipendente o funzionario, ma sull’amministrazione pubblica di appartenenza, le cui risorse sono naturalmente ben più ampie di quelle personali dell’agente e garantiscono quindi meglio il ristoro e la riparazione del danno”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 472.

⁸³⁵ “Donde hay una responsabilidad de ellos (<<los dependientes>>), dispone el art. 28 Cost., ésta se extiende a la Administración. La disposición constitucional señala, por así decirlo, el nivel mínimo de garantía que nuestro

1.1.2. El artículo 42 de la Constitución italiana.

El segundo artículo que se debe abordar para continuar con el estudio sobre el tema es el 42 de la C.I. ubicado en la Parte primera referida a Los Derechos y deberes de los ciudadanos, exactamente en el Título III que se ocupa de las relaciones económicas, cuyo texto establece esto:

“Art. 42. La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a los entes públicos o a los privados.

La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos de adquisición, de goce y sus límites con el fin de asegurarle su función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada puede ser, en los casos previstos en la ley, y con previa indemnización, expropiada por motivos de interés general.

La ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia”.⁸³⁶ (Traducción propia).

Los dos primeros numerales de este artículo se ocupan del tema de la propiedad, reconociendo como posibles titulares de los bienes económicos tanto a los particulares como a las entidades públicas. Igualmente, dispone que la ley desarrollará el régimen de la propiedad y podrá, en ocasiones, limitarla con el fin de hacer realizable su función social y de hacerla accesible a todos.

ordenamiento intenta asegurar a los ciudadanos; de modo que, no se debe, en absoluto, descartar la hipótesis de que el legislador delinee diversas figuras de responsabilidad de los entes, también sin prescindir de la de los dependientes. Tales figuras son amigables de por sí, porque ofrecen un grado de mayor protección a las víctimas, a condición de no excluir la responsabilidad de la Administración en presencia de aquella del dependiente”. (Traducción propia).

“Ove sia una loro responsabilità, dispone l’art. 28 Cost., essa si estende all’amministrazione. Il disposto costituzionale segna, per così dire, il livello minimo di garanzia che il nostro ordinamento intende assicurare ai cittadini, sicché non si deve affatto scartare l’ipotesi che il legislatore delinei diverse figure di responsabilità degli enti, anche a prescindere da quella dei dipendenti. Tale figura sono ammissibili proprio perché in grado di offrire maggiori protezione alle vittime, a patto di non escludere la responsabilità dell’amministrazione in presenza di quella del dipendente”.

FRACCHIA, F. “L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione”. *En La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 285.

⁸³⁶ Costituzione Italiana. “Art. 42. La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

Remitiéndose a las ideas de Renato Alessi, formuladas hacia 1968, recuperadas por Guido Corso, en relación con el numeral tercero del artículo 42 de la C.I. se debe sostener que: “Este texto consagra el principio general de la *intangibilidad* del patrimonio, intangibilidad relativa; pero, en el sentido de que por encima de ella puede prevalecer el interés público, que, a su vez, no puede manifestarse pura y simplemente en la supresión del derecho patrimonial, sino en su conversión de este derecho a una justa reparación”.⁸³⁷ (Traducción propia).

1.1.3. El artículo 113 de la Constitución.

El último artículo que se debe analizar para conocer el desarrollo constitucional sobre la materia de la responsabilidad de las Administraciones Públicas italianas es el 113 de la Constitución, ubicado en la Parte segunda, que se encarga de la organización de la República, precisamente en el Título IV de la Magistratura que regula el tema jurisdiccional, preceptuando lo siguiente:

“Art. 113. Contra los actos de la Administración Pública está siempre admitida la tutela jurisdiccional de derechos y de intereses legítimos frente a los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa.

Tal tutela jurisdiccional no puede ser exclusiva o limitada a un medio particular de impugnación o a determinadas categorías de actos.

La ley determinará qué órganos jurisdiccionales pueden anular los actos de la Administración pública en los casos y con los efectos previstos en la ley”.⁸³⁸ (Traducción propia).

El primer inciso es relevante puesto que establece la protección jurisdiccional a los particulares en contra de las actuaciones realizadas por el Estado; de esta manera, la defensa

⁸³⁷ “Viene consacrato un principio generale di intangibilità del patrimonio, intangibilità relativa, però, nel senso che su di esso può prevalere l’interesse pubblico, che, a sua volta, non può estrinsecarsi puramente e semplicemente nella soppressione del diritto patrimoniale, ma nella sua conversione nel diritto ad una giusta indennità”

CORSO, G. “La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 194.

⁸³⁸ “Art. 113. Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

podrá ser solicitada a la jurisdicción ordinaria o ante la administrativa. Así mismo, se debe resaltar que la protección recaerá sobre los derechos subjetivos y los intereses legítimos.⁸³⁹

El segundo inciso, como lo precisa Sabino Cassese, “[...] proporciona un sistema de *tutela generalizada*, ante el juez, contra cada y cualquier acto de la Administración: La Administración, entonces, nunca será inmune al control jurisdiccional y no existirán actos administrativos contra los cuales no pueda recurrirse en juicio”.⁸⁴⁰ (Traducción propia).

El inciso final hace una remisión normativa para determinar las funciones de las dos jurisdicciones, su competencia para anular las diversas categorías de actos Administrativos y por último, señala los efectos particulares que se presenten con su anulación.

1.2. La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas en el Código Civil.

En Italia el régimen de responsabilidad extracontractual civil está contenido en los artículos 2043⁸⁴¹ y siguientes⁸⁴², del *Titolo IX: Dei Fatti illeciti* del Libro Cuarto del Código Civil, el cual se “[...] refiere a la relaciones entre sujetos no vinculados por obligaciones preexistentes al

⁸³⁹ La clasificación entre derechos subjetivos e intereses legítimos en materia de responsabilidad y jurisdicción en el derecho italiano es realmene importante y por ende, debe ser estudiada con gran detenimiento más adelante. Por el momento, se puede afirmar que el derecho subjetivo tiene una mayor protección, mientras que el interés legítimo sólo será reconocido en ciertas hipótesis.

⁸⁴⁰ “Il primo articolo prevede un sistema di tutela generalizzata, dinanzi al giudice, contro ogni e qualsiasi atto dell’amministrazione: l’amministrazione non è quindi mai immune dal sindacato giurisdizionale e non esistono atti amministrativi contro i quali non possa ricorrersi in giudizio”
CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 471.

⁸⁴¹ [Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito.](#)

Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a [risarcire il danno](#).

http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Lib4.htm

⁸⁴² “El tema de la responsabilidad extracontractual no se agota en la aplicación del art. 2043 C.C. Existen, de hecho, una serie de normas (art. 2047 c.c. y ss.) que prevén formas de responsabilidad objetiva o semi-objetiva aplicables en hipótesis específicas”. (Traducción propia).

“Il tema della responsabilità extracontrattuale non si esaurisce nella applicazione dell’art. 2043 C.C. Esistono, infatti, una serie de norme (art. 2047 c.c. e ss.) che prevedono forme di responsabilità oggettiva o semi-oggettiva applicabili in specifiche ipotesi”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 225.

establecer que <<cualquier hecho doloso o culposo, que ocasione a otro un daño injusto, obliga a quienes han cometido el hecho a reparar el daño>>”.⁸⁴³ (Traducción propia).

De este texto parte la construcción de la responsabilidad de las Administraciones Públicas al considerarlas como un sujeto capaz de causar daño a los particulares o a otras entidades públicas y por ende, serán responsables de la reparación del daño injusto.

De lo antedicho, se podría creer que las Administraciones Públicas responden en iguales condiciones que las personas naturales o jurídicas privadas por los daños injustos que causen; sin embargo, en la práctica esto no es así, puesto que como lo recuerda el profesor Giandomenico Falcon:

“Mientras que cualquier otro sujeto decide libremente cual actividad emprender y en consecuencia, cuales riesgos asumir en términos de responsabilidad civil, la Administración desarrolla una función atada a la Constitución, a las leyes y al interés público, sea cuando provee o presta los servicios públicos. Además, las Administraciones Públicas responden con recursos, que son en definitiva recursos de la comunidad.

Esto naturalmente no exonera a las Administraciones Públicas de su responsabilidad, pero implica que en el reparto de los riesgos, de donde se desprende la regulación de la responsabilidad, se tenga en cuenta la misión específica de la Administración Pública y con esta, el particular contexto de hecho y de derecho, en el cual la aplicación de las reglas comunes de responsabilidad civil deben encontrar una adecuada adaptación”.⁸⁴⁴ (Traducción propia).

⁸⁴³ “[...] riferisce a rapporti tra soggetti non vincolati da preesistenti obbligazione e stabilisce che <<qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno>>”. FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 231.

⁸⁴⁴ “Mentre ogni altro soggetto decide liberamente quali attività intraprendere, e quali rischi di conseguenza assumere in termine di responsabilità civile, le amministrazioni svolgono una missione affidata ad esse dalla Costituzione e dalle leggi nell’interesse pubblico, sia nel provvedere che nel prestare i pubblici servizi. Inoltre, le pubbliche amministrazioni rispondono con risorse, che sono in definitiva risorse della collettività.

Questo naturalmente non esonera le pubbliche amministrazioni da ogni responsabilità, ma comporta che nel riparto dei rischi, in cui, consiste ogni regolazione della responsabilità, si tenga conto della specifica missione delle pubbliche amministrazioni, e con ciò dei particolari contesti di fatto e di diritto, nei quali l’applicazione delle comuni regole della responsabilità civile deve trovare taluni necessari adattamenti”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 232.

2. LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA GENERAR LA RESPONSABILIDAD.

Introducción.

Los tres elementos típicos que la generan son: el daño, la imputación y la relación de causalidad entre los dos anteriores. En relación con el daño injusto se debe resaltar que la responsabilidad recae tanto sobre derechos subjetivos como intereses legítimos⁸⁴⁵; la imputación, se trabajará en dos espacios diferentes uno más general estudiará la relación con el servicio y el segundo la culpa, que se medirá como un estándar objetivo, sin que se elimine totalmente su validez en el juicio de mérito como elemento psicológico⁸⁴⁶ y como elemento final, la relación de causalidad existente entre los dos elementos anteriores⁸⁴⁷, a la que se hará referencia en la cuarta parte de este trabajo.

⁸⁴⁵ “[...] el carácter injusto del daño ha estado progresivamente ligado en la jurisprudencia civil a la lesión de cualquier interés específicamente protegido por una norma, y no solamente a la violación de situaciones calificadas como derecho subjetivo”. (Traducción propia).

[...] Dall'altra, il carattere ingiusto del danno è stato progressivamente collegato dalla giurisprudenza civile alla lesione di qualunque interesse specificamente protetto da una norma, e non soltanto alla violazione di situazioni qualificate come diritto soggettivo”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 241.

⁸⁴⁶ “Aunque el juicio sobre el mérito de los intereses cuya colisión da origen al daño sea lógicamente distinto del juicio que versa sobre la culpa del agente, éste último juicio puede reintroducir, bajo otra forma, el criterio de mérito. Así acontece cuando se trata de establecer el nivel de las precauciones que son exigibles, por parte de quien, con la propia actividad, pone en riesgo los intereses de otros: El umbral por debajo de cual se reconoce la culpa no es insensible a las valoraciones que corresponden a los intereses en juego”. (Traducción propia).

“Benchè il giudizio sulla meritevolezza degli interessi cui collisione dà origine al danno sia logicamente distinto dal giudizio che verte sulla colpa dell'agente, quest'ultimo giudizio può reintrodurre, sotto altre veste, il criterio della meritevolezza. Ciò accade quando si tratta di stabilire il livello delle precauzioni che è esigibile da parte di chi, con la propria attività, mette a rischio gli interessi altrui: la soglia al disotto della quale si ravvisa la colpa non è insensibile a valutazioni che riguardano gli interessi in gioco”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 88.

⁸⁴⁷ “En particular, en el ámbito del Derecho administrativo, el nexo de causalidad se debe necesariamente adaptar a la estructura del ilícito de la Administración Pública, y en específico a la necesidad de ligar el comportamiento lesivo realizado por el dependiente con la actividad de la entidad”. (Traducción propia).

“In particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, il nesso di causalità si deve necessariamente adattare alla struttura dell'illecito della pubblica amministrazione, ed in specie alla necessità di ricollegare il comportamento lesivo posto in essere dal dipendente all'attività dell'ente”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 580.

Para generar la responsabilidad de las Administraciones Públicas, en el ordenamiento jurídico italiano, es necesaria la concurrencia de varios requisitos los cuales, por causas metodológicas, son agrupados y denominados en diversas formas por la doctrina.

Así, por ejemplo, Sabino Cassese los clasifica como: a) Una conducta culpable, b) Un evento dañoso, c) La injusticia del daño provocado y d) La imposibilidad de anular el daño⁸⁴⁸; Elio Casseta por su parte los agrupa en: “a) La conducta (comportamiento activo u omiso imputable al agente); b) un daño, o sea un perjuicio económico o en todo caso evaluable en términos económicos; c) la dolosidad o culpabilidad de la conducta; d) el nexo de causalidad entre la conducta y el daño”⁸⁴⁹ y Alessio Liberati los cataloga así: “Más en detalle, con referencia a la responsabilidad de la Administración, es necesario constatar la existencia del elemento subjetivo culposo y la existencia de un daño resarcible, además del necesario nexo de causalidad entre el ilícito y el daño”.⁸⁵⁰ (Traducción propia).

Con el fin de dotar de una mayor simplicidad explicativa, en éste texto se recocerán la presencia de cuatro elementos indispensables para que se genere la responsabilidad del Estado que son: 1. La ocurrencia de un hecho dañoso injusto; 2. La imputación a un ente administrativo; 3. la presencia de la culpa⁸⁵¹ y 4. La relación de causalidad que medie entre los anteriores elementos.

⁸⁴⁸ “a) Una condotta colpevole, b) Un evento dannoso, c) l’ingiustizia del danno provocato y d) L’impossibilità di cancellare il danno”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 474.

⁸⁴⁹ “La condotta (comportamento attivo od omissivo imputabile all’agente); un danno, ossia un pregiudizio economico o comunque valutabile in termini economici; la dolosità o colposità della condotta; il nesso di causalità tra la condotta e il danno”.

CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009. p. 401.

⁸⁵⁰ “Più nel dettaglio, con riferimento alla responsabilità dell’amministrazione, è necessario accertare l’esistenza dell’elemento soggettivo colposo e l’esistenza di un danno risarcibile, oltre al necessario nesso di casualità tra l’illecito e il danno”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 510.

⁸⁵¹ La presencia de la culpa en el ordenamiento italiano será un elemento atado a la imputación, pero por la radical importancia del tema, será estudiado en un aparte diferente al de la propia imputación.

2.1. El hecho dañoso injusto.

Como se ha advertido, es natural que el Estado, por su actividad o inactividad, en el cumplimiento de sus funciones transforme su entorno y en consecuencia que produzca una serie de efectos que en ocasiones afectan los derechos de los particulares. De lo antedicho se colige que se pueden distinguir dos tipos de daños; por una parte, aquellos que deben ser soportados por los particulares y por otra, los que los privados no están obligados a asumir.

En lo concerniente a las lesiones que deben ser soportadas por los particulares, no deben ser reconocidos por el Estado; puesto que, en estos casos se considera que el daño no es injusto. Por ejemplo, cuando el afectado previamente haya asumido el costo del perjuicio, sea una carga mínima que deba soportar, sea proveniente de una fuerza mayor o en los casos en que el peso del daño esté dividido entre un grupo suficientemente amplio (no por su número, sino por sus integrantes).

En cuanto a los casos en que los particulares sufren perjuicios debidos al comportamiento de las Administraciones públicas; pero que no deben soportar, estos daños serán considerados como injustos. Entre ellos se destacan, cuando el Estado ha cometido un error, cuando el costo de la actuación no debe recaer sólo sobre una persona sino que debe ser recibido por varios sujetos, cuando ha actuado ilegalmente, cuando ha generado un riesgo injustificado, etcétera.

De esta forma, como agudamente lo ha observado el profesor Giandomenico Falcon: “El problema consiste en decidir cuándo, en relación con las tareas de la Administración Pública y a su comportamiento en el caso concreto, el daño ocasionado por alguno deba considerarse <<injusto>>”.⁸⁵² (Traducción propia).

Partiendo de lo apenas afirmando, se debe empezar por tratar de precisar que es considerado por el ordenamiento jurídico italiano y sus intérpretes, como un daño injusto. En este

⁸⁵² “Il problema consiste invece nel decidere quando, in relazione agli specifici compiti delle pubbliche amministrazioni ed al comportamento di queste nel caso concreto, il danno súbito da taluno debba considerarse <<ingiusto>>”. FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. pp. 236-237.

orden de ideas, se debe entender siguiendo a Guido Corso y Guarino Fares que el: “Daño injusto es el daño ocurrido *non iure*, sin una causa de justificación: prescindiendo de la naturaleza de la situación subjetiva (derecho real, derecho de crédito, expectativa, interés legítimo) en la que se está”.⁸⁵³ (Traducción propia).

De esto se deriva, que en la actualidad, en el ordenamiento jurídico italiano la protección inicialmente restringida a los derechos subjetivos, se ha ampliado cubriendo los supuestos en que se presentan violaciones a los intereses legítimos.⁸⁵⁴

La protección a los intereses legítimos era una cuestión que debía reconocerse; puesto que, como lo sostiene Elio Casseta: “Tales intereses viven en el plano del ordenamiento general, independientemente de la acción administrativa y son protegidos por diversas normas de aquellas que disciplinan la actividad administrativa: como tales ellos son resarcibles en el sentido del art. 2043 c.c.”.⁸⁵⁵ (Traducción propia).

En consecuencia, como lo describe Francesca Trimarchi, el juicio de mérito en los casos en que no se trate de tutela a los derechos subjetivos sino de simples intereses legítimos, será un análisis sobre la injusticia de la lesión, teniendo en cuenta la contraposición de los intereses de las partes.⁸⁵⁶

⁸⁵³ “Danno ingusto è il danno arrecatonon iure, senza una causa di giustificazione: a prescindere dalla natura sulla situazione soggetiva (diritto reale, diritto di credito, aspettativa, interesse legittimo) che viene incisa”. CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 5.

“En los últimos años, a propósito, se ha pasdo de una concepción más restrictiva de injusticia del daño a un idea siempre más comprensiva de lesión injusta, que ha permitido la ampliación de las hipótesis consideradas meritorias de protección, y, en definitiva, ha abierto también la vía al resarcimiento de los daños a los intereses legítimos”. (Traducción propia).

⁸⁵⁴ “Negli ultimi anni, in proposito, si è passati da una concezione più ristretta di ingiustizia del danno ad una idea sempre più lata di lesione ingiusta, che ha permesso l’ampliamento delle ipotesi ritenute meritevoli di ristoro, e, in definitiva, ha aperto anche la via al risarcimento del danno da interesse legittimo”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 224.

⁸⁵⁵ “Tali interessi vivono sul piano dell’ordinamento generale, indipendentemente dall’azione amministrativa e sono protetti da norme diverse da quelle che disciplinano l’attività amministrativa: come tali, essi sono risarcibili a sensi dell’art. 2043 c.c.”.

CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009. p. 406.

⁸⁵⁶“El juicio de mérito asume particular relieve cuando el interés no está protegido en la forma de derecho subjetivo: en casos generales, cuando falta al deber de comportamiento extraíble del contenido del derecho, el juicio sobre la injusticia requiere la puesta en confrontación del interés de la víctima con el contrapuesto interés del autor del daño: es

2.2. La imputación.

La imputación es la atribución de una lesión antijurídica al Estado, por la actuación u omisión realizada por alguna de sus entidades o agentes. Por ende, el problema se centrará en la determinación de las personas físicas que puedan comprometer la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas italianas.

Para hacerlo, se debe probar la conexión existente entre el autor del hecho y la institución estatal, la cual se ha denominado doctrinariamente como ocasionalidad necesaria⁸⁵⁷ o relación de servicio.⁸⁵⁸ Esta muy comprensiva definición permitirá extender la responsabilidad a los diversos funcionarios del Estado, incluyendo sus diversas categorías y sus diversos niveles de vinculación. Por ejemplo, se puede llevar hasta los empleados honorarios.⁸⁵⁹

injusto el daño que en una determinada conducta ha inflinjado a un determinado interés, considerándolo comparativamente". (Traducción propia).

"Il giudizio di meritevolezza assume particolare rilievo quando l'interesse non è protetto nella forma del diritto soggettivo: in casi del genere, in mancanza di doveri di comportamento ricavabili dal contenuto del diritto, il giudizio sull'ingustizia richiede la messa a confronto dell'interesse della vittima con il contrapposto interesse dell'autore del danno: è ingiusto il danno che una determinata condotta ha inflitto ad un determinato interesse, considerati comparativamente".

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*. Questioni attuali. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 62.

⁸⁵⁷ "Para expresar la correlación necesaria a los fines de la imputabilidad del comportamiento de las Administraciones Públicas se habla en la jurisprudencia de relación de ocasionalidad necesaria con el servicio prestado por la Administración: si ésta concordancia existe, el comportamiento será imputable a la Administración". (Traducción propia).

"Per esprimere la correlazione necessaria ai fini della imputabilità del comportamento alla pubblica amministrazione si parla in giurisprudenza di rapporto di occasionalità necessaria con il servizio prestato dall'amministrazione: se questo collegamento esiste, il comportamento sarà imputabile all'amministrazione".

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 238.

⁸⁵⁸ "El ámbito de aplicación de la disciplina es mucho más amplio, porque no es necesario que el dependiente esté ligado al aparato administrativo por un relación de empleo público, sino que es suficiente que exista una relación de servicio entre la Administración y el agente". (Traducción propia).

"L'ambito di applicazione della disciplina è molto ampio, perchè non è necessario che il dipendente sia legato all'apparato amministrativo da un rapporto di pubblico impiego, ma è sufficiente che sussista un rapporto di servizio fra amministrazione e agente".

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 472.

⁸⁵⁹ "La responsabilidad por el ejercicio de atribuciones y funciones públicas puede, pues, hacerse valer sea en contra de los funcionarios profesionales o en contra de los funcionarios honorarios".

La responsabilità per l'esercizio di attribuzioni o funzioni pubbliche può dunque farsi valere sia nei confronti dei funzionari professionali, sia nei confronti dei funzionari onorari".

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 472.

Otro punto de bastante importancia es el que define la utilización de la tesis de la culpa del aparato, es decir que el comportamiento se debe valorar en consideración a la Administración como un todo, más que a la actuación del agente en particular o como lo precisa Alessi Liberati: “Se ha dicho que el comportamiento culposo de la Administración debe ser valorado, no con referencia al comportamiento en concreto tenido por el agente, sino con referencia a la Administración totalmente considerada”.⁸⁶⁰

Estas fórmulas tan aparentemente sencillas en la práctica revisten una dificultad inusual, por lo que cada ordenamiento jurídico la interpreta en una forma concreta y la matiza según sus avances jurisprudenciales. Por tanto, es conveniente presentar algunas directrices que se utilizan para determinar la presencia del criterio de la imputación en el Derecho administrativo italiano, las cuales serán presentadas a continuación:

1. Ejercicio de las funciones inherentes al cargo desempeñado: Como lo precisa Elio Casseta: “Sin embargo, la existencia de la relación con el servicio, o, para los privatistas, de preposición, no es suficiente para determinar la responsabilidad del ente público: Es necesario, de hecho que el ilícito se haya cometido en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo desempeñado”.⁸⁶¹ (Traducción propia).
2. Comisión de delito: Siguiendo a Guido Corso: “Si el agente ha cometido el ilícito con culpa leve, no responde, pero responde la Administración; si el agente ha actuado con dolo, o ha cometido un delito, responde el agente pero no la Administración (porque se habría roto la relación orgánica)”.⁸⁶² Es decir, como lo precisa Maurizio Mirabella se romperá la

⁸⁶⁰ “Si è detto che il comportamento colposo dell’amministrazione deve essere valutato non con riferimento al comportamento in concreto tenuto dall’agente, ma con riferimento all’amministrazione complessivamente considerata”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 555.

⁸⁶¹ “Tuttavia, l’essenza del rapporto di servizio, o, per i privatisti, di preposizione, non è sufficiente a determinare la responsabilità dell’ente pubblico: occorre infatti che l’illecito sia stato commesso nell’esercizio delle incombenze inerenti al posto ricoperto”.

CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. Undicesima Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 625.

⁸⁶² “Se l’agente ha commesso l’illecito con colpa lieve, non ne risponde, ma ne risponde l’amministrazione; se l’agente ha agito con dolo, o ha addirittura commesso un reato, ne risponde l’agente ma non l’amministrazione (poichè si sarebbe spezzato il rapporto organico”.

relación con el servicio solamente cuando el agente “[...] actúe como simple privado, con un fin estrictamente personal y egoísta y su comportamiento, no importa si es culposo o doloso, no esté dirigido a la consecución de los fines institucionales”.⁸⁶³ (Traducciones propias).

3. Las sociedades de cuotas en que hace parte el Estado: En las sociedades en las que participa el Estado se ha adoptado legislativamente el criterio de la participación en lugar del control efectivo; es decir, se regirán por leyes de Derecho privado y conocerá la jurisdicción ordinaria de los casos en que la participación pública sea inferior al 50% de las acciones.⁸⁶⁴

2.3. El elemento subjetivo de la culpa.

La culpa es un elemento indispensable para atribuir la responsabilidad en los denominados sistemas subjetivos como el italiano; por esto, en los modelos culpabilísticos se establece claramente la necesidad de que se cumplan los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para que se genere la responsabilidad de las Administraciones Públicas.

La presencia de la culpa por parte del Estado o de sus agentes en cualquiera de sus diversos órdenes, niveles o expresiones será el elemento subjetivo necesario para que, en caso de

CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 9.

⁸⁶³ “In pratica il riferimento della condotta del dipendente alla pubblica amministrazione viene meno solo quando egli agisca come semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, ed il suo comportamento, non importa se colposo o doloso, non sia diretto al conseguimento di fini istituzionali”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 736.

⁸⁶⁴ “El art. 16 bis, d. L. 248/2007, conv. en la L. 31/2008, eligiendo el criterio de la participación en lugar de aquel del control efectivo; ha previsto que para las sociedades por acciones de cuotas en mercados reglamentados, con participación, indirecta del Estado o de las otras entes públicos, inferiores al 50%, no para las que controla, la responsabilidad de sus administradores y de sus dependientes estarán reguladas por las normas de derecho civil y las controversias relativas son atribuidas exclusivamente a la jurisdicción del juez ordinario”. (Traducción propia).

“L'art.16 bis, d.L 248/2007, conv. nella L. 31/2008, richiamando il criticabile criterio della partecipazione in luogo di quello dell'effettivo controllo, ha peraltro previsto che per le società per azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti é regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”.

CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009. p. 412.

que se cumplan los elementos objetivos, se origine la responsabilidad y por ende, la obligación de indemnizar.

El elemento subjetivo se concreta en la presencia de culpa o de dolo⁸⁶⁵; los cuales, según el profesor Falcon, se pueden definir así: “[...] el dolo (es decir en la voluntariedad en la comisión del hecho determinado como ilícito) o la culpa (o sea en la actuación con *negligencia, imprudencia o impericia* o bien sea por la *inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenes o disciplina*, según la definición contenida en el artículo 43, del código penal)”⁸⁶⁶ (Traducción propia).

La presencia de la culpa en materia de responsabilidad de la Administración presenta una serie de condiciones particulares, puesto que al ser un ente abstracto su intención se manifestará siempre por medio de agentes, lo que hace que en ocasiones no sea posible determinarla y en algunos casos, ni siquiera es posible identificar el causante.

De esta manera, se ha observado la necesidad de dejar de lado la idea de culpa como elemento psicológico para poder fijar un criterio de culpa sobre el hecho mismo o la actuación realizada por el ente público⁸⁶⁷, con la finalidad de lograr la protección jurídica del dañado.

Este fenómeno tendiente a lograr una visión de la culpa aplicable a la responsabilidad de las Administraciones Públicas con el fin de coadyuvar en la solución de casos reales, cuando sea

⁸⁶⁵ “La hipótesis más grave referida a la subjetividad de un comportamiento de la Administración está representada ciertamente en el dolo”. (Traducción propia).

“L’ipotesi più grave di riferibilità soggettiva di un comportamento all’amministrazione è rappresentata certamente dal dolo”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 535.

⁸⁶⁶ “[...] nel dolo, (cioè nella volontaria commissione del fatto conosciuto come illecito) o nella colpa (cioè nella commissione con negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, secondo la dizione contenuta nell’art. 43 del Codice penale)”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 244.

⁸⁶⁷ “Al respecto se considera que, aunque la culpa se puede entender como coeficiente psicológico efectivo; otra es su esencia, otra es su disciplina y su relieve jurídico: la culpa objetiva bien corresponde, en una lógica también de simplificación, a la prospectiva según la cual importa la relevancia externa del comportamiento”. (Traducción propia).

“Al riguardo si consideri che, pur se la colpa può essere intesa come coeficiente psicologico effettivo, altro è la sua essenza, altro la sua disciplina e il suo rilievo giuridico: la colpa oggettiva ben corrisponde, in una logica anche di semplificazione, alla prospettiva secondo cui importa la rilevanza esterna del comportamento”.

FRACCHIA, F. “L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 273.

difícil seguir tan sólo el criterio psicológico, busca que la presencia de la culpa se pueda establecer por medio de un criterio objetivo por lo que se ha llamado <<objetivación de la culpa>>.

La culpa, en ésta nueva aproximación, como lo precisa F. Fracchia, “[...] viene depurada de sus implicaciones morales y de las consideraciones del estado de ánimo del agente. La culpa, en cambio, será considerada como una violación de un parámetro general de negligencia, a su vez objetivable”.⁸⁶⁸ (Traducción propia).

Los parámetros objetivos o estándares de actuación son las expectativas de comportamiento que se espera que tenga la Administración y en este sentido, siguiendo a Sabino Casseese “[...] la culpa de la Administración se entiende subsistente cuando se han violado las reglas y principios propios de la acción administrativa, como, por ejemplo, la imparcialidad, el buen funcionamiento, la razonabilidad, la proporcionalidad y la adecuación”.⁸⁶⁹ (Traducción propia). De lo anterior se deduce que, en el ordenamiento jurídico italiano en la actualidad, existen una gran variedad de estándares o parámetros que sirven de baremos para detectar la presencia de la culpa.⁸⁷⁰

Respecto a la culpa en su sentido clásico o de carácter personalista que se mide haciendo un análisis o juicio psicológico sobre la actuación del agente, a pesar de la objetivación del elemento subjetivo, ésta no se debe eliminar totalmente, sino que mantiene su importancia como

⁸⁶⁸ “Essa viene depurata dalle sue implicazioni morali e dalla considerazione dello stato d’animo del agente. La colpa, viceversa, è considerata come violazione di un parametro generale di negligenza, a sua volta oggettivabile”.
FRACCHIA, F. “L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 217.

⁸⁶⁹ In ogni caso la colpa dell’amministrazione si ritiene sussistente quando siano state violate le regole e principi propri dell’azione amministrativa, come, ad esempio, l’imparzialità, il buon andamento, la ragionevolezza, la proporzionalità, l’adeguatezza”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 475.

⁸⁷⁰ “En cada caso el análisis, una vez ligado a la perspectiva de la objetivación de la culpa, abre más a la reflexión en general sobre la pluralidad del estándar de prudencia evidenciable en nuestro ordenamiento”. (Traducción propia).

“In ogni caso l’analisi, legata ancora una volta alla prospettiva dell’oggettivazione della colpa, apre più in generale alla riflessione sulla pluralità degli standard di prudenza evidenziabili nel nostro ordinamento”.

FRACCHIA, F. “L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 228.

criterio auxiliar u orientativo para entender las circunstancias en que el funcionario se encontraba al realizar una acción u omisión determinada.⁸⁷¹

Referente a la cuestión probatoria la regla general en la responsabilidad civil es que el accionante tiene la carga de la prueba; sin embargo, en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, con el fin de ayudar al lesionado, se ha creado una presunción de culpa en contra de la actuación del ente estatal.⁸⁷²

La jurisprudencia es la encargada de la valoración de la presunción de culpa que pesa sobre la actuación administrativa en cada caso concreto, para lo cual es importante determinar la naturaleza vinculante o discrecional de la actividad ejecutada y de este modo, como lo recuerdan Roberto Chieppa y Roberto Giovagnoli, “[...] en ausencia de discrecionalidad o en presencia de márgenes reducidos, la presunción simple de culpabilidad será más fácilmente configurable, mientras que en presencia de amplios poderes discrecionales y en ausencia de especiales elementos presuntivos, será necesario un esfuerzo probatorio posterior, que recaerá sobre el dañado [...]”.⁸⁷³ (Traducción propia).

⁸⁷¹ “Aunque el ordenamiento actual atenúa el carácter personalista del juicio, asumiendo como parámetro de verificación de la subsistencia de la culpa la conducta considerada exigible según estándares socialmente aceptados (concepción <<objetiva>> de la culpa), esto no excluye el componente sancionatorio del juicio, que puede reentrar bajo la forma de justificaciones admitidas según criterios personalizantes o de todas maneras, correlativas a las circunstancias en las cuales el agente se encontraba al actuar”. (Traducción propia).

“Anche se l’orientamento attuale attenua il carattere personalizzato del giudizio, assumendo come parametro per verificare la sussistenza della colpa la condotta considerata esigibile secondo standards socialmente accettati (concezione <<oggettiva>> della colpa>>), questo non esclude la componente sanzionatoria del giudizio, che può rientrare sotto forma di scusanti ammesse secondo criteri personalizzanti o comunque correlati alle circostanze nelle quali l’agente si è trovato ad operare”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 90.

⁸⁷² “Según las reglas de la responsabilidad extracontractual la culpa de la Administración debe ser probada por el lesionado, pero la Jurisprudencia considera que la mencionada ilegitimidad comporta una clase de presunción de culpa, y procede, pues, sin ninguna formalidad particular o carga probatoria tendiente a valorar si por cualquier razón tal ilegitimidad pueda resultar inculpable”.

“Secondo le regole della responsabilità extracontrattuale la colpa dell’amministrazione dovrebbe essere provata dal danneggiato, ma la giurisprudenza considera che la riscontrata illegittimità comprova una sorta di presunzione di colpa, a procede poi senza particolare formalità od oneri probatori a valutare se per qualche ragione tale illegittimità possa risultare incolpevole”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 244.

⁸⁷³ “[...] In assenza di discrezionalità o in presenza di margini ridotto essa, le presunzioni semplici di colpevolezza saranno più facilmente configurabili, mentre in presenza di ampi poteri discrezionali ed in assenza di speciali elementi presuntivi, sarà necessario un sforzo probatorio ulteriore, gravante sul danneggiato [...]”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 592.

Esta presunción de culpa tiene la naturaleza de ser relativa; es decir, que a diferencia de las presunciones absolutas, se puede desvirtuar por medio de la demostración de una prueba en contrario. En el caso concreto que nos ocupa servirá para destruirla, por ejemplo, la existencia de un error excusable⁸⁷⁴, el cual “[...] es, en sustancia, excusable cuando la P.A. de frente a una decisión interpretativa ha optado por una solución que solo *ex post* se reconoce como claramente errada, mientras al momento de la decisión se estaba ante una situación objetiva de incerteza acerca del camino a seguir”.⁸⁷⁵ (Traducción propia).

2.4. Relación de causalidad.

El último de los elementos para que se esté en frente de un caso de responsabilidad de las Administraciones Públicas es que exista una relación causal entre la producción del daño y la imputación (de tipo culpabilística) con la entidad estatal. Este vínculo ha sido caracterizado por la doctrina como una relación de causa efecto, necesario para generar la responsabilidad de la Administración.⁸⁷⁶

En algunos casos el establecimiento de la relación causal será un proceso bastante sencillo que no requerirá una indagación profunda, sino sencillamente una constatación simple de los hechos ocurridos. En otras hipótesis, sin embargo, “[I]a indagación sobre el nexo de causalidad es

⁸⁷⁴ “Precisando que la culpa está referida al aparato y no al dependiente, el juez administrativo recuerda, antetodo, el orientamiento que se construye sobre la ilegitimidad como índice presuntivo de la culpa, que puede ser superado con la prueba del error excusable previsto por la Administración”. (Traducción propia).

“Precisando che la colpa va riferita all’apparato e non già al dipendente, il giudice amministrativo ricorda, innanzitutto, l’orientamento che fa leva sull’illegittimità quale indice presuntivo della colpa, che può essere superato dalla prova dell’errore scusabile fornita dall’amministrazione”.

FRACCHIA, F. “L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 250.

⁸⁷⁵ “L’errore é, in sostanza, scusabile quando la P.A. di fronte a una scelta interpretativa ha optato per una soluzione che solo *ex post* si è rilevata chiaramente errata, mentre al momento della decisione vi era una una obiettiva situazione di certezza sulla strada da seguire”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 592.

⁸⁷⁶ “Entre los elementos necesarios, para la configuración de la responsabilidad de la Administración, está, también, la demostración de la relación de causa-efecto”. (Traducción propia).

“Tra gli elementi necessari, per la configurabilità della responsabilità dell’amministrazione, vi è anche la dimostrazione del rapporto di causa-effecto”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 579.

un pasaje importante en el juicio de responsabilidad cuando la conducta no es inmediatamente productiva del evento y es apropiado indagar sobre las eventuales contribuciones causales de otros hechos”.⁸⁷⁷ (Traducción propia).

Para la determinación del cumplimiento del nexo causal se han desarrollado principalmente cuatro tesis en materia civil; las cuales, posteriormente se han venido adoptado por la jurisprudencia en el Derecho administrativo italiano que son: 1. La condición necesaria⁸⁷⁸; 2. La condición sin la cual⁸⁷⁹; 3. La causalidad adecuada⁸⁸⁰ y 4. La del riesgo específico⁸⁸¹.

Concretamente, en el caso de las Administraciones Públicas italianas, siguiendo a Elio Casseta, es oportuno decir que: “En vía general es de retener que la Corte hará referencia prevalentemente al principio de la causalidad adecuada; evaluando, por esto, *ex ante* sí la causa ha sido la idónea para producir el efecto, pero sin tener en cuenta los eventuales efectos extraordinarios o atípicos de la conducta observada”.⁸⁸² (Traducción propia).

⁸⁷⁷ “L’indagine sul nesso di causalità è un passaggio importante nel giudizio di responsabilità quando la condotta non è immediatamente produttiva dell’evento, ed occorre indagare sull’eventuale contributo causale di altri fatti”. TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 62.

⁸⁷⁸ “Las causas serían aquellas, dentro de los antecedentes lógicos, sin las cuales el efecto no habría ocurrido, sin importar la cercanía o lejanía con el evento”. (Traducción propia).

“La causa sarebbe cioè da rinvenire in tutti quegli antecedenti logici senza i quali l’effetto non si sarebbe verificato, a prescindere dalla vicinanza o lontananza con l’evento.”

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 584.

⁸⁷⁹ “Constituitae conditio sine qua non, in quanto sin ella el evento non se hubiera verificado”. (Traducción propia).

“Ne costituisce conditio sine qua non, in quanto senza di essa l’evento non si sarebbe verificato”.

DELPINO, Luigi e DEL JUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Serie Manuali. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2008. p. 570.

⁸⁸⁰ “El evento, al momento de la ocurrencia de la conducta, era previsible como consecuencia probable (ed. Causalidad adecuada)”. (Traducción propia).

“L’evento, al momento della condotta, era prevedibile come verosimile conseguenza di essa (ed. causalità adeguata)”.

DELPINO, Luigi e DEL JUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Serie Manuali. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2008. p. 570.

⁸⁸¹ “Una última orientación, en fin, ha propuesto la tesis del riesgo específico. El daño sería la realización de un riesgo creado por hecho específicamente considerado”. (Traducción propia).

“Un ultimo orientamento, infine, ha proposto la tesi del rischio specifico. Il danno sarebbe la realizzazione di un rischio creato dal fatto specificamente considerato”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 585.

⁸⁸² “In via generale è da ritenere che la Corte dei conti faccia prevalente riferimento al principio della causalità, adeguata, valutando perciò *ex ante* se la causa è stata idonea a produrre l’effetto, ma senza tenere conto degli eventuali effetti straordinari o atipici della condotta tenuta”.

CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009. p. 414.

2.4.1. Casos en que se produce el debilitamiento o rompimiento del nexo causal:

Al hablar del nexo causal es necesario ocuparse además, de los casos en que se produce el rompimiento de dicho vínculo, situaciones que se traducen en la práctica en que la Administración no responderá o lo hará en menor medida dependiendo del caso específico.

El elemento de la causalidad no se entenderá existente cuando se presenta un factor que evita o interrumpe la relación causal entre el daño y la imputación, casos que se han denominado doctrinariamente como rompimiento del nexo causal. Estas circunstancias se pueden deber a diversas causas; por ejemplo, la presencia de una fuerza mayor, la intervención de un tercero, la intervención del perjudicado o la culpa exclusiva de la víctima.

2.4.1.1. La fuerza mayor y el caso fortuito: Los primeros supuestos que se debe estudiar son los de la fuerza mayor y el caso fortuito los cuales se encuentran contenidos en el artículo 1218 del Código Civil italiano en los siguientes términos:

“Art. 1218. El deudor que no sigue exactamente la prestación debida está obligado a la reparación del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo se ha producido por la imposibilidad de la prestación derivada de una causa que no le es imputable”.⁸⁸³

El principal efecto de lo establecido en este artículo es que en los casos de fuerza mayor o caso fortuito se presentará el rompimiento total del nexo causal y de esto se deriva, que las Administraciones Públicas italianas no tendrán que responder patrimonialmente por la falta de la relación causa-efecto antes descrita.

2.4.1.2. La presencia de un tercero: En ocasiones puede producir el rompimiento de la relación de causalidad una persona ajena a la Administración, quien puede realizar una acción o una omisión que tenga implicaciones posteriores en el resultado.

⁸⁸³ “Art. 1218. “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Lib4.htm

Esta hipótesis, aplicable al Estado y a sus entidades, está contenida en el artículo 1227 del Código Civil italiano con la siguiente redacción:

“Art. 1227. Concurso del hecho culposo del acreedor.
Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuye según la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que le derivan”.⁸⁸⁴

Partiendo de lo antedicho, se deben hacer algunas aclaraciones que se aplican concretamente para la Administración Pública: La primera, es que si la intrusión del tercero es tal que rompe el vínculo la Administración no será responsable y el particular que causa el daño deberá asumir la totalidad de la reparación; la segunda, es que si la intromisión tan sólo debilita la relación causal serán responsables los dos sujetos (privado y público) según el porcentaje de la influencia de su participación y la tercera, es que si el tercero que interviene es un funcionario del Estado sólo se verá roto el nexo de causalidad si se está en frente de un fin netamente egoísta o propio en la comisión del hecho por parte del agente.⁸⁸⁵

2.4.1.3. El concurso del perjudicado y la culpa exclusiva de la víctima: En algunas situaciones el comportamiento de la persona que ha sufrido el perjuicio contribuye a que se materialice el daño o hace que se produzca por su negligencia, situaciones que han sido contempladas en materia de responsabilidad de los privados en Código Civil italiano, como se transcribe a continuación:

“Art. 1227 Concurso del hecho culposo del acreedor.
El resarcimiento no será debido por los daños que el acreedor hubiese podido evitar usando la diligencia ordinaria”.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ “Art. 1227 Concurso del fatto colposo del creditore.

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”.

http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_dictum/codciv/Lib4.htm

⁸⁸⁵ “Para interrumpir el nexo de causalidad valdrá solamente la exclusiva presencia de un fin egoísta del funcionario (dependiente)”.

“Ad interrompere il nesso causalità varrebbe solamente l'esclusiva presenza di un fine egoistico del dipendente”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 588.

⁸⁸⁶ “Art. 1227 Concurso del fatto colposo del creditore.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti)”.

La lectura del anterior artículo nos permite realizar algunas posibles hipótesis que puedan suceder en la práctica: El primero, es cuando se presenta el rompimiento del vínculo causal del daño; puesto que, el particular hubiese podido evitar el perjuicio si hubiera actuado de manera adecuada, así perderá el derecho al resarcimiento⁸⁸⁷; la segunda, situación se presenta cuando la víctima coadyuvó con su comportamiento a la producción del evento⁸⁸⁸, caso en el que se debe proceder a una disminución proporcional de la indemnización y la tercera, señala que, una vez se ha producido el hecho, el damnificado no evita las consecuencias perjudiciales sucesivas, al igual que en la hipótesis anterior se procede a reducir la prestación.⁸⁸⁹

3. LAS PRINCIPALES CLASES DE RESPONSABILIDAD EN ITALIA.

Introducción.

http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Lib4.htm

⁸⁸⁷ “Es, entonces, posible hipotizar la interrupción del nexo causal por efecto del comportamiento sobrevenido del dañado mismo. En tal modo, quedará sin relevancia el precedente comportamiento del autor del ilícito”.

“È, comunque, possibile ipotizzare l'interruzione del nesso causale per effetto del comportamento sopravvenuto dello stesso danneggiato. In tal modo, viene privato di rilevanza il precedente comportamento dell'autore dell'illecito”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 593.

⁸⁸⁸ “En un caso (c.d. <<causalidad de hecho>>) la víctima concurre a la producción del evento antes de su ocurrencia”. (Traducción propia).

“In un caso (c.d. <<causalità di fatto>>) la vittima concorre alla produzione dell'evento prima della sua causazione”.

FRACCHIA, F. “L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 229.

⁸⁸⁹ “Se considera, en particular, que el privado sufrirá la reducción de la indemnización en cuanto a que su comportamiento resulta causalmente ligado a la emanación del acto del cual se hubiese beneficiado”. (Traducción propia).

“Si consideri, in particolare, che il privato subisce la riduzione dell'indemmnizo in quanto il suo comportamento risulta causalmente collegato all'emanazione dell'atto da cui aveva tratto giovamento”.

FRACCHIA, F. “L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 270.

Con el fin de poder hacer más fácil la comprensión del modelo italiano resulta conveniente presentar como la doctrina ha distinguido marcadamente diversas clases de responsabilidad del Estado, agrupándolas en los siguientes cinco órdenes: 3.1. La responsabilidad extracontractual por el mero comportamiento; 3.2. Responsabilidad por acto lícito; 3.3. Responsabilidad proveniente del servicio público 3.4. Responsabilidad por violación del derecho comunitario y 3.5. Responsabilidad procedimental.⁸⁹⁰

3.1. La responsabilidad extracontractual por el mero comportamiento.

Es la forma más tradicional en que se expresa la responsabilidad de la Administración; la cual, al cumplir con sus funciones puede causar daños a los particulares bien sea por su actividad o inactividad y que por ende, debe indemnizar por las lesiones que produzca.⁸⁹¹

La responsabilidad de las Administraciones Públicas italianas en la actualidad por sus actuaciones materiales, a diferencia de las procedimentales, no presenta problemas especiales o como lo expresa Alessio Liberati: “La única diferenciación de una acción común de responsabilidad con relación a una de un privado, en sustancia, está presente en la naturaleza publicística del ente

⁸⁹⁰ Siguiendo a Sabino Cassese en Italia adicional, a la típica responsabilidad Administrativa por el mero comportamiento, existen otros cuatro supuestos o clases de responsabilidad que son:

“1. Responsabilidad de contacto o procedimental, 2. Responsabilidad por acto lícito, 3. Responsabilidad proveniente del servicio público o por actividad regulatoria y 4. Responsabilidad por violación del derecho comunitario”. (Traducción propia).

“1. Responsabilità da contatto o procedimentale, 2. Responsabilità da atto lecito, 3. Responsabilità da servizio pubblico e per attività regolativa, 4. Responsabilità per violazione del diritto comunitario”.

Cf. CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. pp. 484-488.

⁸⁹¹ “La responsabilidad extracontractual es históricamente considerada como la tipología de responsabilidad de más común aplicación a la actividad de la Administración Pública. Sobre cada sujeto de derecho, de hecho, recae el principio del *neminem leadere*. En consecuencia, también en el caso de que sea una Administración la que ha ocasionado un daño injusto, con un comportamiento doloso o culposo, el daño provocado al tercero será ciertamente resarcible”. (Traducción propia).

“La responsabilità extracontractuale è storicamente considerata come la tipologia di responsabilità di più agevole applicazione all’attività dell’amministrazione pubblica. Su ogni soggetto di diritto, infatti, grava il principio *neminem leadere*. Di conseguenza, anche laddove sia una pubblica amministrazione a cagionare un danno ingusto, con un comportamento doloso o colposo, il danno provocato al terzo sarà certamente risarcibile”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 221.

llamado a responder por el daño. Así, no comporta, sin embargo, alguna modificación de la disciplina aplicable”.⁸⁹² (Traducción propia).

Una vez que la lesión sea causada por la Administración se debe determinar si la lesión se debe indemnizar y así, como lo explica el profesor Giandomenico Falcon: “El problema consiste en decidir cuándo, en relación con las competencias específicas de la Administración Pública y el comportamiento de ésta en el caso concreto, el daño ocurrido deba considerarse como injusto”.⁸⁹³ (Traducción propia).

Antes de analizar los demás casos de responsabilidad, se debe aclarar que no se deben confundir los daños derivados de las actuaciones de comportamiento o incorrección de la Administración, provenientes de la adopción de actos que no son la causa directa de los daños, con la responsabilidad procedimental.⁸⁹⁴

3.2. Responsabilidad por acto lícito.

Un tema de gran controversia para el Derecho Administrativo ha sido el de la posibilidad de reconocer los daños efectuados por el Estado provenientes de actos lícitos, puesto que si la actuación ha sido correcta parecería apropiado entender que no existe injusticia en el daño.⁸⁹⁵ En

⁸⁹² “L’unica differenziazione da una comune azione di responsabilità nei confronti di un privato, in sostanza, è rappresentata dalla natura pubblicistica dell’ente chiamato a rispondere del danno. Ciò non comporta, però, una quasivoglia della disciplina applicabile”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 177.

⁸⁹³ “Il problema consiste invece nel decidere quando, in relazione agli specifici compiti delle pubbliche amministrazioni ed al comportamento di queste nel caso concreto, il danno subito da taluno debba considerarsi <<ingiusto>>”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. pp. 236-237.

⁸⁹⁴ “A diferencia de las hipótesis del daño de procedimiento, en otros casos la responsabilidad de la Administración puede proceder del comportamiento realizado por la Administración, también a través de la adopción de actos, que no constituyen directa causa del daño (responsabilidad de comportamiento o incorrección)”. (Traducción propia).

“A differenza delle ipotesi di danno da provvedimento, in altri casi la responsabilità dell’amministrazione, anche attraverso l’adozione di atti, che però non costituiscono diretta causa del danno (responsabilità da comportamento o scorrettezza)”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 575.

⁸⁹⁵ “Una de las más difíciles y controvertidas cuestiones de nuestra ciencia es la de la <<responsabilidad del Estado>> cuando el daño no proviene ni de una ilegalidad específicamente cometida por funcionario, ni de la ilegalidad formal de un acto que contraviene los intereses del privado; sino, que se produce, cuando ocurre un daño patrimonial que el

el Derecho italiano esta posibilidad se ha venido introduciendo por medio de diversos mecanismos incluyendo la ampliación, tanto normativa como jurisprudencial, que se ha producido en materia de responsabilidad civil por actividades dañosas o riesgosas.⁸⁹⁶

La responsabilidad por acto lícito puede provenir directamente de las hipótesis consagradas legislativamente, en que las Administraciones públicas son consientes de que, a pesar de lo legítimo de su actuación, están causando un daño a los particulares que no deberían tener que soportar.⁸⁹⁷

Al lado de estos supuestos reconocidos en las leyes, existen otros casos en que se presenta la responsabilidad por actos lícitos; por ejemplo, como lo explica Guido Corso, la revocación de la decisión procedimental produce una obligación de reparar frente al damnificado⁸⁹⁸. En ocasiones,

privado ha sufrido por causa del Estado al desplegar su actividad propia tendiente al desarrollo de sus fines". (Traducción propia).

"Una delle più difficili e delle più controverse della scienza nostra é la questione della <<responsabilità diretta dello Stato>>; quando, non venendo in rilievo <<nè un'illegalità specificamente commessa dal funzionario nè la la formale illegalità di un atto che è venuto in antitesi col diritto del privato, si riscontri invece un danno patrimoniale che il privato ha sofferto per causa dello Stato, il quale, spiegando l'attività propria per il raggiungimento dei suoi fini, arrecò il danno". CORSO, G. "La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita". En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 187.

⁸⁹⁶ "Un último impulso en el sentido de extensión de la responsabilidad por acto lícito ha sido efectuado por el desarrollo de la normativa y de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil. En este ámbito se ha verificado una ampliación progresiva de los casos de responsabilidad objetiva por el desarrollo de actividad dañosa o riesgosa consentida, que son fuente de responsabilidad". (Traducción propia).

"Un'ultima spinta nel senso dell'allargamento della responsabilità da atto lecito è stata impressa dagli sviluppi della normativa e della giurisprudenza in tema di responsabilità civile. In questo ámbito si è verificato un ampliamente progressivo dei casi di responsabilità oggettiva per lo svolgimento di attività dannose o rischiose consentite, ma che sono tuttavia fonte di responsabilità".

CORSO, G. "La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita". En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 209.

⁸⁹⁷ "Son los casos en los cuales las leyes contemplan –o incluso por el vínculo constitucional deben contemplar, so pena de ilegitimidad constitucional- que el ejercicio de ciertos poderes de la Administración, desfavorables para el destinatario, estén acompañados del pago de una suma de dinero, usualmente llamada indemnización". (Traducción propia).

"Vi sono tuttavia dei casi in cui le leggi prevedono – o addirittura per vincolo costituzionale devono prevedere, a pena di illegittimità costituzionale – che l'esercizio di certi poteri dell'amministrazione, sfavorevoli per il destinatario, sia accompagnato dal pagamento di una somma di danaro, usualmente chiamata indennizzo".

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 249.

⁸⁹⁸ "Un acto lícito de la Administración pública, que en el caso de revocación es ciertamente una decisión final procedimental de la Administración, produce una obligación de restaurar. La cadena de las normas reconducibles al paradigma de la responsabilidad de la A.P. por acto lícito se alarga".

"Un atto lecito della p.a., che nel caso di revoca è certamente un provvedimento amministrativo, produce un obbligo di ristoro. La catena delle norme riconducibili al paradigma della responsabilità della p.a. da atto lecito si allunga".

será posible extender la reparación a terceros de buena fe que resulten afectados por la medida administrativa.

Estas situaciones no son las únicas que pueden generar la responsabilidad del Estado por actos lícitos, sino que existen otras en las que se estará obligado a reparar el daño “[...] aunque en diversa medida y en una línea de máximo a menor respecto al resarcimiento, según el sacrificio impuesto al privado por razones de interés público”.⁸⁹⁹ (Traducción propia).

En las actuaciones lícitas, como se ha tratado de precisar, la responsabilidad no procede porque un empleado o agente del Estado haya cometido un error o haya actuado inadecuadamente y por ende, “[...] la obligación de responder por las indemnizaciones estará siempre a cargo de la Administración, nunca será personal del funcionario”.⁹⁰⁰ (Traducción propia).

3.3. Responsabilidad por el servicio público y la actividad regulatoria.

En nuestros días a las funciones clásicas del Estado se han sumado muchas más que son consideradas como naturales al desarrollo del ejercicio de las actividades Administrativas; como, por ejemplo, la prestación de servicios públicos o su regulación por parte del poder público.

En este orden de ideas, “[a] la Administración le corresponden relevantes obligaciones en el ámbito de los servicios públicos: en tales hipótesis la relación obligatoria, atinente a la concreta prestación prevista hacia el ciudadano como usuario, se inserta en un contexto más amplio, marcado por el deber de la Administración de asegurar la prestación de servicios a favor de la

CORSO, G. “La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 187.

⁸⁹⁹ “Sussiste dunque una responsabilità da atto lecito, ma ad essa non consegue una pretesa risarcitoria, bensì un diritto all'indennizzo, volto a ristorare comunque se pure in misura diversa e in linea di massima minore rispetto al risarcimento, il sacrificio imposto al privato per ragioni di pubblico interesse”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 485.

⁹⁰⁰ “[...], l'obbligo di corrispondere gli indennizzi fa capo sempre alle amministrazioni, mai personalmente ai funzionari”. FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 250.

colectividad”.⁹⁰¹ (Traducción propia). El que se refiera a la comunidad implica que se deban dar a todos los ciudadanos y facilitar su acceso a ellos, así no sea rentable su prestación.

Al realizar su actividad, bien sea ejecutoria o regulatoria, las Administraciones Públicas pueden incurrir en el desarrollo de actividades materiales con las cuales causen daños a los particulares y en consecuencia, estén obligadas a reparar por medio de una indemnización a la víctima

Adicionalmente, puede pasar, como claramente lo explica el jurista italiano Elio Casseta que:

“En el servicio público están, por tanto, presentes también momentos procedimentales, por lo que no es correcto retener que ellos consistan simplemente en una actividad material: en la predefinición y actuación de la relación entre los usuarios y los entes vienen, así, evidenciados otros efectos de variada naturaleza: Como legislativos, administrativos de autoridad, operaciones materiales y contratos de derecho común (contratos de uso)”.⁹⁰²

Para conocer los supuestos de responsabilidad por la prestación de servicios públicos se debe ir directamente a las cartas de servicio que regulan la materia específica de que se trate.⁹⁰³

Estas cartas, están reguladas en la Directiva de la Presidencia del Consejo de Ministros del 27 de enero de 1994, la cual impone a los gestores de servicios públicos adoptar Cartas de Servicio “[...] en las cuales son fijados los *estándar* de calidad del servicio, no sólo la información esencial

⁹⁰¹ “All'amministrazione fanno capo rilevanti obbligazioni nell'ambito dei pubblici servizi: in tali ipotesi il rapporto obbligatorio, attinente alla concreta prestazione fornita al cittadino considerato come utente, si inserisce in un contesto più ampio, segnato dal dovere dell'amministrazione di assicurare prestazioni di servizi a favore della collettività”.

CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009. p. 416.

⁹⁰² “Nel servizio pubblico sono pertanto presenti anche momenti procedimentali, sicchè non è corretto ritenere che esso consista semplicemente in un'attività materiale: nella predefinizione e attuazione del rapporto tra utente ed ente vengono cioè in evidenza altri effetti di varia natura: Come legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e pure contrafti di diritto comune (contratti di utenza)”.

CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009. p. 418.

⁹⁰³ “La responsabilidad conexas a la prestación de un servicio público esta específicamente regulada en las normas en materia de Cartas de Servicio”. (Traducción propia).

“La responsabilità connessa allo svolgimento di un servizio pubblico è specificamente disciplinata dalle norme in materie di Carta di servizi”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 486.

para los usuarios. La fijación del nivel de calidad vincula a los gestores a perseguirlos y en caso de no conseguirlos, prevé hipótesis de indemnización automática a favor del usuario”.⁹⁰⁴

3.4. Responsabilidad por violación del Derecho comunitario.

Al ser Italia parte de la Unión Europea está obligada a cumplir las normas de Derecho Comunitario; por ende, los particulares estarán amparados ante cualquier violación que se produzca y podrán solicitar las indemnizaciones pertinentes por la responsabilidad en que incurra el Estado por desconocer dichas normas.

La responsabilidad en el Derecho Comunitario Europeo se entiende subjetiva; es decir, que además del cumplimiento de los elementos objetivos, es necesaria la presencia del elemento subjetivo de la culpa para que se genere la responsabilidad de las Administraciones Públicas.

En este momento se debe precisar que, el manejo de la culpa en el Derecho Europeo no es exactamente igual al Derecho italiano puesto que tiene dos características particulares referidas a la subsistencia y a la imputación de dicho elemento subjetivo.⁹⁰⁵

La Corte de Justicia de la Comunidad Europea, en la Sentencia Francovich de 1991⁹⁰⁶, la cual ha sido confirmada por sentencias posteriores⁹⁰⁷, establece que es necesario que se cumplan

⁹⁰⁴ “[...] nelle quali sono fissati gli standard di qualità del servizio, nonché le informazioni essenziali per gli utenti. La fissazione dei livelli di qualità vincola i gestori a perseguirli e, in caso di mancato raggiungimento, prevede pure ipotesi di indennizzo automatico a favore dell'utente”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume II. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 80.

⁹⁰⁵ “La responsabilidad por violación del derecho comunitario es definida como una responsabilidad por culpa, pero con al menos dos características peculiares, relativas a la subsistencia y a la imputación de la culpa misma”. (Traducción propia).

“La responsabilità per violazione del diritto comunitario è definita come una responsabilità per colpa, ma con almeno due caratteristiche peculiari, relative alla sussistenza e all'imputazione della colpa stessa”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 487.

⁹⁰⁶ “Con la famosa sentenza Francovich de 1991 la Corte de Justicia de la Comunità Europea define los presupuestos y los casos de la responsabilidad civil del Estado per la falta de recepción de la normatividad comunitaria”. (Traducción propia).

“Con la famosa sentenza Francovich del 1991 la Corte di Giustizia della Comunità Europea definì i presupposti e i casi della responsabilità civile dello Stato per il mancato recepimento della normativa comunitaria”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 744.

o verifiquen tres requisitos que son: “[...] una norma violada que atribuya *derechos individuales*, que la violación sea *grave* y subsista un nexo causal entre la violación de la obligación por parte del Estado y el daño causado”.⁹⁰⁸ (Traducción propia).

Este tipo de responsabilidad desarrollada por la normatividad europea está muy fuertemente relacionada con las funciones de la autoridad Administrativa, quien debe tenerla presente durante el ejercicio de sus funciones y no desconocerla por medio de sus actuaciones ni por sus omisiones. Por ejemplo, al cumplir con su función reguladora por medio de la emisión de actos administrativos, debe tener en cuenta para su elaboración los parámetros determinados tanto por el derecho interno como por el derecho comunitario.

A pesar de lo antes dicho, como lo observa Giandomenico Falcon, ésta responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento o desconocimiento del derecho comunitario europeo se extiende a las otras dos ramas del poder público, es decir a la legislativa y a la judicial.

A la primera, es decir la legislativa, en cuanto a que: “[...] el deber de actuación del derecho comunitario recae, en primer lugar, sobre el *legislador* de los Estados miembros, la responsabilidad podrá también ser conexas al ejercicio o al no ejercicio del poder legislativo”.⁹⁰⁹ (Traducción propia).

En la segunda, es decir la judicial, puesto que “[...] la responsabilidad del Estado aparecerá también si el comportamiento ilícito ha sido efectuado por un órgano jurisdiccional y en particular,

⁹⁰⁷ “En particular la tesis, sostenida por primera vez con la histórica Sentencia emitida en el caso *Francovich e Repubblica Italiana* del 19-9-1991, ha sido sucesivamente confirmada con los pronunciamientos sobre los casos *Faccini Dona* (19-9-1991), *Brasserie du Pecheur, Factortame* e *Dillenkofer* (8-10-1997) [...]”. (Traducción propia).

“In particolare la tesi, sostenuta per la prima volta con la storica sentenza emessa nel caso *Francovich e Repubblica Italiana* del 19-9-1991 è stata successivamente ribadita con le pronunce sui casi *Faccini Dona* (19-9-1991), *Brasserie du Pecheur, Factortame* e *Dillenkofer* (8-10-1997) [...]”.

DELPINO, Luigi e DEL JUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Serie Manuali. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2008. p. 26.

⁹⁰⁸ “[...] la norma violata attribuisce diritto individuali, la violazione è grave e subiste un nesso causale fra la violazione dell’obbligo da parte dello Stato e il danno arrecato”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 487.

⁹⁰⁹ “[...] il dovere di attuazione del diritto comunitario incombe in primo luogo sui legislatori degli Stati membri, la responsabilità potrà anche essere connessa all’esercizio o al non esercizio del potere legislativo”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 245.

por un juez de último grado”.⁹¹⁰ (Traducción propia). Así, la Corte, en la Sentencia Traguetti del Mediterráneo del 13 de junio de 2006, sostiene que el daño causado por la decisión de un juez de rango inferior, puede ser examinado por medio de los recursos internos y por ende, no puede ser llevada a la Corte Europea sin que se hayan agotado los mecanismos jurídicos internos.⁹¹¹

3.5. Responsabilidad por el provvedimento.

La responsabilidad de las Administraciones Publicas por el provvedimento es un tema que ha contado con un profundo desarrollo por parte de los juristas italianos y que en la actualidad continúa suscitando algunas discrepancias doctrinales.⁹¹² Tal responsabilidad se produce una vez se ha proferido la decisión finalizadora del procedimiento o provvedimento.

Por el momento es importante dejar claro que la responsabilidad por el provvedimento administrativo en Italia, ha sido introducida partir de la Sentencia 500 de 1999, donde se establece la posibilidad del reconocimiento de los intereses legítimos de los ciudadanos.⁹¹³

⁹¹⁰ “[...] la responsabilità dello Stato scatta anche se il comportamento illecito sia tenuto da un órgano giurisdizionale, ed in particolare da un giudice da ultimo grado”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 246.

⁹¹¹ “Por otra parte, no se debe olvidar que la acción de responsabilidad del Estado pone en discusión exclusivamente las decisiones de los órganos jurisdiccionales supremos; en cuanto, a los pronunciamientos adversos emitidos por los jueces de rango subordinado, queda expresa la vía de los recursos internos”. (Traducción propia).

“D'altronde, non va dimenticato che l'azione di responsabilità dello Stato mette in discussione esclusivamente le decisioni degli organi giurisdizionali supremi, in quanto, avverso le pronunce dei giudici di rango subordinato, restano esperibili le vie di ricorso interne”.

DELPINO, Luigi e DEL JUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Serie Manuali. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2008. p. 27.

⁹¹² “La dificultad principal, entonces, para admitir un ilícito aquiliano de la Administración en frente a los privados durante el desarrollo de una actividad de decisión final del provvedimento estaba representado en la –hoy superada– cuestión de la irresarcibilidad de la lesión de intereses legítimos (en particular –se recuerda– no se consideraba suficiente la lesión de los intereses legítimos para integrar el requisito de la injusticia del daño)”. (Traducción propia).

“La difficoltà principale, dunque, nell'ammettere un illecito aquiliano dell'amministrazione nei confronti del privato durante lo svolgimento di attività provvedimentale è rappresentato dalla –oggi superata– questione della irresarcibilità della lesione dell'interesse legittimo (in particolare –si rammenta– non si riteneva sufficiente la lesione degli interessi legittimi per integrare il requisito dell'ingiustizia del danno)”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 222.

⁹¹³ Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

PARTE II. LA RESPONSABILIDAD PROVVEDIMENTAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ITALIANAS: LA SENTENCIA 500 DE 1999, EL DEBATE SOBRE SU NATURALEZA Y LOS ELEMENTOS QUE LA GENERAN.

INTRODUCCIÓN.

Una de las más importantes decisiones en la historia de la responsabilidad patrimonial del Estado en Italia es la contenida en la Sentencia 500 de 1999 promulgada por las Secciones Unidas de la Corte de Casación⁹¹⁴, en la cual se reconoce la posibilidad de indemnizar las lesiones ocasionadas por las Administraciones Públicas al vulnerar los intereses legítimos de los particulares; es decir, se permite la resarcibilidad de los intereses legítimos.⁹¹⁵

Antes de proceder al análisis de ésta decisión se debe aclarar que desde los inicios de la década de los setenta se presentaron algunas Sentencias que reconocieron lesiones a situaciones jurídicas no enmarcables como derechos subjetivos⁹¹⁶; no obstante, fue sólo hasta que se dictó esta jurisprudencia cuando se reconoció claramente.

⁹¹⁴ Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹¹⁵ “[...] la expresión resarcibilidad de los intereses legítimos tiene un valor descriptivo, que indica la posibilidad de extender, la tutela resarcitoria a la actividad dañosa caracterizada por el contacto y la emanación del poder, subsumido dentro de la categoría de derecho subjetivo, idóneo a pesar, de desarrollarse en direcciones diversas”. (Traducción propia).

“[...] l’espressione risarcibilità degli interessi legittimi abbia un valore descrittivo, indichi cioè la possibilità di estendere la tutela risarcitoria ad attività dannose caratterizzate dalla relazione ed emanazione dal potere, con sussumibile entro la categoria del diritto soggettivo, idonee tuttavia ad esplicarsi in direzioni diverse”.

AVANZINI, Giulia. *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 2007. p. 21.

⁹¹⁶ “Así, a partir de las celebres sentencias Meroni e Puddu, con las cuales se abre el camino a la tutela aquiliana del crédito, ha iniciado una evolución jurisprudencial que, en el tiempo, ha llevado a reconocer como fuente de daño aquiliano las lesiones de varias posiciones jurídicas, que no tienen la consistencia de derechos subjetivos, pero la jurisprudencia de vez en cuando elevaba a la dignidad de derecho subjetivo”. (Traducción propia).

“Cosi, a partire dalle celebri sentenze Meroni e Puddu, con le quali si é aperta la strada alla tutela aquiliana del credito, ha avuto inizio una evoluzione giurisprudenziale che, nel tempo, ha portato via a riconoscere come fonte di danno aquiliano la lesione di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 2.

La Sentencia 500 de 1999 ha acogido la distinción tradicional italiana entre los intereses legítimos opositivos y pretensivos⁹¹⁷, sosteniendo que los daños que se puedan sufrir como consecuencia del provvedimento administrativo serán lesiones a intereses pretensivos.

Por otra parte, se debe recordar que en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad procedimental existe un gran debate que ha permitido la proliferación de diversas posiciones. En todo caso, “[...] la tesis absolutamente prevalente reconduce la responsabilidad por lesiones de intereses legítimos en el cauce de la responsabilidad aquiliana”⁹¹⁸ (traducción propia); no obstante, su aplicación no ha sido del todo pacífica puesto que ha sido necesario moldear la visión clásica de la responsabilidad extracontractual civil a los casos concretos que se puedan presentar con relación a los daños por procedimiento administrativo.⁹¹⁹

Adicionalmente, se debe precisar que los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas italianas por las lesiones causadas por procedimiento administrativo son los tradicionales de daño antijurídico, imputación y relación de causalidad entre los dos anteriores. Empero, se debe precisar que en cuanto a la presencia de la culpa como

⁹¹⁷ “En el caso de los intereses opositivos el daño injusto deriva de la mera violación de la posición de ventaja ya adquirida en la esfera jurídica del sujeto que se asume lesionado, mientras en el caso de la violación de intereses pretensivos es necesario un juicio ulterior que evalúe el mérito del interés material y la posibilidad de la conclusión favorable del procedimiento”. (Traducción propia).

“Nel caso di interessi oppositivi il danno ingiusto deriva dalla mera violazione della posizione di vantaggio già acquisita nella sfera giuridica del soggetto che si assume leso, mentre nel caso di violazione di interessi pretensivi è necessario un giudizio ulteriore che valuti la meritevolezza dell'interesse materiale e la possibilità di conclusione favorevole del procedimento”.

AVANZINI, Giulia. *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 2007. p. 55.

⁹¹⁸ “L'impostazione assolutamente prevalente riconduce la responsabilità per lesione da interesse legittimo nell'alveo della responsabilità aquiliana”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 324.

⁹¹⁹ “De un lado, de hecho, prevalece una histórica y tradicional tendencia, a decir centripeta, a la resolución de cada cuestión potencial en el ámbito del artículo 2043 c.c. y de los principios generales del código allí expresados con respecto a la responsabilidad extracontractual. Del otro, se encuentra un progresivo, y no siempre sólo latente, orientamiento centrifugo dirigido a especializar y a diferenciar la aplicación del antedicho y común paradigma para adaptarlo a la extrema variedad de las controversias”. (Traducción propia).

“Da un lato, infatti, prevale una storica e tradizionale tendenza, così dire centripeta, alla risoluzione di ogni potenziale questione nell'ambito dell'art. 2043 c.c. e dei generali principi codicistici in esso espressi con riguardo alla materia della responsabilità extracontrattuale. Dall'altro, tuttavia, si riscontra un progressivo, e non sempre soltanto latente, orientamento centrifugo volto a specializzare e a differenziare l'applicazione del summenzionato e comune paradigma per adattarlo all'estrema varietà delle controversie”.

CORTESE, Fulvio. *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*. CEDAM. Padova. 2007. p. 120.

elemento necesario para generar la responsabilidad existe un gran debate en la actualidad puesto que, la jurisprudencia presenta una tendencia que se separa del planteamiento clásico⁹²⁰ y se está claramente dirigiendo a considerar la ilegitimidad tan sólo como un indicio de culpa.

Una vez realizadas las precisiones anteriores, parece adecuado referirse a la estructura de esta segunda parte del texto referido a Italia; en concreto, se debe decir que se divide en cuatro partes que son: 4. El origen de la responsabilidad por actividad procedimental en Italia: La Sentencia 500 de 1999; 5. El debate sobre la naturaleza de la responsabilidad procedimental de las Administraciones Públicas italianas. 6. Los elementos que generan la responsabilidad procedimental en Italia.

4. EL ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PROVVEDIMENTAL EN ITALIA: LA SENTENCIA 500 DE 1999.

Introducción.

Al extender la responsabilidad a este tipo de daños, se ha introducido la posibilidad de indemnizar las lesiones que se produzcan como consecuencia de la actividad o inactividad procedimental. Debido a su clara conexión con el tema de estudio se hará una presentación bastante amplia de su contenido, que incluirá los hechos que la originaron, algunos comentarios sobre su contenido y finalmente, se transcribirán algunos apartes con el fin de tener una aproximación más cercana a las ideas de la Corte.

⁹²⁰ “El plantemiento más tradicional desconocía la necesidad de una comprobación concreta del elemento culposo. En la misma ilegitimidad del procedimiento se pensaba estaba el requisito de la culpabilidad atribuible a la Administración”. (Traducción propia).

“L’impostazione più datata disconosceva la necessità di un accertamento in concreto dell’elemento colposo. Nella stessa illegittimità dal provvedimento si riteneva fosse insito il requisito di colpevolezza attribuibile all’amministrazione”. LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 541.

4.1. Resumen de los hechos más relevantes que originaron la Sentencia 500 de 1999 de la Corte de Casación.

El 1 de abril de 1996 Giorgio Vitali demanda ante el Tribunal de Firenze al “Comune di Fiesole” para hacerlo condenar a la reparación de los daños causados por la falta de inserción de sus terrenos, en el Plano Regulador General (PRG) adoptado por el Comune en 1971, entre las zonas de lotización edificables. Su pretensión se basa en que en la Convención de Lotización, realizada en 1964, se acordó la inclusión de su propiedad entre las zonas edificables y en el PRG no fue incluido con lo que se le causó un daño.

En el año de 1984 se realizó una modificación en el PRG donde se estableció que el terreno del señor Vitali no era destinado a la edificación sino a explotación agrícola (verde agrícola). Posteriormente, el 22 de enero 1990 se anula parte del PRG por falta de motivación en el incumplimiento de los límites prefijados en la Convención de Lotización. Después, el 20 de marzo del mismo año, se deliberó y se hicieron las correcciones pertinentes motivando el uso asignado a la propiedad del accionante.

Ante estos hechos el Tribunal ordinario de Firenze le respondió que no tiene la competencia para decidir; puesto que, su pretensión corresponde tan sólo a un interés legítimo (no a un derecho subjetivo) y de este modo, el caso debe conocerlo el juez Administrativo.

4.2. Consideraciones previas de la Corte de Casación.

Para la Corte de Casación italiana el recurso principalmente se ocupa del tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, contenida en el artículo 2.043 del Código Civil, concretamente en lo concerniente al tema de la reparación de los daños ocasionados extracontractualmente a los sujetos privados por la emanación de actos o de procedimientos administrativos ilegítimos; es decir, a la resarcibilidad de intereses legítimos.

En el sentir de la Corte de Casación la jurisprudencia de la irresarcibilidad de los intereses legítimos se ha ido construyendo sobre dos pilares fundamentales que son uno de carácter formal y otro de carácter sustancial (dándole al sustancial una mayor relevancia).

1) La dificultad procesal: En opinión del cuerpo colegiado impedía la reparación de los intereses legítimos la repartición de la jurisdicción de los actos de la Administración entre jueces ordinarios y administrativos, basada en la dicotomía entre derecho subjetivo e interés legítimo. Esta división hacía que se presentara una dificultad práctica en la materia puesto que:

“El juez administrativo, que conoce de los intereses legítimos puede únicamente anular el acto lesivo del interés legítimo, más no podrá pronunciar condena al resarcimiento en relación con las eventuales consecuencias patrimoniales dañosas del ejercicio ilegítimo de la Función pública; mientras que, el juez ordinario, en cambio, dispone del poder de pronunciar sentencias de condena para el resarcimiento de los daños, pero no puede conocer de los intereses legítimos”.⁹²¹ (Traducción propia).

2) La barrera sustancial: La tradicional interpretación del artículo 2043 c.c. es considerada el principal obstáculo para el resarcimiento de los intereses legítimos, al sostener que hay injusticia en el daño (o daño injusto) tan sólo en las lesiones ocasionadas a derechos subjetivos y no aquellas causadas a intereses legítimos. Es decir, para que se reconozca la responsabilidad sería necesario que:

“[...] el daño estuviese comprendido en la doble acepción de daño producido *non iure* y *contra ius*; *non iure* en el sentido que el hecho productivo del daño no esté justificado en el ordenamiento jurídico; *contra ius*, en el sentido de que el hecho deba lesionar una situación subjetiva reconocida y garantizada por el ordenamiento mismo en la forma de derecho subjetivo perfecto (Sent. n. 4058/69; n. 2135/72; 5813/85; n. 8496/94; n. 1540/95)”.⁹²² (Traducción propia).

⁹²¹ “Il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l’atto lesivo dell’interesse legittimo, ma non può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell’esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli interessi legittimi”. Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹²² “[...] va intesa nella duplice accezione di danno prodotto non iure e contra ius; non iure, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall’ordinamento giuridico; contra ius nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall’ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto (Sent. n. 4058/69; n. 2135/72; 5813/85; n. 8496/94; n. 1540/95)”. Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

A pesar de las limitaciones procesal y sustancial, la propia Corte en su Jurisprudencia, con el objetivo de aminorar las injusticias que se presentaban al no reconocer los daños que recaían sobre intereses legítimos; en ocasiones, los enmascaraba (Mascherando) elevándolos a rango de derecho subjetivo. Por ejemplo, en materia de derecho a la integridad patrimonial, la libre determinación negocial, la resarcibilidad de la pérdida de oportunidad (chance) y la reparación de lesiones a las legítimas expectativas.⁹²³

Del análisis de los desarrollos de la Corte sobre el tema del reconocimiento de los intereses legítimos procedimentales:

“[...] emerge un acervo jurisprudencial caracterizado por la limitación a la tutela plena (de anulación y resarcitoria, en ambas sedes) a los solos <<intereses legítimos opositivos>> (elevados a derechos subjetivos mediante operaciones de transfiguración); excluyendo, los <<intereses legítimos pretensivos>> (que en cambio, una destacada doctrina hubiese querido <<promover>>, considerándolos como <<derechos en espera de expansión>>”.⁹²⁴ (Traducción propia).

4.3. Nuevas premisas orientadores contenidas en la Sentencia No. 500/99.

En este sentido, se produjeron una serie de nuevas premisas orientativas en la jurisprudencia presentadas en la Sentencia 500/99, de las cuales se traducirán las más relevantes a continuación, con el fin de tener un acercamiento más directo con las principales ideas de la Corte de Casación plasmadas en el texto:

⁹²³ “E il caso del c.d. diritto all’integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni (sent. n. 2765/82; n. 4755/86; n. 1147/92; n. 3903/95), ed in relazione a quale è stata affermata, tra l’altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità efectiva e congrua di conseguire un risultato utile. Da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sen. n. 6506/85; n. 6657/91; n. 781/92; n. 4725/93)”. Ma ancor più significativo è stato il riconoscimento della risarcibilità della lesione di legittime aspettati vedi natura patrimoniale nei rapporti familiari (sent. 4137/81; n. 6651/82; n. 1959/95), ed anche nell’ambito della familia di fatto (sent. n. 2988/94), purchè si tratti, appunto, di aspettative qualificabili come legittime (e non di mere aspettative semplici), in relazione sia a precetti normativi che a principi ético-sociali di solidarietà familiare e di costume”. Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹²⁴ “[...] emerge un assetto giurisprudenziale caratterizzato dalla limitazione della tutela piena (di annullamento e, successivamente, risarcitoria, nelle due diverse sedie) ai soli <<interessi legittimi opositivi>> (elevati a diritti soggettivi mediante operazioni di trasfigurazione) con esclusione, quindi, dei soli <<interessi legittimi pretensivi>> (che invece una autorevole dottrina avrebbe voluto <<promuovere, considerandoli come <<diritti in attesa di espansione>>”).

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

1. “Risulta de tal modo expresa por el legislador una decidida intención en el sentido de la superación del tradicional sistema de reparto de la jurisdicción, en referencia a la dicotomía entre derecho subjetivo e interés legítimo, a favor de la utilización de una categorización regida por el criterio de la materia”.⁹²⁵ (Traducción propia).
2. Para la Corte, “[...] no emerge del tenor literal del art. 2043 c.c. que el objeto de tutela resarcitoria sea exclusivamente el derecho subjetivo (y mucho menos de derecho absoluto, como ha establecido la jurisprudencia de ésta S.C. con la sentencia n. 174/71, orientación que se volvió después constante); por otra parte, la división de la fórmula <<daño injusto>>, para referirse a la adjetivación de la conducta, constituye indudablemente la literalidad de la norma, según la cual, la injusticia es requisito del daño”.⁹²⁶ (Traducción propia).
3. “No puede negarse que en la disposición en examen resulta clara la centralidad del daño, del cual tiene previsto el resarcimiento cuando sea <<injusto>>, mientras que la culpabilidad de la conducta (en cuanto contramarcada de dolo o culpa) atiene a la inimputabilidad de la responsabilidad”.⁹²⁷ (Traducción propia).
4. “En definitiva, a los fines de la configurabilidad de la responsabilidad aquiliana no asume importancia determinante la cualificación formal de la posición jurídica que ocupa el sujeto, porque la tutela resarcitoria es asegurada sólo con relación a la injusticia del daño, que constituye una categoría autónoma, marcada de la lesión de un interés jurídicamente relevante”.⁹²⁸ (Traducción propia).
5. “Compete al juez, llamado a llevar a cabo la tutela ex art. 2042 c.c., el proceder a la selección de los intereses jurídicamente relevantes, porque sólo la lesión de un interés tal puede dar lugar a un *daño injusto*, y en tanto proporcionará instituyendo un juicio de comparación entre los intereses en conflicto, y así del interés efectivo del sujeto que se afirma dañado, y del interés que el comportamiento lesivo del autor del hecho estaba encaminado a perseguir, con el fin de averiguar

⁹²⁵ “Risulta un tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹²⁶ “[...] non emerge dal tenore letterale dell’art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo (e tantomeno il diritto assoluto, come ha convenuto la giurisprudenza di questa S.C. con la sentenza n. 174/71, con orientamento divenuto poi costante); per altro verso, che la scissione della formula <<danno ingiusto>>, per riferire l’aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l’ingiustizia è requisito del danno”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹²⁷ “Non può negarsi che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene non previsto il risarcimento qualora sia <<injusto>>, mentre la colpevolezza della condotta, (in quanto contrassegnata da dolo o culpa) attiene all’imputabilità della responsabilità”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹²⁸ “In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poichè la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autónoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

si el sacrificio del interés del sujeto dañado encuentra o no justificación en la realización del contrapuesto interés del autor de la conducta, en razón de su prevalencia”.⁹²⁹ (Traducción propia).

6. “[...] la lesión del interés legítimo es condición necesaria, más no suficiente, para acceder a la tutela resarcitoria ex. art. 2043 c.c., porque también se requiere que resulte lesionado, por el efecto de la actividad ilegítima (y culpable) de la A.P., el interés al bien de la vida con el cual el interés legítimo se correlaciona, y que dicho interés al bien resulte meritorio de tutela a la luz del ordenamiento positivo”.⁹³⁰ (Traducción propia).
7. “Por cuanto concierne a los intereses legítimos opositivos, podrá reconocerse daño injusto en el sacrificio del interés a la conservación del bien o de la situación de ventaja consiguiente al ilegítimo ejercicio del poder. Así, confirmando, el resultado al que llega, el precedente orientamiento, como si el interés dicho se tutelara en forma de derecho subjetivo, pero ampliándole la puerta de las hipótesis a las cuales tal forma de tutela plena no sea reconocible y sin embargo, el interés resulte jurídicamente relevante en el sentido arriba indicado”.⁹³¹ (Traducción propia).
8. “Acerca de los intereses pretensivos, cuya lesión se configura en el caso de denegación ilegítima de la decisión del procedimiento requerido o de un retardo injustificado en su adopción deberá, en cambio, analizarse la consistencia de la protección que el ordenamiento reserva a las instancias de ampliación de la esfera jurídica del pretendiente.”⁹³² (Traducción propia).
9. “Valoración que implica un juicio pronóstico, que conduce en referencia a la normativa sectorial, sobre la fundamentación o no de la instancia, de donde se establezca si el pretendiente fuese titular ya no de una mera expectativa, como tal no tutelable, sino de una situación susceptible de determinar un objetivo acogimiento acerca sus pretensiones positivas, y así de una situación que,

⁹²⁹ Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., e quindi quello di procederé ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poichè solo la lesione di un interesse sifatto può dare luogo ad un danno ingusto, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interesse in conflitto, e cioè dell’interesse efectivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell’interesse che il comportamento lesivo dell’autore del fatto è volto a perseguiré, al fine di accertare se il sacrificio dell’interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell’autore della condotta, in ragione della sua prevalenza”.

Sentenzia Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹³⁰ “[...] la lesione dell’interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accederé alla tutela risarcitoria ex. art. 2043 c.c., poichè occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell’attività illegittima (e colpevole) della P.A., l’interesse al bene della vita al quale l’interesse legittimo se correla, e che il ditto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell’ordenamiento positivo”.

Sentenzia Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹³¹ “Per quanto concerne gli interessi legittimi opositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell’interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all’illegittimo esercizio del potere. Così confermando, nel risultato al quale si perviene, il precedente orientamento, qualora il detto interesse sia tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ma ampliándole la portata nee’ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l’interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati”.

Sentenzia Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹³² “Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l’ordenamiento reserva alla istanze di ampliamente della sfera giuridica del pretendente”.

Sentenzia Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

según la disciplina aplicable, estaba destinada, siguiendo un criterio de normalidad, a un éxito favorable, y resultaría pues, jurídicamente protegida”.⁹³³ (Traducción propia).

10. “[...] no será invocable, a los fines de la constatación de la culpa, el principio según el cual la culpa de la estructura pública sería *in re ipsa* en el caso de ejecución voluntaria de acto administrativo ilegítimo, porque tal principio, enunciado por jurisprudencia de esta S.C. con referencia a las hipótesis de actividad ilícita, por lesión de un derecho subjetivo, según la tradicional interpretación del art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; no. 5361; n. 3293/94; n. 6542/95), ni es conciliable con la más amplia lectura de la disposición arriba indicada, desvinculada de la lesión de un derecho subjetivo;”.⁹³⁴ (Traducción propia).
11. “[...] la imputación no podrá, pues constatarse sobre la base del mero dato objetivo de la ilegitimidad de la acción administrativa, sino que el juez ordinario deberá desarrollar una más profunda investigación, no limitada a la sólo verificación de la legitimidad de la decisión del procedimiento en relación con la normatividad aplicable, sino extendida también a la valoración de la culpa, no del funcionario agente (referida a los parámetros de negligencia o impericia), sino de la P.A. entendida como aparato (en tal sentido, v. sent. n. 5883/91) que será configurable en el caso en el cual la adopción y la ejecución del acto ilegítimo (lesivo del interés del perjudicado) sea verificada en violación a la regla de imparcialidad, de corrección, y de buena administración en las cuales el ejercicio de la función administrativa debe inspirarse y que el juez ordinario puede valorar, en cuanto se pongan límites externos a la discrecionalidad”.⁹³⁵ (Traducción propia).
12. La Corte de Casación ha establecido los lineamientos o condiciones que debe verificar el juez para determinar la presencia de responsabilidad de las Administraciones Públicas en los casos concretos:
 - a) En primer lugar, deberá comprobar la existencia de un hecho dañoso;
 - b) Procederá entonces a establecer si el daño ocurrido sea calificable como daño injusto, en relación a su incidencia sobre un interés relevante para el ordenamiento, que puede ser

⁹³³ “Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento a la normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un obiettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹³⁴ “[...] non sarà invocabili a fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; no. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; [...]”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹³⁵ “[...] l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limite esterni alla discrezionalità”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

indiferentemente tutelado en la forma de un derecho subjetivo (absoluto o relativo), o en la forma de interés legítimo (cuando, así, esto resulte funcional a la protección de un determinado bien de la vida, porque es la lesión al interés al bien que es relevante a los fines en examen), u otro interés (no elevado a objeto de tutela inmediata, sino) jurídicamente relevante (en cuanto tomado en consideración del ordenamiento con fines diversos de los resarcitorios), y así no reconducibles a un conducta (positiva u omisiva) de la Administración”.

c) Deberá además constatar, sobre el perfil causal, haciendo aplicación de los anotados criterios generales, si el evento dañoso sea referible a una conducta (positiva u omisiva) de la A.P.;

d) Procederá, finalmente, a establecer si dicho evento dañoso es imputable al dolo o a la culpa de la A.P.; la culpa (unidamente al dolo) constituye de hecho un componente esencial de los casos de la responsabilidad aquiliana ex. art. 2043 c.c.; [...]”.⁹³⁶ (Traducción propia).

4.4 El interés legítimo y la responsabilidad providencial en el Derecho Administrativo italiano.

El Procedimiento Administrativo presenta una serie de características propias que hacen que se genere una relación diferente entre la Administración y el privado, que incluye unas expectativas de comportamiento y una serie de prerrogativas a favor del particular que se concretan en intereses legítimos. Estos intereses legítimos, que pueden ser de diversas clases, deben estar protegidos para poder generar así la responsabilidad patrimonial del Estado.

Partiendo de lo anterior, este apartado se subdivide en dos partes que son el interés legítimo procedimental y la responsabilidad providencial, con lo que se pretende profundizar en el contenido de estos temas.

⁹³⁶ “a) In primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso;

b) Procederà quindi a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero nella forme forme dell'interesse legittimo (quando, cioè, questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita, poiché è la lesione dell'interesse al bene che rileva ai fini in esame), o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela, ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori), e quindi non riconducibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A..

c) Dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.;

d) Provvedrà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o culpa della P.A.; la colpa (unidamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex. art. 2043 c.c.; [...]”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

4.4.1. El interés legítimo procedimental.

Actualmente en Italia, como se ha demostrado anteriormente, se ha ampliado la protección jurídica de los particulares al pasar, de la simple garantía de los derechos subjetivos, al reconocimiento de ciertas situaciones conocidas como intereses legítimos.

Una vez aceptado este planteamiento, parece imprescindible presentar la definición de interés legítimo procedimental esbozada por el profesor Giandomenico Falcon para quien es: “[...] el interés en conseguir un procedimiento favorable (atributivo de un <<bien de la vida>>) o de evitar un procedimiento desfavorable (supresivo o diminutivo del bien de la vida)”.⁹³⁷ (Traducción propia).

De esta definición, como la misma Corte de Casación lo precisa, se puede derivar que el interés legítimo procedimental no sólo tiene una relevancia procesal; sino que, “[...] tiene también una naturaleza sustancial, en el sentido que se correlaciona a un interés material del titular a un bien de la vida, cuya lesión (en términos de sacrificio o insatisfacción) puede causar daños”.⁹³⁸ (Traducción propia).

El reconocimiento de los intereses legítimos en el derecho italiano ha sido una cuestión complicada que ha generado fuertes debates, sobre todo, en lo referente al tema del “[...] interés protegido y la relación dentro de la cual se ha originado el hecho dañoso”⁹³⁹ (Traducción propia); en otras palabras, uno de los principales problemas que subsiste, sin ser totalmente clarificado,

⁹³⁷ “[...] le interesse a conseguire un provvedimento favorevole (attributivo di un “bene dell vita”) o a evitare un provvedimento sfavorevole (soppressivo o diminutivo del bene della vita)”.

FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Dott. A, Giuffrè Editore. 2009. p. 117.

⁹³⁸ “[...] ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno”.

Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

www.giustizia-amministrativa.it

⁹³⁹ “[...] il carattere dell’interesse protetto e della relazione entro la quale ha origine el fatto dannoso”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p.1.

atañe a la determinación de los límites a la reparación por las violaciones a los intereses legítimos.⁹⁴⁰

Respecto a los límites en la determinación de los daños resarcibles por vulneración de los intereses legítimos, se han fijado algunas premisas para delimitar los supuestos en que proceden las indemnizaciones. Así, se ha precisado, que el reconocimiento de los intereses legítimos no se extiende a todos los casos en que se materializan; sino que, “[...] la lesión del interés legítimo es condición necesaria, pero no suficiente, para acceder a la tutela resarcitoria ex art. 2043 c.c., puesto que, deberán, también demostrarse integrados todos los requisitos, objetivos y subjetivos, del ilícito”.⁹⁴¹ (Traducción propia).

Partiendo de lo anterior, para el reconocimiento de la responsabilidad por vulneración de un interés legítimo se debe hacer un juicio de mérito o evaluación del caso concreto el cual, según Francesca Trimarchi, tendrá que constatar dos elementos diferentes que son: “a) En primer lugar, el referido a la existencia de un interés susceptible, en abstracto, de tutela resarcitoria; b) En segundo lugar, la existencia en concreto del interés mismo”.⁹⁴² (Traducción propia).

En igual sentido, para establecer los intereses legítimos susceptibles de ser reconocidos en materia procedimental administrativa (particularmente en el provvedimento o decisión final del

⁹⁴⁰ “[...] hoy el problema se presenta en términos peculiares, en cuanto, realmente reconocido el principio de resarcibilidad del interés legítimo, existe ahora límites y perplejidad en la generalizada extensión del criterio”. (Traducción propia).

“[...] oggi il problema si presenta in termini peculiari, in quanto, pur riconosciuto il principio della risarcibilità dell’interesse legittimo, esistono ancora limiti e perplessità nella generalizzata estensione del criterio”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 492.

⁹⁴¹ “Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale, in quanto la lesione dell’interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poichè occorre altresì che risultino integrati tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, dell’illecito”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 566.

⁹⁴² “Il giudizio di meritevolezza assume dunque due diversi oggetti:

a) In primo luogo esso verte sull’esistenza di un interesse suscettibile, in astratto, di tutela risarcitoria;

b) In secondo luogo esso riguarda l’esistenza, in concreto, della lesione dell’interesse stesso”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p.14.

procedimiento), se ha recurrido a la clasificación en tipos de interés legítimos opositivos e interés legítimos pretensivos.

De una forma bastante sintética, se puede sostener que los intereses legítimos opositivos serán los encaminados a evitar una decisión desfavorable, con el propósito de conservar un derecho; mientras que, los intereses legítimos pretensivos buscan obtener un pronunciamiento favorable, para así poder ampliar o desarrollar la esfera de protección jurídica del particular.

Dentro de los intereses pretensivos una parte de la doctrina propone que se haga una distinción más profunda, que permita distinguir entre las diversas formas de actividad desarrolla por la administración. “En particular, se deberá distinguir según se trate de actividad vinculada, de actividad discrecional o, a caso, de actividad discrecional *tout court*”.⁹⁴³ (Traducción propia).

4.4.2. La responsabilidad por actividad providencial en Italia.

La Sentencia 500 de 1999 al reconocer situaciones en las cuales se pueden reparar daños a intereses pretensivos, introduce la posibilidad de indemnizar las lesiones ocasionadas en supuestos de responsabilidad procedimental o formal; es decir, aquellas que se producen dentro del desarrollo de los procedimientos Administrativos o por actividad providencial.

Es apropiado presentar la noción de actividad procedimental y para esto, parece conveniente reproducir la sintética fórmula propuesta por Alessio Liberati para quien: “[...] consiste en la actividad de emanación de actos o decisiones finales procedimentales (provvedimenti) por parte de la Administración”.⁹⁴⁴ (Traducción propia).

⁹⁴³ “In particolare, si dovrà distinguere a seconda che si tratti di attività vincolata, di attività discrezionale tecnica o, ancora, di attività discrezionale *tout court*”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell'atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 25.

⁹⁴⁴ “[...] consiste nell'attività di emanazione di atti o provvedimenti da parte dell'amministrazione”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 527.

La responsabilidad por el provvedimento presenta unas características esenciales puesto que dentro del procedimiento administrativo se genera una nueva relación entre la Administración y los particulares, al entrar en un contacto⁹⁴⁵, que permite reconocer un conjunto de prerrogativas a favor de los segundos. Por ejemplo, “[...] el derecho a recibir la comunicación de inicio del procedimiento, de participar en la instructoria del procedimiento en el modo establecido por la ley, de tener acceso al expediente del procedimiento, a obtener la decisión dentro del término prefijado”.⁹⁴⁶ (Traducción propia).

Esta atribución a los particulares, hace que se generen otros intereses legítimos que, igualmente, al ser desconocidos pueden hacer surgir responsabilidad providencial de las Administraciones Públicas italianas; es así como, “[...] el interés legítimo es lesionado por la decisión procedimental administrativa ilegítima, y la lesión fundamenta la demanda de anulación del acto lesivo, cualquiera que sea el motivo de la ilegitimidad de este”.⁹⁴⁷ (Traducción propia).

En este orden de ideas, como lo explica Fulvio Cortese, en los casos en que se trata del resarcimiento de un interés legítimo opositivo “[...] el procedimiento ilegítimo tiene el efecto de sustraer al sujeto privado de la utilidad de la cual ya dispone y de la cual disfruta; es el caso de un ilegítimo procedimiento ablatorio, real o personal”⁹⁴⁸; en cambio, si se está ante un interés legítimo pretensivo: “El provvedimento ilegítimo tiene el efecto de lesionar y frustrar las

⁹⁴⁵ “En el ámbito entre privado y Administración se presentan ciertamente numerosas ocasiones de contacto, a partir de la comunicación de inicio del procedimiento y pasando por todos los institutos participativos previstos”. (Traducción propia).

“Nell’ambito di esso tra privato ed amministrazione vi sono certamente numerose occasioni di contatto, a partire dalla comunicazione di avvio del procedimento e passando per tutti gli istituti partecipativi previsti”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 93.

⁹⁴⁶ “[...] il diritto di ricevere la comunicazione di avvio del procedimento, di partecipare all’istruttoria nei modi stabiliti dalla legge, di avere accesso al fascicolo del procedimento, di ottenere la decisione entro il termine prefissato”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 25.

⁹⁴⁷ “Secondo la sistemazione teorica prevalente e secondo la pratica giudiziaria, l’interesse legittimo è leso dal provvedimento amministrativo illegittimo, e la lesione dà fondamento alla domanda di annullamento dell’atto lesivo, qualunque sia il motivo dell’ilegitimità di questo”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 65.

⁹⁴⁸ “Il provvedimento illegittimo ha l’effetto di sottrarre al soggetto privato utilità di cui già dispone e di cui già gode; è il caso di un illegittimo provvedimento ablatorio, reale o personale”.

CORTESE, Fulvio. *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*. CEDAM. Padova. 2007. p. 129.

expectativas del sujeto privado en contra de la utilidad de la cual todavía no puede disponer –y de la cual, entonces, todavía no puede gozar- si no a través de la intermediación positiva de la A.P.; es el caso de la ilegítima negación de un procedimiento ampliatorio”.⁹⁴⁹ (Traducción propia).

La responsabilidad provvedimental se puede clasificar de diversas formas y para ello resulta conveniente citar la propuesta del profesor Giandomenico Falcon, quien piensa que una forma adecuada de dividirlo sería en tres casos que son: “[...] a) La colisión con el procedimiento lesivo; la no consecución de un procedimiento favorable o el retardo en conseguirlo y c) los otros casos [...]”⁹⁵⁰. (Traducción propia). Estos supuestos serán brevemente explicados a continuación.

- a) La colisión con el procedimiento lesivo: Dentro de estos supuestos se deben enmarcar los casos en que se lesiona un derecho de una persona a causa del procedimiento; en estos casos, como es natural, la lesión recaerá sobre un interés opositivo. Un ejemplo, se presenta cuando se vulnera el derecho de propiedad por parte de la Administración en los casos de expropiación.
- b) La no consecución de un procedimiento favorable o el retardo en conseguirlo: A esta hipótesis corresponden las situaciones en que al particular la Administración le vulnera un interés pretensivo, o sea un intento de ampliar su esfera jurídica. Uno de los casos más comunes es la producción del daño de retardo.
- c) Otros casos: En esta última subdivisión intenta agrupar todos los supuestos no encuadrables en los dos anteriores. Sin ánimo de exhaustividad se pueden incluir las

⁹⁴⁹ “Il provvedimento illegittimo ha l’effetto di ledere e frustrare le aspettative del soggetto privato nei confronti di utilità di cui egli ancora non può disporre – e di cui, quindi, ancora non può godere- se non attraverso l’intermediazione positiva della P.A.; è il caso dell’illegittima negazione di un provvedimento ampliativo”.

CORTESE, Fulvio. *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*. CEDAM. Padova. 2007. p. 129.

⁹⁵⁰ “[...] a) la collisione con il provvedimento lesivo; b) il mancato conseguimento di un provvedimento favorevole o il ritardo nel conseguirlo; c) le altre fattispecie (la lesione di situazioni giuridiche meramente procedimentali; le ipotesi di responsabilità autenticamente precontrattuale; i danni causati da comportamenti dell’amministrazione riconosciuti illeciti, nonostante la legittimità del provvedimento posto in essere: a esempi, legittima revoca, ma condotta in modo scorretto; ulteriori casi particolari)”.

FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 122.

siguiente hipótesis: Situaciones meramente procedimentales o los daños de comportamiento declarados ilícitos.

5. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PROVVEDIMENTAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ITALIANAS.

Introducción.

Como resultado de las nuevas orientaciones expresadas en la Sentencia No. 500 de 1999 de la Corte de Casación italiana, en la cual se analiza la posibilidad de introducir la responsabilidad de las Administraciones Públicas por el provvedimento administrativo, se ha reabierto el debate sobre la verdadera naturaleza de la responsabilidad Administrativa por actividad formal.

Como se verá, la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado por actividad provvedimental ha sido excesivamente discutida⁹⁵¹, puesto que dependiendo de la tesis que se acoja variará la determinación de la culpa, la carga probatoria, el término de prescripción y la cuantificación del daño.⁹⁵²

En consecuencia, se han generado diversas hipótesis sobre el tema las principales son: 5.1. Precontractual, 5.2. Contractual, 5.3. De contacto, 5.4. Especial y 5.5. Extracontractual; a las cuales es necesario hacer brevemente una explicación en los siguientes párrafos.

⁹⁵¹ “El tema de la naturaleza de la responsabilidad de la Administración pública por actividad provvedimental es excesivamente discutido”. (Traducción propia).

“Il tema della natura della responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimentale è oltremodo discusso”. (Traducción propia).

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 323.

⁹⁵² “Notables, evidentemente, las consecuencias prácticas que se desprenden del acogimiento de una u otra tesis, en especial aquellas concernientes a la carga de la prueba, el término de prescripción, la cuantificación del daño”. (Traducción propia).

“Notevoli, evidentemente, le conseguenze pratiche che discendono dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, specie per quel che concerne l'onere della prova, il termine di prescrizione, la quantificazione del danno”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 49.

5.1. Precontractual.

La primera tesis sobre la naturaleza de la responsabilidad de las Administraciones públicas italianas por los daños efectuados a causa del desarrollo del procedimiento administrativo, que ha sido apoyada por una parte relevante de la doctrina desde tiempo atrás⁹⁵³, les atribuye a este tipo de lesiones, una naturaleza similar a la que se presenta en las etapas previas a la firma del contrato y por ende, se ha denominado precontractual.

Con esto, “[...] se supera la tradicional orientación jurisprudencial que reducía la responsabilidad precontractual de la A.P. a ámbitos muy estrictos, haciéndola coincidir con aquella parte de actividad precontractual considerada exquisitamente privatística”.⁹⁵⁴ (Traducción propia).

Como lo explica Alessio Liberati: “Se habla de responsabilidad precontractual referido específicamente al comportamiento de las partes durante el desarrollo de las negociaciones y en la formación del *contrato*”.⁹⁵⁵ (Traducción propia). De este modo, se considera que la relación procedimental se asemeja a los actos previos que se realizan a la firma de un contrato y que generan especiales obligaciones para las partes que posteriormente contratarán.

⁹⁵³ “Ha sido así acogida la enseñanza de una autorizada doctrina, la cual ya de tiempo atrás proponía asimilar el resarcimiento del daño por lesiones de intereses legítimos, cuando estos se presentan como intereses que anhelan el obtención de un bien de la vida, como responsabilidad precontractual, sustituyendo así la incerteza que en la estructura del interés legítimo circunda la utilidad sustancial del particular frente al poder administrativo, con el interés al comportamiento correcto de la Administración”. (Traducción propia).

“É stato così recepito l'insegnamento di un'autorevole dottrina, la quale già da tempo proponeva di assimilare il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, quando questi si presentano come interessi che anelano all'ottenimento di un bene della vita, come responsabilità precontrattuale, sostituendo così l'incertezza che nella struttura dell'interesse legittimo circonda l'utilità sostanziale del singolo a fronte della potestà amministrativa, con l'interesse al comportamento corretto dell'amministrazione”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto*. Giuffrè Editore. Milano. 2010. pp. 72-73

⁹⁵⁴ “È stato così superato il tradizionale orientamento giurisprudenziale che riduceva la responsabilità precontrattuale della P.A. in ambiti molto ristretti, coincidenti con quella parte di attività precontrattuale ritenuta squisitamente privatistica”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto*. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 69.

⁹⁵⁵ “Si parla di responsabilità precontrattuale con riferimento specifico al comportamento delle parti durante lo svolgimento di trattative e nella formazione di un contratto”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività. Seconda Edizione*. CEDAM. Padova. 2009. p. 235.

En esta concepción jurídica la responsabilidad surge por el incumplimiento de alguna obligación de comportamiento que se espera por parte de las Administraciones Públicas. Siguiendo a Roberto Giovagnoli esta tesis se fundamenta en “[...] la idea de un acercamiento entre la responsabilidad precontractual y el deber de la Administración de comportarse siguiendo la buena fe en la valoración de las pretensiones de los privados”.⁹⁵⁶ (Traducción propia).

Según la tesis de la naturaleza procedimental precontractual, la determinación de la culpa se presenta de una forma diversa, puesto que ésta se concretará “[...] sustancialmente en la comprobación de la violación de las reglas de buena fe contenida en el art. 1337 c.c.”.⁹⁵⁷ (Traducción propia).

Para terminar, se debe anotar que la tesis de la responsabilidad ha sido sometida a fuertes críticas, entre las que se destaca la que afirma que al igualarlo a la etapa precontractual, se desconocerían las verdaderas dimensiones del daño, al limitarlo a las reglas de la responsabilidad precontractual; en otras palabras, se corre el riesgo de que la asimilación del procedimiento administrativo a la responsabilidad *in contrahendo* (o precontractual) “[...] induzca al juez a renunciar a la verificación del alcance real del interés pretensivo pretendido por el recurrente, a los fines de comprobar si el resarcimiento fue cuantificado no sólo en términos de reparación del interés negativo (gastos y daños de adicionales ocasiones), sino también en términos de lucro cesante”.⁹⁵⁸ (Traducción propia).

⁹⁵⁶ “[...] riprendendo l’idea di un accostamento tra la responsabilità precontrattuale e il dovere dell’amministrazione di comportarsi secondo buona fede nel valutare le pretese del privato”.
CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 586.

⁹⁵⁷ “Anche con riferimento alla responsabilità precontrattuale, il criterio di imputazione soggettiva si pone in termini peculiari.
Esso, infatti, si risolve sostanzialmente nell’accertamento della violazione delle regole di buona fede di cui all’art 1337 c.c.”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 568.

⁹⁵⁸ “[...] induca il giudice a rinunciare di verificare la reale portata dell’interesse pretensivo avanzato dal ricorrente, al fine di accertare se il risarcimento andasse quantificato non solo in termini di ristoro dell’interesse negativo (spese e danni da ulteriori occasioni), ma anche in termini di lucro cessante”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 74.

5.2. Contractual.

Esta aproximación considera que la responsabilidad de las Administraciones públicas surge por la preexistencia de un contrato o vínculo jurídico y por ende, “[h]abrá responsabilidad <<contractual>> cuando la obligación de resarcimiento del daño deriva de la violación de una *preexistente relación obligacional* (por tanto, no sólo de contrato)”.⁹⁵⁹ (Traducción propia).

En este orden de ideas, se asemejaría el provvedimento administrativo a un acuerdo contractual bilateral, en el que surgirían obligaciones de naturaleza contractual para cada una de las partes contrayentes. En este sentido, las partes contratantes serían: Por una parte el particular afectado o interesado en el procedimiento y por la otra, las entidades públicas implicadas.

En cuanto a la constatación del elemento subjetivo se debe destacar que “[...] cuando se abraza una visión contractual de la responsabilidad procedimental de la Administración, el elemento culposo no necesita de una explícita demostración. Puesto que, este, hecho, estaría sustancialmente implícito en el incumplimiento”.⁹⁶⁰ (Traducción propia). Con lo que se facilitaría la prueba al particular, quien con el sólo incumplimiento demostraría la presencia de culpa o dolo.

Esta tesis ha sufrido fuertes críticas como las efectuadas por el profesor Giandomenico Falcon quien, la considera un poco artificiosa y poco práctica, sosteniendo que: “Así, la tesis de la responsabilidad contractual me parece hoy de un lado poco fundada; del otro tampoco útil, en el momento de que el resultado pretendido, puede ser obtenido, dentro del cuadro del vigente derecho positivo, de una manera más simple y directa”.⁹⁶¹ (Traducción propia).

⁹⁵⁹ “Si ha responsabilità <<contrattuale>> quando l’obbligo di risarcimento del danno deriva dalla violazione di un preesistente rapporto obbligatorio (dunque non solo da contratto)”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 309.

⁹⁶⁰ “Viceversa, qualora si abbracci una visione contrattuale della responsabilità provvedimento dell’amministrazione, l’elemento colposo non necessiterebbe di una esplicita dimostrazione. Esso, infatti, sarebbe sostanzialmente implícito nell’inadempimento”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 570.

⁹⁶¹ “Sicché la tesi della responsabilità contrattuale mi sembra oggi da un lato poco fondata, dall’altro neppure utile, dal momento che i risultati cui voleva pervenire possono essere raggiunti, nel quadro del vigente diritto positivo, per altra, più semplice e più diretta via”.

5.3. De contacto o paracontractual.

Este planteamiento que se ha introducido recientemente en el derecho italiano⁹⁶², sostiene que la Administración por medio del procedimiento administrativo entra en contacto con el asociado dejando de ser ajeno al particular.⁹⁶³ De este modo, al lesionar a la persona privada se genera otro tipo de relación diferente de la típica responsabilidad civil aquiliana por el daño causado a otro⁹⁶⁴.

Esta teoría se ha fundamentado jurídicamente en el artículo 1.173⁹⁶⁵ del Código Civil. Como lo explican Alessio Liberati y María Marginesu: “La locución utilizada por la norma que rige el nacimiento de las obligaciones, y así, <<cada acto o hecho idóneo para producirlo según el ordenamiento jurídico>> bien a medida, de hecho, a la hipótesis de una responsabilidad derivante

FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 131.

⁹⁶² “En tiempos relativamente recientes ha hecho aparición en nuestro ordenamiento la así denominada teoría de la responsabilidad de contacto”. (Traducción propia).

“In tempi relativamente recenti ha fatto ingresso nel nostro ordinamento la cosiddetta teoria de la responsabilità da contatto”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 87.

⁹⁶³ “En el interior de un procedimiento administrativo, más bien, el privado se presenta como titular de posiciones jurídicas, que están en grado de sacarlo de aquella posición de indiferencia con respecto a la Administración, y de hacer surgir una verdadera y propia relación con la misma”. (Traducción propia).

“Al’ interno di una procedura amministrativa, anzi, il privato si presenta come titolare di posizioni giuridiche, che sono in grado di toglierlo da quella posizione di indifferenza rispetto all’amministrazione, e di far sorgere un vero e proprio rapporto con la stessa”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. pp. 330-331

⁹⁶⁴ “Tal tesis parte del presupuesto que la Administración no se encuentra respecto al privado, lesionado en su interés legítimo, en la posición del <<transeúnte>> o del <<cualquiera>>, típica de la tutela aquiliana, porque en consecuencia del contacto que se instaura entre la Administración y el privado en el curso del procedimiento administrativo surge una verdadera y propia relación obligacional, una relación de hecho sin obligación primaria de prestación”. (Traducción propia).

“Tale tesi parte dal presupposto che l’amministrazione non si trova rispetto al privato, leso nel suo interesse legittimo, nella posizione del <<passante>> o del <<cuiunque>>, típica della tutela aquiliana, poichè a seguito del contatto che si instaura tra l’amministrazione e il privato nel corso del procedimento amministrativo sorge se non un vero e proprio rapporto di fatto senza obbligo primario di prestazione”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 585.

⁹⁶⁵ Art. 1173. Fonti delle obbligazioni. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36450>

de un contacto procedimental (no plenamente reconducible a una hipótesis de contractualidad plena”.⁹⁶⁶ (Traducción propia).

Adicionalmente, se ha construido sobre tres pilares fundamentales como lo explican Alessio Liberati y Maria Marginesu: El primero, es la relación de contacto entre la Administración y el privado⁹⁶⁷; el segundo, es la indiscutible confianza y las expectativas que se tienen acerca del comportamiento de la Administración⁹⁶⁸ y el tercero, la interpretación como una nueva relación entre interesados, dejando de lado el criterio del *neminem leader*.⁹⁶⁹

Como lo establece Roberto Giovagnoli: “Mientras en la responsabilidad aquiliana la culpa debe ser probada por el lesionado y en su ausencia no puede darse lugar al resarcimiento del daño, en la responsabilidad contactual la carga probatoria es invertida, debiendo ser el deudor quien demuestre la ausencia de culpa”.⁹⁷⁰ (Traducción propia).

⁹⁶⁶ “La locuzione utilizzata dalla norma che disciplina la nascita delle obbligazioni, e cioè <<ogni atto o fatto idoneo a produrle secondo l’ordinamento giuridico>> ben si attaglierebbe, infatti, all’ipotesi di una responsabilità derivante da un contatto provvedimentoale (non pienamente riconducibile ad una ipotesi di contrattualità piena”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 98.

⁹⁶⁷ “Un primer elemento está dado por la existencia de la relación entre la Administración y el privado y por, consiguiente, contacto que se instaura objetivamente entre los mismos”. (Traducción propia).

“Un primo elemento è dato dall’esistenza del rapporto tra amministrazione e privato e dal, conseguente, contatto che si instaura obiettivamente tra gli stessi.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 90.

⁹⁶⁸ “Además de esto, aparece una indiscutible confianza que se genera a favor del privado; el cual tiene, por tanto, unas expectativas en cuanto al comportamiento de la Administración”. (Traducción propia).

“Oltre a questo, vi è un’indiscutibile affidamento che si genera in capo al privato, il quale ha dunque delle aspettative nei confronti del comportamento dell’amministrazione”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 90.

⁹⁶⁹ “En adición, se adjunta, la responsabilidad de la Administración, interpretada como un contacto con los interesados, evidencia la no reconducibilidad al criterio del *neminem leader*, en consideración a la existencia, de todos modos, de una relación”. (Traducción propia).

“Inoltre, si aggiunge, la responsabilità dell’amministrazione, interpretata come un contatto con gli interessati, evidenzia la non riconducibilità al criterio del *neminem leader*, in considerazione dell’esistenza, comunque, di un rapporto”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 90.

⁹⁷⁰ “Mentre nella responsabilità aquiliana la colpa deve essere provata dal danneggiato e in mancanza non può farsi luogo al risarcimento del danno, nella responsabilità contrattuale l’onere probatorio è rovesciato, dovendo essere il debitore a dimostrare l’assenza di colpa”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 61.

Así mismo, se debe hacer relación a las principales críticas⁹⁷¹ que son expuestas por Alessio Liberati y María Marginesu a través de su libro se pueden agrupar en las siguientes: La primera, es la dificultad de asimilar el procedimiento administrativo a la relación obligacional de derecho privado⁹⁷², la discrecionalidad administrativa no puede asimilarse a un vínculo obligatorio civil⁹⁷³ y el desconocimiento de los especiales fines de la Administración como la realización del interés público, que no se puede asimilar al de los privados.⁹⁷⁴

5.4. Especial o *tertium genus*.

Otro pensamiento elaborado sobre la naturaleza de la responsabilidad procedimental, sostiene que no se trataría de un género encuadrable dentro de los esquemas típicos del Derecho Civil sino un *tertium genus*⁹⁷⁵; puesto que, “[...] no se trataría en realidad ni de una responsabilidad

⁹⁷¹ “La tesis de la responsabilidad de contacto, si bien es sugestiva y elegantemente argumentada, plantea, aún, al aplicarla a la responsabilidad aquiliana de la A.P., alguna perplejidad”. (Traducción propia).

“La tesi della responsabilità da contatto, sebbene suggestiva e elegantemente argomentata, solleva, tuttavia, se applicata alla responsabilità aquiliana della P.A., alcune perplessità”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. pp. 66-67.

⁹⁷² “Un importante argomento censorio se ha centrato sobre la objeción que propone una especie de incompatibilidad entre el concepto de relación administrativa y de relación obligatoria civilística”. (Traducción propia).

“Un importante argomento censorio si è incentrato sull’obiezione che propone una sorta di incompatibilità tra il concetto di rapporto amministrativo ed il rapporto obbligatorio civilistico”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 104.

⁹⁷³ “Un segundo argumento utilizado por la posición adversa a la responsabilidad de contacto se ha concentrado sobre la existencia de elementos de discrecionalidad en el ámbito de la actividad procedimental administrativa. Tales elementos, se ha dicho, resultarían incuestionables y como tales no serían susceptibles de reentrar en un vínculo obligatorio”. (Traducción propia).

“Un secondo argomento utilizzato dalle impostazioni avverse alla responsabilità da contatto si è incentrato sulla esistenza di elementi di discrezionalità nell’ambito dell’attività provvedimento amministrativo. Tali elementi, si è detto, risulterebbero insindacabili, e come tali non sarebbero suscettibili di rientrare in un vincolo obbligatorio”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 106.

⁹⁷⁴ “[...] éste enfoque identifica en la estructura de la responsabilidad de contacto una valorización de los elementos de instrumentalidad (identificados en las obligaciones procedimentales) que recaen sobre la Administración en el seguimiento del interés público, y por eso, en la comprensión o expansión del bien jurídico subsistente a instancia del privado”. (Traducción propia).

“[...] questa impostazione individua nella struttura della responsabilità da contatto una valorizzazione degli elementi di strumentalità (individuati negli obblighi procedimentali) che gravano sull’amministrazione nel perseguimento dell’interesse pubblico, e quindi nella compressione o espansione del bene giuridico sottostante all’instanza del privato”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto*. Maggioli Editore. 2008. p. 109.

⁹⁷⁵ “La doctrina ha también propuesto la tesis de que la lesión de intereses legítimos no sería reconducible a los esquemas típicos de derecho civil, sino que representaría un *tertium genus*”.

contractual ni de una responsabilidad extracontractual, sino de una responsabilidad dotada de características y sobretodo de una disciplina propia: una responsabilidad, pues, que podría significativamente denominarse especial”.⁹⁷⁶ (Traducción propia).

En consecuencia, la responsabilidad no sería encuadrable dentro de los lineamientos civilísticos contemplados en los artículos 2.043 o 1218 del Código Civil, siendo necesario buscar su fundamentación en otra parte.⁹⁷⁷ Así, se debe partir de la idea que en los supuestos de daños ocasionados por la Administración Pública dentro de los procedimientos administrativos se presenta una situación particular o especial en la que se lesionan intereses legítimos.

La tesis de la naturaleza especial ha sido apoyada por el Consejo de Estado en un solo caso, en la Sentencia No. 1047 del 14 de marzo de 2005, “[...] afirmando que en el derecho público y para el caso de lesiones causadas a los intereses legítimos, si se está en presencia de una peculiar figura del ilícito, cualificado del ilegítimo ejercicio de poder autoritario –el que excluye que pueda ser, sin otro, traspuesta la *summa divisio* entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, históricamente afirmada en el derecho privado”.⁹⁷⁸ (Traducción propia).

“In dottrina si è anche proposta la tesi che la lesione dell’interesse legittimo non sarebbe riconducibile agli schemi tipizzati dal diritto civile, ma rappresenterebbe un tertium genus”. (Traducción propia).

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 335.

⁹⁷⁶ “[...] non si tratterebbe in realtà nè di responsabilità contrattuale, ma di una responsabilità dotata di caratteristiche esopratutto di disciplina propia: una responsabilità dunque, che potrebbe significativamente denominarsi <<speciale>>”. FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 132.

⁹⁷⁷ “Sobre este sector de pensamiento, surge, doctrinariamente, la hipótesis que afirma que la responsabilidad procedimental de la Administración no sería reconducible a esquemas típicos, sino a una naturaleza atípica, no encuadrable en el ámbito del art. 2043 c.c. o 1218 c.c.”. (Traducción propia).

“Su questo stesso filone di pensiero si pone, in dottrina, l’ipotesi che afferma che la responsabilità provvedimento della amministrazione non sarebbe riconducibile a schemi tipici, ma ad una natura atípica, non inquadrabile nell’ambito dell’art. 2043 c.c. o 1218 c.c.”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 337.

⁹⁷⁸ “In una isolata decisione, anche il Consiglio di Stato ha mostrato di aderire alla tesi di una responsabilità speciale, affermando che nel diritto pubblico e per il caso di lesione arrecata all’interesse legittimo, si è in presenza di una peculiare figura di illecito, qualificato dall’illegittimo esercizio del potere autoritativo –il che preclude che possa essere senz’altro traspuesta la *summa divisio* tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, storicamente affermatasi nel diritto privato” (Cons. Stato, sez. VI, 14 de marzo 2005, n. 1047)”.
CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 587.

Lo anterior se fundamenta sobre la idea de que “[...] el contacto procedimental, una vez introducido en el ámbito de la relación administrativa, caracterizada por un desarrollo instructor y por una amplia dialéctica entre las partes sustanciales, impone al sujeto público una precisa obligación de diligencia, que lo convierte en garante del correcto desarrollo del procedimiento y de su legítima conclusión”.⁹⁷⁹ (Traducción propia). La cual no sería encuadrable ni dentro de una obligación contractual ni dentro de una netamente extracontractual, siendo necesario ubicarla en otro sector jurídico diferente.

5.5. Extracontractual.

Pese a la gran proliferación de planteamientos que existen sobre la naturaleza de la responsabilidad procedimental, se continúa considerando mayoritariamente la responsabilidad extracontractual⁹⁸⁰ o “[...] responsabilidad aquiliana contenida en el art. 2043 C.C., cláusula general con la cual se sanciona con una obligación resarcitoria la violación del principio del *neminem laedere*”.⁹⁸¹ (Traducción propia).

En este sentido, simplemente “[h]abrá responsabilidad <<extracontractual>> cuando la responsabilidad deriva del hecho de haber provocado a un tercero un *daño injusto*”⁹⁸², sin que medie una relación contractual preexistente. El procedimiento, a pesar de ser un tipo de relación

⁹⁷⁹ “[...] il contatto procedimentale, una volta innestato nell'ambito del rapporto amministrativo, caratterizzato da sviluppi istruttori e da un'ampia dialettica tra le parti sostanziali, impone al soggetto pubblico un preciso onere di diligenza, che lo rende garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione”. GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 170.

⁹⁸⁰ “La naturaleza extracontractual de la responsabilidad por el procedimiento administrativo ilegítimo es todavía hoy prevalente en la jurisprudencia administrativa y ha estado, también, recientemente confirmada por numerosas sentencias del Consejo de Estado”. (Traducción propia).

“La natura extracontrattuale della responsabilità da provvedimento amministrativo illegittimo é ancora oggi prevalente nella giurisprudenza amministrativa ed é stata anche di recente ribadita da numerose sentenze del Consiglio di Stato”. GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 49.

⁹⁸¹ “[...] responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 C.C., clausola generale con la quale si sanziona con un obbligo risarcitorio la violazione del principio del *neminem laedere*”. CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 587.

⁹⁸² “Si ha responsabilità <<extracontrattuale>> quando la responsabilità deriva dal fatto d'aver provocato a terzi un danno ingiusto (art. 2043 c.c.)”. DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 309.

en que hay contacto con la Administración, no es estrictamente un contrato y por ende, se trata de una relación netamente extracontractual.

Adicionalmente, se debe señalar en cuanto a si es necesaria o no la prueba de la culpa, es claro que “[...] si se sigue la visión extracontractual de la responsabilidad de la Administración en el ámbito de la actividad procedimental, se desprende que la culpa debe ser necesariamente probada”.⁹⁸³ (Traducción propia).

Pese a esto, el Consejo de Estado italiano siguiendo las directrices jurisprudenciales de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y de ésta manera, separándose un poco de la tesis de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad procedimental, “[...] ha introducido una disminución posterior o aligeramiento de la carga probatoria gravada sobre el privado, llegando a afirmar que la ilegitimidad del procedimiento, en sí considerado, prescindiendo entonces de la subsistencia de adicionales elementos indiciarios, representa un indicio grave, preciso y concordante sobre el cual fundamentar una presunción relativa de culpa”.⁹⁸⁴ (Traducción propia).

Finalmente, es imprescindible mencionar que todavía no hay acuerdo en la naturaleza de la responsabilidad extracontractual. La más poderosa crítica doctrinaria “[...] ha objetado como propio el aspecto que caracteriza la responsabilidad extracontractual, o sea la extrañeza entre el causante y el dañado, de la cual carecen cuando la Administración y el privado se convierten en partes en el procedimiento administrativo”.⁹⁸⁵ (Traducción propia).

⁹⁸³ “[...] se si segue la visione extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione nell'ambito dell'attività provvedimentoale, ne consegue che la colpa deve essere necessariamente provata”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali*. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 569.

⁹⁸⁴ “[...] ha introdotto una ulteriore alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul privato, giungendo ad affermare che l'illegittimità del provvedimento, in sé considerata, a prescindere quindi dalla sussistenza di ulteriori elementi indiziari, rappresenta un indizio grave, preciso e concordante sul quale fondare una presunzione relativa di colpa”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 173.

⁹⁸⁵ “[...] é obiettato come proprio l'aspetto che caratterizzala responsabilità extracontrattuale, ovvero l'estraneità tra danneggiante e danneggiato, difetta allorché l'amministrazione e il privato diventano parti di un procedimento amministrativo”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 49.

6. LOS ELEMENTOS QUE GENERAN LA RESPONSABILIDAD PROVVEDIMENTAL EN ITALIA.

Introducción.

Es importante analizar las particularidades que presentan los elementos que generan la responsabilidad procedimental de las Administraciones Públicas italianas son: “1. El evento dañoso; 2. La posibilidad de calificarlo como <<ingiusto>> en cuanto lesivo de situaciones subjetivas jurídicamente relevantes, y perpetrado, entonces *contra ius e non iure*, 3. La referibilidad causal del mismo a una conducta, activa y omisiva, de la P.A.; 4. La circunstancia que sea imputable al dolo o culpa de la A.P. misma”.⁹⁸⁶ (Traducción propia).

Antes de continuar, se debe hacer dos precisiones sobre la metodología elegida para abordar el tema de los elementos configuradores de la responsabilidad estatal: La primera, es que se hará tan sólo referencia a la tesis de la responsabilidad extracontractual que es la más aceptada por la jurisprudencia en la actualidad⁹⁸⁷ y la segunda, que los elementos de evento dañoso y su injusticia, serán agrupados en una sola categoría denominada como daño injusto; con lo que, el contenido del capítulo se concretará en tres apartados: 6.1. El daño injusto; 6.2. La imputación y 6.3. La relación de causalidad.

6.1. El daño antijurídico que se concreta en la lesión de un interés legítimo pretensivo.

Como se ha observado las acciones de las Administraciones públicas pueden originar la responsabilidad pública bien sea comportamental o procedimental⁹⁸⁸; como el objeto de esta

⁹⁸⁶ “[...] (1) l’evento dannoso, (2) la possibilità di qualificarlo come <<ingiusto>> in quanto lesivo di situazione soggettive giuridicamente rilevanti, e perpetrato, quindi *contra ius e non iure*, (3) la riferibilità causale dello steso ad una condotta, attiva od omissiva, della P.A., (4) la circostanza che esso sia imputabile a dolo o colpa della P.A. medesima”
CORTESE, Fulvio. *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*. CEDAM. Padova. 2007. p. 125.

⁹⁸⁷ Se debe tener presente que según la naturaleza jurídica de la responsabilidad procedimental que se acoja, los elementos configuradores de la responsabilidad variarán. Por eso, esta parte del escrito se concentra tan sólo en la de la responsabilidad extracontractual, eso sí, introduciendo las algunas variaciones que permiten aplicarla ma’s fácilmente a los casos concretos.

⁹⁸⁸ “Lo relevante, a los fines reparatorios, es por tanto la acción efectuada por la Administración pública independientemente de que su realización a través de la actividad procedimental o aquella comportamental”. (Traducción propia).

parte del estudio es la responsabilidad procedimental, la lesión se concreta en la causación de un daño injusto⁹⁸⁹ (*damnum iniuria datum*⁹⁹⁰) de un interés legítimo⁹⁹¹ y no de un derecho subjetivo.⁹⁹²

Acá nuevamente, como lo explica el profesor Fulvio Cortese, corresponde volver a la clasificación típica de los intereses legítimos en opositivos⁹⁹³ y pretensivos para poder determinar la presencia de una lesión injusta a un interés legítimo. Teniendo en cuenta que en este trabajo

“Ciò che rileva, ai fini risarcitori, è dunque l’azione compiuta dalla pubblica amministrazione, indipendentemente dal suo svolgersi attraverso l’attività provvedimentoale e quella comportamentale”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 536.

⁹⁸⁹ “El dato más relevante es la comprobación del requisito de la injusticia del daño, o sea del hecho que el daño ha sido perpetrado, *contra ius e non iure*, a un interés jurídicamente relevante y merecedor de tutela reparatoria, ya que se considera que pasa necesariamente a través de la certificación de la ilegitimidad cometida por la P.A.”. (Traducción propia).

“Il dato che qui rileva maggiormente è l’accertamento del requisito dell’ingiustizia del danno, ossia del fatto che il danno è stato perpetrato, *contra ius e non iure*, ad un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela risarcitoria, giacché si ritiene che esso passi necessariamente attraverso la verifica dell’ilegittimità commessa dalla P.A.”. CORTESE, Fulvio. La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale. CEDAM. Padova. 2007. p. 128.

⁹⁹⁰ “El concepto de daño <<injusto>> se remonta, léxicamente, a la expresión romana *damnum iniuria datum*: no está afuera de una connotación de naturaleza moral o ética; expresa, como lo había expresado la palabra *iniuria*, la idea de la no conformidad con el derecho”. (Traducción propia).

“Il concetto di danno <<ingiusto>> si ricollega, lessicalmente, al romanistico *damnum iniuria datum*: vi esula ogni connotazione di natura morale o etica; esprime, come aveva espresso la parola *iniuria*, l’idea della non conformità al diritto”.

GALGANO, Francesco. I fatti illeciti. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008. p. 27.

⁹⁹¹ “[...] un interés legítimo, o sea un interés sólo indirectamente protegido por una norma dirigida a tutelar el interés general. Aquí el sujeto que ocasiona el daño y la pública administración, la cual viola una regla de comportamiento encaminada hacia el interés general, y que sólo indirectamente protege los intereses particulares”. (Traducción propia).

“[...] un interesse legittimo, ossia un interesse solo indirettamente protetto da una norma posta a tutela dell’interesse generale. Qui il soggetto che cagiona il danno è la pubblica amministrazione, la quale viola una regola di comportamento che è posta nell’interesse generale, e che solo indirettamente protegge l’interesse dei singolo”.

GALGANO, Francesco. I fatti illeciti. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008. p. 48.

⁹⁹² “En el curso de los años noventa, se rompió el nexo entre tutela risarcitoria y derecho subjetivo y el área del daño resarcible se ha extendido hasta comprender la lesión de cualquier interés digno de tutela”. (Traducción propia).

“In fine, nel corso degli anni novanta, è spezzato anche il nexo fra tutela risarcitoria e diritto soggettivo, e l’area del danno risarcibile è estesa fino a comprendere la lesioni di qualsiasi interesse digno di tutela”.

GALGANO, Francesco. I fatti illeciti. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008. p. 30.

⁹⁹³ “La injusticia del daño a los intereses opositivos se entinde subsistente in re ipsa donde el juez tan sólo constata la ilegitimidad y en consecuencia, “[...] la <<reintegración en forma específica>> por tanto, se connota en esta hipótesis como simple reparación material de los perjuicios sufridos, a los fines de la reconstrucción del *status quo ante*”. (Traducción propia).

“L’ingiustizia del danno è considerata come sussistente in re ipsa [...], la valutazione del giudice della responsabilità, infatti, si limita ad un riscontro di pura legittimità, in esito al cui negativo risultato si può direttamente affermare che il cittadino, occasionalmente travolto dall’azione imperativa (...) della P.A., dev’essere risarcito; (...) la <<reintegrazione in forma specifica>> pertanto, si connota in questa ipotesi come semplice riparazione materiale dei pregiudizi subiti, ai fini della ricostruzione dello *status quo ante*”.

CORTESE, Fulvio. La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale. CEDAM. Padova. 2007. p. 129.

tan sólo se hará referencia a los intereses legítimos pretensivos, que son los vulnerados dentro del procedimiento administrativo.

En los pretensivos, se debe mirar la relevancia jurídica de la expectativa del ciudadano “[...] a través de la realización de un juicio pronóstico (...) sobre la fundamentación o no de la petición, donde se establece si el pretendiente es titular, no ya de una mera expectativa como tal no tutelable; sino, en cambio, de una situación susceptible de determinar una objetiva confianza sobre su conclusión positiva [...]”⁹⁹⁴. (Traducción propia).

Cuando se habla de intereses legítimos pretensivos que se lesionan en el procedimiento, se puede afirmar que están conexos a la actividad discrecional y por esto, “[...] la valoración de la atribución a un bien de la vida, irá obviamente a interferir con el poder reservado a la Administración pública”.⁹⁹⁵ (Traducción propia).

En síntesis, como lo destaca Roberto Giovagnoli: “Sobre los intereses pretensivos cuya lesión se configura en el caso de ilegítimo deniego del procedimiento solicitado o de injustificado retardo en su adopción, deberá en cambio analizarse la consistencia de la protección que el ordenamiento reserva a las instancias de ampliación de la esfera jurídica del pretendiente”.⁹⁹⁶ (Traducción propia).

En cuanto a la reparación del daño a los intereses legítimos procedimentales se debe reiterar que “[...] el resarcimiento del daño se resolvería sustancialmente en la restauración

⁹⁹⁴ “[...] attraverso l’esperienza di un <<giudizio pronostico (...) sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva [...]”.

CORTESE, Fulvio. La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale. CEDAM. Padova. 2007. p. 129.

⁹⁹⁵ “Tuttavia, nel caso di interessi legittimi pretensivi connessi all’esercizio dell’attività discrezionale, la valutazione della spetanza del bene della vita andrà ovviamente ad interferire con la potestà riservata alla pubblica amministrazione”.

MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto. Maggioli Editore. 2008. p. 28.

⁹⁹⁶ “Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della porzione che l’ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente”.

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 21.

patrimonial por el retardo de la Administración en la emisión de la decisión procedimental favorable”.⁹⁹⁷ (Traducción propia).

6.2. La imputación: Especialmente la presencia del elemento subjetivo.

En los regímenes de responsabilidad subjetivos, como en el italiano, es necesario constatar la existencia de la culpa o del dolo en la actuación de la Administración Pública causante del daño, para poder atribuirle la reparación de los daños ocasionados.⁹⁹⁸ En concreto, se debe reiterar que la noción de culpa que acoge se ha separado de la que se utiliza comúnmente en el derecho civil.

Se han desarrollado diferentes formas de interpretar y verificar la presencia del elemento subjetivo, como se ha visto con la Sentencia 500 de 1999, se ha apartado de la tesis netamente civilística “[...] alejándose de la prospectiva enfocada sobre la consideración del comportamiento psicológico de la persona física”⁹⁹⁹ (Traducción propia); en cambio, ha adoptado la denominada tesis del aparato según la cual “[...] la responsabilidad de la Administración Pública presupone <<la valoración de la culpa, no del funcionario agente (referida a los parámetros de diligencia o impericia), si no de la Administración pública entendida como aparato>>, como culpa <<referida a una estructura pública organizada y cualificada para actuar siguiendo los principios de legalidad, imparcialidad y buena administración”.¹⁰⁰⁰ (Traducción propia).

⁹⁹⁷ “Tuttavia, seguendo un simile ragionamento, il risarcimento del danno si risolverebbe sostanzialmente in un ristoro patrimoniale per il ritardo dell’amministrazione nell’emissione del provvedimento favorevole”. MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell’atto. Maggioli Editore. 2008. p. 31.

⁹⁹⁸ “Para obtener el resarcimiento del daño no basta demostrar la ilegitimidad del acto, sino que es necesario demostrar también la culpa de la A.P., es decir que la ilegitimidad es imputable a un error no excusable cometido por la Administración”. (Traducción propia).

“Per ottenere il risarcimento del danno non basta dimostrare l’illegittimità dell’atto, ma occorre accertare anche la colpa della P.A., ovvero che l’illegittimità é imputabile ad un da un errore non scusabile commesso dall’Amministrazione”.

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 157.

⁹⁹⁹ “[...] allontanandosi dalla prospettiva incentrata sulla considerazione dell’atteggiamento psicologico della persona fisica”.

FRACCHIA, F. “L’elemento soggettivo nella responsabilità dell’amministrazione”. En La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 241.

¹⁰⁰⁰ “[...] la responsabilità della pubblica amministrazione presupone <<la valutazione della colpa, non del funcionario agente (da riferire ai prametri della negligenza o imperizia), ma della pubblica amministrazione come aparato>>, quale colpa <<riferita ad una struttura pubblica organizzata e qualificata per agire secondo principi di legalità, imparcialità e buona amministrazione”.

Adicionalmente, la culpa del aparato se diferencia de la tradicional de derecho civil, puesto que debe estar “[...] vinculada a los más generales deberes derivantes de la observancia de los principios que recaen sobre las acciones de los entes públicos (como los de corrección, imparcialidad y el buen funcionamiento), cuya violación se demuestra en una culpa genérica”.¹⁰⁰¹ (Traducción propia). Sin embargo, basados en las consideraciones elaboradas por la crítica, se debe señalar que falta mucho camino por recorrer puesto que, parece indispensable “[...] especificar mejor el significado de la equivalencia entre la culpa y la violación de las reglas de imparcialidad, corrección y buena administración”.¹⁰⁰² (Traducción propia).

Aunque, como se ha observado en el apartado anterior, la prueba de la culpa varía según la naturaleza jurídica que se le atribuya a la responsabilidad procedimental. En la actualidad se mantiene doctrinariamente la tesis extracontractual y por ende, “[s]e considera necesaria la demostración del elemento culposo, al fin de atribuir la responsabilidad resarcitoria a la Administración”.¹⁰⁰³ (Traducción propia).

Lo anterior, significa que según la jurisprudencia mayoritaria italiana la ilegitimidad del acto no demuestra la culpabilidad por sí misma¹⁰⁰⁴, si no que tan sólo se valorará como un indicio de culpa que puede ser superado al probarse la excusabilidad del error.¹⁰⁰⁵

GALGANO, Francesco. I fatti illeciti. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008. p. 87.

¹⁰⁰¹ “In primo luogo è soggetta alla verifica dell’esistenza di responsabilità per colpa specifica, che trova un ambito di applicazione decisamente più ampio rispetto a quello del privato nell’ambito della responsabilità civile [...]; in secondo luogo è vincolata ai più generali doveri derivanti dall’osservanza dei principi gravanti sull’operato degli enti pubblici (quali la correttezza, l’imparzialità, il buon andamento), la cui violazione si sostanzia in una colpa genérica”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. pp. 576-577.

¹⁰⁰² “[...] di specificare meglio il significato dell’equivalenza tra la colpa e la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione”.

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 164.

¹⁰⁰³ “Si ritiene in proposito necessaria la dimostrazione dell’elemento colposo, al fine di riferire la responsabilità risarcitoria all’amministrazione”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 543.

¹⁰⁰⁴ “[...] la Corte de Casación ha excluido que el acto sea suficiente para justificar la responsabilidad de la Administración pública”. (Traducción propia).

“[...] la Corte di cassazione ha escluso che l’illegittimità dell’atto sia sufficiente a giustificare la responsabilità della pubblica amministrazione”.

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 22.

Haciendo referencia a la culpa en el derecho europeo resulta imprescindible nombrar la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea, la cual en la decisión del 14 de octubre de 2004 con número C-275/03 es mucho más rigurosa, que la posición previamente presentada, al afirmar que la carga de la prueba es demasiado onerosa para el privado y en consecuencia debe estar en cabeza de la Administración; así mismo, “[...] parece adoptar una noción de culpa estrechamente ligada a la ilegitimidad, sin dejar gran espacio de supervivencia al elemento subjetivo”.¹⁰⁰⁶ (Traducción propia).

6.3. La relación de causalidad entre daño e imputación.

El tercer elemento, que se debe constatar es la relación de causalidad entre daño e imputación¹⁰⁰⁷, el cual prescinde de la naturaleza jurídica que se le haya dado a la responsabilidad por procedimiento administrativo. Puesto que, en todo caso “[I]a atribución a la Administración, de hecho, es un elemento imprescindible del ilícito”.¹⁰⁰⁸ (Traducción propia).

Para determinar la presencia de la relación causa-efecto entre imputación y daño, la doctrina ha recurrido a diversas teorías, que ayudan a atenuar los efectos de la teoría de la

¹⁰⁰⁵ “[...] recientemente si ha admitido también que la simple ilegitimidad del procedimiento representa un indicio que hace nacer una presunción de culpa que concierne a la A.P. superar demostrando la excusabilidad del error”. (Traducción propia).

“[...] recentemente si è anche ammesso che la semplice illegittimità del provvedimento rappresenta un indizio che fa nascere una presunzione di colpa che spetta alla P.A. superare dimostrando la scusabilità dell'errore”. GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 79.

¹⁰⁰⁶ “[...] sembra adottare una nozione di colpa strettamente collegata all'illegittimità, senza che grande spazio residui all'elemento soggettivo”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 554.

¹⁰⁰⁷ “Debe establecerse, entre el hecho y el daño una relación de causa efecto, por la que pueda decirse que el primero ha <<ocasionado>> (art. 2043) el segundo”. (Traducción propia).

“Deve esserci, tra il fatto e il danno, un rapporto di causa ad effetto, per cui possa dirsi che il primo ha <<cagionato>> (art. 2043) il secondo”.

GALGANO, Francesco. I fatti illeciti. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008. p. 70.

¹⁰⁰⁸ “La necessità della verifica dell'elemento eziologico prescinde dal tipo di responsabilità che si sceglie a paradigma. La riferibilità all'amministrazione, infatti, è un elemento imprescindibile dell'illecito”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 580.

condición necesaria o condicionalista.¹⁰⁰⁹ De este modo, en general, “[...] se ha asumido como decisiva la circunstancia que el evento del daño es *consecuencia necesaria* del hecho lesivo, aunque es estadísticamente anómala; y ha sido la *condicio sine qua non*, el factor en defecto del cual el evento dañoso no se hubiera verificado”.¹⁰¹⁰ (Traducción propia).

El nexa causal en la responsabilidad procedimental de la Administración pública está estrechamente relacionada con los intereses legítimos y por tanto, para su verificación “[...] será necesario indagar la relevancia causal que la violación del derecho asume en la determinación del contenido del acto, (...) para después verificar, sucesivamente, si el contenido del provvedimento habría podido ser diverso en caso de observancia de la norma o del principio que ha hecho ilegítimo el provvedimento”.¹⁰¹¹ (Traducción propia).

Profundizando un poco, como lo aclara Roberto Giovagnoli, se puede precisar que “[e]n el ámbito de la responsabilidad por procedimiento ilegítimo, la comprobación de la causalidad material implica el juicio pronóstico sobre la pertenencia a un bien de la vida (que consiste en preguntarse cuál sería el resultado del provvedimento sin la ilegitimidad)”.¹⁰¹² (Traducción propia).

Siguiendo con las ideas de este Consejero de Estado se debe resaltar que “[...] el punto neurálgico para comprobar la relación de causalidad se convierte en la fundamentación de la

¹⁰⁰⁹ “La teoría de la causalidad adecuada, de la causalidad humana y, en fin, aquella de la imputación objetiva del evento vienen, como se ha visto, utilizar para atenuar los rigurosos resultados de la teoría condicionalista, y no para sustituirla”. (Traducción propia).

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 94.

¹⁰¹⁰ “[...] si è assunta come decisiva la circostanza che l’evento di danno è conseguenza necessitata del fatto lesivo, quantunque statisticamente anómala; ne è stato la *condicio sine qua non*, il fattore in difetto del quale l’evento di danno non sarebbe verificato”.

GALGANO, Francesco. I fatti illeciti. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008. pp. 73-74.

¹⁰¹¹ “Infatti, sarà necessario indagare la rilevanza causale che le violazioni del diritto assunto nella determinazione del contenuto dell’atto, [...] per poi verificare, successivamente, se il contenuto del provvedimento avrebbe potuto essere diverso in caso di osservanza della norma o del principio che ha reso illegittimo il provvedimento”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 582.

¹⁰¹² “Nell’ambito della responsabilità da provvedimento illegittimo, l’accertamento della causalità materiale implica il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita (che consiste nel chiedersi quale sarebbe stato l’esito del procedimento senza l’ilegittimità)”.

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 81.

pretensión y la prosperidad del provvedimento; las cuales estarán, compartidas con el orientamiento que distingue entre actividad vinculada, actividad técnico-discrecional y actividad discrecional pura”.¹⁰¹³ (Traducción propia).

En adición, se puede afirmar que “[l]a carga probatoria recaerá sobre el recurrente [...] y comportará un esfuerzo ciertamente mayor que en las hipótesis de responsabilidad contractual (donde se ha dicho, el nexo causal se sustancia fundamentalmente sobre el aspecto del incumplimiento”.¹⁰¹⁴ (Traducción propia).

¹⁰¹³ “[...] il punto neuralgico per accertare ir rapporto di causalità diventa la fondatezza della pretesa e la spettanza del provvedimento, va senz'altro condiviso l'orientamento che distingue tra attività vincolata, attività tecnico-discrezionale ed attività discrezionale pura”.

GIOVAGNOLI, Roberto. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 146.

¹⁰¹⁴ “Tale onere probatorio graverà sul ricorrente [...] e comporterà uno sforzo certamente maggiore che non nelle ipotesi di responsabilità contrattuale (ove si è detto, il nesso causale si sostanzia fundamentalmente sull'aspetto dell'inadempienza)”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 594.

CAPÍTULO V. NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

Sumario. Capítulo V. Nociones básicas sobre el procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico italiano. Introducción. Parte I. La construcción del procedimiento administrativo en Italia y los principios que orientan su aplicación. Introducción. 1. El camino hacia la primera legislación sobre procedimiento administrativo en Italia o Ley 241 del 7 de agosto de 1990. Introducción. 1.1. La incipiente construcción del procedimiento Administrativo en Italia. 1.2. De la entrada de los nuevos postulados de la Constitución de 1948 a la década de los años setentas. 1.3. La fuerte evolución teórica de la década de 1970. 1.4. Los aportes doctrinarios del XXXII Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración celebrado en la provincia de Como del 18 al 20 de septiembre de 1986. 2. Los principios del procedimiento establecidos en el ordenamiento jurídico italiano. Introducción. 2.1. Los principios contenidos la normatividad italiana. 2.1.1. Legalidad. 2.1.2. Buen funcionamiento. 2.1.3. Imparcialidad, 2.1.4. Economía. 2.1.5. Eficacia. 2.1.6. Publicidad. 2.1.7. Transparencia. 2.1.8. No agravación del procedimiento. 2.1.9. Obligatoria conclusión mediante la adopción de una decisión procedimental explícita. 2.1.10. La obligación general de motivación. 2.2. Los principios procedimentales establecidos por el ordenamiento comunitario. 2.2.1. La participación en el procedimiento y el derecho a ser informado. 2.2.2. La tutela de la confianza legítima. 2.2.3. La buena administración. 2.2.4. La proporcionalidad. 2.2.5. La tempestividad o razonable duración del procedimiento. Parte II. El procedimiento administrativo actualmente contenido en el ordenamiento jurídico italiano. Introducción. 3. Régimen actual del procedimiento administrativo italiano en la Ley 241 de 1990. Introducción. 3.1. La noción de procedimiento administrativo y algunos conceptos afines que pueden oscurecer su significado. 3.1.1. Noción de procedimiento administrativo. 3.1.2. Definición de provvedimento administrativo. 3.1.3. Algunas relaciones y rasgos diferenciadores entre las definiciones de procedimiento y provvedimento. 3.1.4. Diferencias entre procedimiento, procedura y processo. 3.2. El procedimiento administrativo en la Ley 241 de 1990. 3.3. Las modificaciones a la Ley 241 de 1990. 3.3.1. Ley 15 de 2005, el D.L. 35 de 2005 y la Ley 80 de 2005. 3.3.2. Las variaciones introducidas por la Ley 69 de 2009. 3.3.3. El Decreto Legislativo N. 104 de 2010. 3.4. La estructura general del la Ley 241 del 7 de agosto de 1990. 3.5. El ámbito de aplicación de la Ley 241 de 1990. 4. Las fases del procedimiento administrativo. Introducción. 4.1. Fase de iniciativa. 4.2. Fase instructoria. 4.3. Fase decisoria. 4.4. Fase de la eficacia.

INTRODUCCIÓN.

El quinto capítulo de la tesis doctoral denominado, “Nociones básicas sobre el procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico italiano”, realiza una presentación de los aspectos más importantes en materia procedimental permitiendo al lector una mediana comprensión de cómo se creó, desarrolló y está disciplinado en el ordenamiento jurídico en la actualidad el tema del procedimiento administrativo.

La norma jurídica que regula los Procedimientos administrativos que desarrollan las Administraciones Públicas es la Ley 241 de 1990 conocida como *Nuevas normas en materia de*

procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos; por ende, a ésta disposición se hará recurrente referencia a lo largo del presente capítulo.

En cuanto al contenido de esta norma se debe empezar citando a Octavio Grasso quien sintéticamente destaca que: “La ley n. 241/1990, no obstante está inspirada en la correspondiente normativa austriaca y, sobretodo, alemana, no tiene, a diferencia de ésta última, la pretensión de imponerse como <<código>> de procedimiento, sino que se limita a enunciar los principios fundamentales, idóneos a representar aquello que se ha denominado el <<estatuto>> de los ciudadanos en frente a la Administración o sea aquel *minimum* de reglas que cualquier A.P. está llamada a respetar”.¹⁰¹⁵ (Traducción propia).

La Ley 241 de 1990 ha sufrido una serie de importantes modificaciones como las introducidas en el 2005, la Ley 69 de 2009 y el Decreto Legislativo de 2010 las cuales han introducido profundas variaciones o instituciones nuevas.¹⁰¹⁶ Sin embargo, como lo afirmó recientemente el Consejero de Estado Alberto De Roberto: “Se mantienen inmutadas, también hoy, las finalidades perseguidas desde *ab origine* de la Ley n. 241 de 1990: la realización de un ordenamiento que, siguiendo el principio de <<buen funcionamiento de la Administración pública>> contenido en el art. 97 Cons., busca garantizar una acción administrativa más participativa para el ciudadano y, al mismo tiempo –con algunas inevitables contradicciones internas- más expedita, eficiente, comprensible y trasparente”.¹⁰¹⁷ (Traducción propia).

¹⁰¹⁵ “La legge n. 241/1990, nonostante si sia ispirata alla corrispondente normativa austriaca e, soprattutto, tedesca, non ha, a differenza di queste ultime, la pretesa di imporsi come <<codice>> del procedimento, ma si limita ad enuclearne i principi fondamentali, idonei a rappresentare quello che è stato denominato lo <<statuto>> dei cittadini nei confronti dell’amministrazione, ossia quel *minimum* di regole che qualsiasi P.A. è chiamata a rispettare”. GRASSO, Octavio e altri. “I principi generali dell’attività amministrativa”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 2.

¹⁰¹⁶ “Desde 1990 la ley ha sufrido, con bastante frecuencia, una serie de intervenciones modificadoras, con incisiones profundas en varias de sus instituciones –como la denuncia de actividad y la conferencia de servicios- e incluso la introducción de instituciones nuevas, como el preaviso de rechazo”. (Traducción propia).

“Dal 1990 la legge ha subito, con cadenza ravvicinata, una serie di interventi modificativi, con incisioni profonde su vari istituti –quali la denuncia di attività e le conferenze di servizi- e finanche con l’introduzione di istituti nuovi, quale il preavviso di rigetto”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 4.

¹⁰¹⁷ “Restano immutate, anche oggi, le finalità perseguite sin *ab origine* dalla legge n. 241 del 1990: la realizzazione di un ordinamento che, in attuazione del principio di <<buon andamento della pubblica amministrazione>> di cui all’art. 97 Cost., mira a garantire una azione amministrativa più partecipata dal cittadino e, al tempo stesso –con qualche inevitabile interna contraddizione- più spedita, efficiente, comprensibile e trasparente”.

Antes de pasar a explicar la estructura de las siguientes páginas, es conveniente recordar que cuando se estudia el Procedimiento administrativo y su legislación es importante tener siempre presente como lo destaca Massimo Severo Giannini que:

“Estando el Procedimiento administrativo en función de la ponderación de intereses, y siendo los intereses que se presentan en un contienda real serán los intereses públicos, colectivos y privados junto; el procedimiento administrativo tiende a comparar el interés público primario del cual la autoridad está atribuida con cada otro interés que sean adquiridos en el procedimiento, y que sea considerado como tutelable a través de los actos que concurren en la instructoria procedimental”.¹⁰¹⁸ (Traducción propia).

Concentrándonos en la metodología del capítulo se debe precisar que está compuesto por dos grandes partes; la parte uno, se denomina *La construcción del procedimiento administrativo en Italia y los principios que orientan su aplicación* y la parte dos, se titula *El procedimiento administrativo actualmente contenido en el ordenamiento jurídico italiano*.

La primera parte, se subdivide en dos pedazos, el primero denominado *El camino hacia la primera legislación sobre procedimiento administrativo en Italia o Ley 241 del 7 de agosto de 1990* y el segundo se llama, *Los principios establecidos en el ordenamiento jurídico italiano*.

La primera subdivisión, hace referencia al proceso de formación y fortalecimiento del Procedimiento antes de la Ley 241 de 1990 y por esto, se ocupa de los siguientes temas correspondientes a periodos históricos: La incipiente construcción del Procedimiento administrativo en Italia, la entrada de los nuevos postulados de la Constitución de 1948 a la década de los años setentas, la fuerte evolución teórica de la década de 1970, los aportes doctrinarios del XXXII Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración de 1986.

DE ROBERTO, Alberto. *L'attività Pubblicistica dell'Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 2.

¹⁰¹⁸ “Essendo il procedimento amministrativo in funzione della ponderazione di interessi, ed essendo gli interessi che si presentano in una vicenda reale degli interessi pubblici, collettivi e privati insieme il procedimento amministrativo tende a comporre l'interesse pubblico primario di cui la autorità è attribuita con ogni altro interesse che sia acquisito al procedimento, e che sia ritenuto tutelabile attraverso gli atti che concorrono nell'istruttoria procedimentale”. SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 273.

La segunda partición, se concentra en los principios que orientan el procedimiento administrativo tanto los de Derecho interno¹⁰¹⁹ como los establecidos por el ordenamiento comunitario.¹⁰²⁰ Esto debido a la gran importancia que tiene el derecho comunitario y la recíproca contaminación que se presente entre éste y el derecho italiano.¹⁰²¹

La segunda parte, a su vez, se compone de otras dos piezas que se identifican como Régimen actual del procedimiento administrativo italiano en la Ley 241 de 1990 y las fases del procedimiento administrativo.

La primera división está encaminada a presentar el régimen actual del procedimiento en Italia por lo tanto, se ocupa en primer lugar de perfilar la noción de Procedimiento administrativo contraponiéndolo a otros conceptos afines y en segundo lugar, presenta el régimen general establecido en la Ley 241 de 1990.

En la segunda subdivisión, desarrolla el tema de las cuatro fases del procedimiento administrativo que son: Fase de iniciativa, Fase instructoria, Fase decisoria y Fase de la eficacia. Éste subtema se eligió puesto que, como lo dice Giandomenico Falcon: “En la tradición italiana es usual analizar el procedimiento administrativo y su disciplina positiva descomponiéndolo en sus diversas fases”.¹⁰²² (Traducción propia).

¹⁰¹⁹ Se seleccionaron los diez principales que son: Legalidad, buen funcionamiento, imparcialidad, economía, eficacia, publicidad, transparencia, no agravación del procedimiento, obligatoria conclusión mediante la adopción de una decisión procedimental explícita y la obligación general de motivación respectivamente.

¹⁰²⁰ Se escogieron los cinco más cercanos a los objetivos de nuestro trabajo: La participación en el procedimiento y el derecho a ser informado, la tutela de la confianza legítima, la buena administración, la proporcionalidad y la tempestividad o razonable duración del procedimiento.

¹⁰²¹ “El estudio del procedimiento administrativo en la prospectiva que pone en relación el desarrollo de los diversos modelos, nacionales y comunitarios, la recíproca contaminación y la creación de procedimientos compuestos o mixtos, han logrado un desarrollo importante en el análisis de la doctrina, sea Italiana o extranjera, en los últimos años”.

“Lo studio del procedimento amministrativo nell prospettiva che mette in relazione gli sviluppi dei diversi modelli, nazionale e comunitario, le reciproche contaminazioni e la creazione di procedimenti composti o misti, ha conosciuto sviluppi importanti nell’analisi della doctrina, sia italiana che straniera, degli ultimi anni”.

DE PRETIS, Daria. “Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei”. En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008. p. 49.

¹⁰²² “Nella tradizione italiana è usuale analizzare il procedimento amministrativo e la sua disciplina positiva scomponendolo nelle sue diversi fasi”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p.81.

PARTE I. LA CONSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ITALIA Y LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN SU APLICACIÓN.

INTRODUCCIÓN.

La primera parte de este capítulo se ocupa de dos temas que permiten conocer; por una parte, la construcción del procedimiento administrativo italiano, con el fin de poder ver la manera en que se desarrolló hasta llegar a la Ley 241 de 1990¹⁰²³ y por otra parte, se analizarán los principios que informan el procedimiento haciendo una breve referencia al Derecho administrativo comunitario.¹⁰²⁴

La primera parte estudia la evolución histórica procedimental subdividiéndolas en cuatro etapas con las que se pretende ilustrar los principales puntos que impulsaron el desarrollo procedimental a través de los años; para esto, se hace referencia a los más importantes autores de las diversas épocas presentando algunas de sus ideas. En concreto, se eligieron las siguientes fases: 1. La incipiente construcción del Procedimiento administrativo, 2. De la entrada de los nuevos postulados de la Constitución de 1948 a la década de los años setentas, 3. La fuerte evolución teórica de la década de 1970 y 4. Los aportes doctrinarios del Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración celebrado en 1986.

¹⁰²³ “La Ley 7 de agosto de 1990, n. 241, basada en los trabajos de una comisión de estudio instituida en los años 80 por la Presidencia del Consejo de Ministros (presidida por el irremplazable prof. Mario Nigro) fue la encargada de elaborar nuevas disposiciones sobre el tema del procedimiento administrativo”. (Traducción propia).

“La legge 7 agosto 1990, n. 241, prese le mosse dai lavori di una commissione di studio istituita negli anni 80 presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (presiduta dal compianto prof. Mario Nigro) incaricata di elaborare nuove disposizioni in tema di procedimento amministrativo”.

DE ROBERTO, Alberto. *L'attività Pubblicistica dell'Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 1.

¹⁰²⁴ Puesto que, como lo explica Daria de Pretis: “[...] es evidentemente precioso el estudio del derecho europeo, como paradigma de producción de principios y reglas de derecho comparado, sobre los cuales se presenta una creciente atención de los estudiosos del Derecho administrativo, que interviene también los perfiles obviamente centrales de la disciplina del procedimiento”. (Traducción propia).

“[...] è evidentemente prezioso sia lo studio del diritto europeo, quale paradigma di produzione di principi e regole di diritto comparato, sul quale anche si registra una sempre maggiore attenzione degli studiosi del diritto amministrativo, che investe anche i profili ovviamente centrale della disciplina del procedimento”.

DE PRETIS, Daria. “Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei”. En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008. p. 50.

En la segunda parte, se presentarán los diez más importantes principios procedimentales dictados directamente por la legislación italiana que son: 1. Legalidad, 2. Buen funcionamiento 3. Imparcialidad, 4. Economía, 5. Eficacia, 6. Publicidad, 7. Transparencia, 8. No agravación del procedimiento, 9. Obligatoria conclusión y 10. La obligación de motivación. Adicionalmente, se presentarán sin tratar de repetir, los cinco primordiales principios contenidos en el Derecho Comunitario como los de: 1. Participación en el procedimiento y el derecho a ser informado, 2. Tutela de la confianza legítima, 3. Buena administración, 4. Proporcionalidad y 5. La tempestividad.

1. EL CAMINO HACIA LA PRIMERA LEGISLACIÓN SOBRE PROCEDIMIENTO EN ITALIA O LEY 241 DEL 7 DE AGOSTO DE 1990.

Introducción.

El Procedimiento administrativo en Italia se fue construyendo paulatinamente, separándose de la actividad privada¹⁰²⁵, como respuesta natural a las necesidades introducidas por una sociedad democrática, donde era imprescindible lograr; por una parte, un control verdadero sobre las actuaciones de la Administración y por otra, fortalecer los derechos de los ciudadanos.

De esta manera, el procedimiento administrativo en Italia presentó un desarrollo bastante más lento con respecto al Derecho europeo, puesto que “[h]istóricamente, la atención de los juristas se concentró primero sobre el provvedimento administrativo, mientras la actividad precedente permanecía en segundo plano: al máximo, se consideraban (desde el principio del

¹⁰²⁵ “A diferencia de la actividad jurídica privada (de derecho común) en la cual por regla general el caso jurídico (como aquella que produce efectos) se agota en el acto en el que la producción de los efectos es directamente imputada (por ejemplo, el contrato: art. 1321 cod. civ.), la actividad administrativa de Derecho público se expresa en un situación compleja que consta precisamente de una serie ligada de actos y de hechos, es decir de un procedimiento”. (Traducción propia).

“A differenza delle attività giuridiche private (di diritto comune) nelle quali di regola la fattispecie giuridica (come quella produttiva di effetti) si esaurisce nell’atto cui la produzione degli effetti è direttamente imputata (ad esempio, il contratto: art. 1321 cod. civ.), l’attività amministrativa di diritto pubblico si esprime in una fattispecie complessa che consta appunto di una serie collegata di atti e di fatti, cioè di un procedimento”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 306.

siglo pasado) las relaciones entre el provvedimento verdadero y propio y actos específicos evidentemente conexos con el provvedimento”.¹⁰²⁶ (Traducción propia).

El reposicionamiento o cambio conceptual del procedimiento administrativo se debe en gran parte a la intervención de Aldo Sandulli, pues como lo recuerda Massimo Severo: “En Italia los primeros autores encuadran la materia de los procedimientos entre los <<actos complejos>> (V. Brondi, D. Donati, U. Borsi); sólo sucesivamente se distingue entre actos complejos y procedimientos (A. De Valles, U. Forti), sin embargo se tendrá que esperar hasta 1940 para tener un análisis completo realizado por A.M. Sandulli”.¹⁰²⁷ (Traducción propia).

Así mismo, como es natural para la construcción del procedimiento se produjeron grandes aportes sobre el tema y es así como, gradualmente “[...] se fueron desarrollando una serie de principios, los cuales se fueron construyendo por la obra de la doctrina, sobre todo en las reflexiones de Benvenuti, Giannini, Nigro, Sandulli, Virga y por la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, las cuales han sido recibidas en la Ley 7 de agosto de 1990”.¹⁰²⁸ (Traducción propia).

El tema del desarrollo histórico (en el siglo XX) previo a la Ley 241 de 1990 presenta una gran relevancia para este trabajo puesto que permite entender como fue el proceso de construcción del procedimiento administrativo y simultáneamente comprender las razones de sus particularidades. Para lograr un acercamiento adecuado en ésta parte del escrito se trabajarán cuatro períodos históricos que son: 1.1. La incipiente construcción del procedimiento

¹⁰²⁶ “Storicamente, l’attenzione dei giurista si è concentrata prima sul provvedimento amministrativo, mentre l’attività precedente rimaneva in secondo piano: al massimo, si consideravano (sin dall’inizio del secolo scorso) le relazioni tra il provvedimento vero e proprio e specifici atti evidentemente connessi con il provvedimento (come ad esempio gli atti rivolti ad <<autorizzare>> l’emanazione del provvedimento, quali i cosiddetti *nulla osta*)”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 65.

¹⁰²⁷ “In Italia i primi autori inquadrarono la materia dei procedimenti tra gli <<atti complessi>> (V. Brondi, D. Donati, U. Borsi); solo successivamente si distinse tra atti complesse e procedimenti (A. De Valles, U. Forti), ma occorrerà giungere al 1940 per avere una prima completa analisi di A.M. Sandulli”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 274.

¹⁰²⁸ “In Italia, pur non esistendo una legge generale sul procedimento, una serie di principi, quali si erano venuti disegnando ad opera della dottrina, soprattutto nelle riflessioni di Benvenuti, Giannini, Nigro, Sandulli, Virga e della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale, sono stati recepiti dalla legge 7 agosto 1990”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 275.

Administrativo, 1.2. De la entrada de los nuevos postulados de la Constitución de 1948 a la década de los años setentas, 1.3. La fuerte evolución teórica de la década de 1970 y 1.4. Los aportes doctrinarios del XXXII Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración celebrado en la provincia de Como del 18 al 20 de septiembre de 1986.

1.1. La incipiente construcción del procedimiento Administrativo en Italia.

Para empezar se debe hacer una breve reseña de la situación que se vivía en los demás países europeos en la materia de procedimiento administrativo; para esto, es conveniente transcribir algunos párrafos del profesor Giandomenico Falcon quien explica que:

“Fuera de Italia, la primera gran legislación sobre procedimiento administrativo fue aquella austriaca, en particular la *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925, que ejerció una fuerte influencia sobre muchos países europeos. El segundo gran ejemplo fue la *Administrative procedure Act* emanada en los Estados Unidos en 1946, en la cual encuentran gran espacio los derechos de participación (el derecho <<a ser escuchado>> o *right to be heard*). España tiene (después de un precedente que se debe resaltar en 1889) su *Ley de Procedimiento Administrativo* del 1958 y la República federal alemana tiene la propia *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1976, y así otros diversos países europeos”.¹⁰²⁹ (Traducción propia).

De lo anterior se desprende, como lo explica Massimo Severo Giannini, que Italia antes de la Ley 241 de 1990 no tenía una ley de procedimiento administrativo, al igual que acontecía en Francia, Inglaterra y Bélgica; con lo que, los lineamientos eran determinados por las construcciones jurisprudenciales.¹⁰³⁰

Profundizando con el caso Italiano, desde el inicio del siglo XX uno de los rasgos distintivos del procedimiento administrativo ha sido la gran preocupación por parte de la doctrina por el

¹⁰²⁹ “Al di fuori dell’Italia, la prima grande legislazione sul procedimento amministrativo fu quella austriaca, in particolare l’*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925, che ebbe una vasta influenza su molti paesi europei. Il secondo grande esempio fu l’*Administrative procedure Act* emanato Negli Stati Uniti nel 1946, in cui trovano grande spazio i diritti di partecipazione (il diritto <<di essere udito>> o *right to be heard*). La Spagna ha (dopo un precedente risalente addirittura al 1889) la sua *Ley de Procedimiento Administrativo* dal 1958 e la Repubblica federale tedesca ha la propria *Verwaltungsverfahrensgesetz* dal 1976, e così altri diversi paesi europei”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 66.

¹⁰³⁰ “Antes de ésta fecha junto a Francia, Inglaterra y Bélgica, Italia se ubicaba entre los países privados de ley sobre procedimiento, entre los cuales la suplía la jurisprudencia”. (Traducción propia).

“Prima di questa data insieme alla Francia, all’Inghilterra, al Belgio, l’Italia era fra Paesi privi di legge sul procedimento, nei quali suppliva la normazione giurisprudenziale”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 274

estudio del provvedimento amministrativo; descuidándose indirectamente el tema del procedimiento como tal. De esta manera, “[l]a doctrina, hasta los años 40 del siglo pasado, seguía la idea de que la actividad de la Administración Pública se desarrollase, pura y simplemente, a través de actos administrativos, considerando que lo determinante, para los fines de la producción del efecto, era el acto administrativo; los perfiles procedimentales permanecían, por tanto, en la sombra”.¹⁰³¹ (Traducción propia).

Otra de las características fundamentales es la inexistencia de un régimen de procedimiento consagrado legislativamente y por ende, “[...] la ley que determinaba los poderes administrativos, disciplinaba los diversos actos y la actividad de la misma Administración y también de los privados que debían preceder o seguir la emanación del provvedimento: y por eso, con mayor o menor conocimiento, las leyes singulares diseñaban específicos procedimientos administrativos”.¹⁰³² (Traducción propia). Se debe destacar por ejemplo, “[...] la L. 2359/1865 en materia de procedimiento expropiatorio y la L. 1150/1942, relativa al procedimiento de expedición de concesión edilicia”.¹⁰³³ (Traducción propia).

A la preocupación por el cambio de visión frente al procedimiento administrativo y la búsqueda de su normativización se debe en gran parte al riguroso trabajo de Aldo M. Sandulli denominado “El procedimiento Administrativo”, dirigido por G.M. De Francesco, publicado en Milán en 1940 por la Editorial Giuffrè¹⁰³⁴; puesto que, como lo precisa el profesor Giandomenico Falcon, esta obra hace que la teoría del procedimiento esté sustancialmente completa a partir de

¹⁰³¹ “La dottrina, fino agli anni ‘40 del secolo scorso, è stata dell’avviso che la attività della P.A. si svolgeva, puramente e semplicemente, attraverso atti amministrativi, nella considerazione che determinate, ai fini della produzione dell’effetto, era l’atto amministrativo; i profili procedimentali restavano, pertanto, in ombra”. MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 273.

¹⁰³² “Quanto alla *legislazione*, è evidente che, anche prima della elaborazione della teoria del procedimento, le leggi che prevedevano i poteri amministrativa disciplinavano i diversi atti ed attività della stessa amministrazione ed anche di privati che dovevano precedere o seguire l’emanazione del provvedimento: e possiamo perciò dire che, con maggiore o minore consapevolezza, le singole leggi disegnavano specifici procedimenti amministrativi”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 65.

¹⁰³³ “[...] vedi la L. 2359/1865 in materia di procedimento espropriativo, e la L. 1150/1942, relativamente al procedimento di rilascio della concessione edilizia”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 390.

¹⁰³⁴ SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940.

esa época¹⁰³⁵. Este libro se convertirá en la guía principal del procedimiento administrativo italiano por lo que es bastante interesante hacer algunos comentarios acerca de su contenido y recordar algunas de las ideas que lo orientaban.

En cuanto a su estructura se debe precisar que este escrito en su versión original está dividido en cuatro partes claramente diferenciadas a las cuales se hará referencia a continuación: I. Una muy completa introducción; II. El Capítulo 1. Delimitación y fases del procedimiento administrativo, sus especies; III. El Capítulo 2. Análisis de las fases del procedimiento administrativo, el cual está subdividido en 3 secciones que son la Fase preparatoria, la Fase constitutiva y la Fase integrativa de la eficacia y IV. El Capítulo 3. Las consecuencias de los resultados de la investigación.

Así mismo, parece conveniente retomar la explicación que hace el mismo Aldo Sandulli en la introducción de su libro acerca del contenido de los tres capítulos de su texto precisando que:

“En el primer capítulo serán determinados los límites del procedimiento administrativo, y, dentro de tales límites, será fijado el orden de su desarrollo y su repartición en fases.

En el segundo se procederá al análisis de cada una de las fases y de la función que en el transcurso de cada una ellas se desarrolla, también el análisis de los actos que en cada una de ellas se encuadra.

En el tercero, finalmente, serán recogidos los frutos del trabajo, buscando dar una adecuada solución a los problemas relativos al procedimiento administrativo”.¹⁰³⁶ (Traducción propia).

Con relación a la gran trascendencia de la obra de Sandulli de 1940 es conveniente afirmar que las ideas plasmadas en el texto se convirtieron en la visión clásica del procedimiento administrativo italiano y que tuvieron fuerte impacto tanto en la doctrina como en los proyectos legislativos posteriores. Así mismo, este libro produce una cierta estabilización del vocabulario en

¹⁰³⁵ “En todo caso, la teoría del procedimiento estaba ya sustancialmente completa en el 1940, con la fundamental monografía de Aldo M. Sandulli”.

“In ogni modo, la teoria del procedimento è già sostanzialmente compiuta nel, 1940 con la fondamentale monografia de Aldo M. Sandulli”. (Traducción propia).

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 65.

¹⁰³⁶ “Nel primo capitolo verranno determinati i limiti del procedimento amministrativo, e, dentro tali limiti, verrà fissato l'ordine del suo svolgimento e la sua partizione in fasi.

Nel secondo si procederà all'analisi delle singole fasi e della funzione che nel corso di ciascuna di esse viene esplicata, nonché all'analisi degli atti che in esse si inquadrano.

Nel terzo, in fine, verranno raccolti i frutti della fatica, cercando di dare un'adeguata soluzione ai problemi relativi al procedimento amministrativo”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. p. 39.

materia de procedimiento administrativo¹⁰³⁷ e introduce la técnica de estudiar el Procedimiento Administrativo en fases.

En este momento resulta imprescindible exponer la noción de Procedimiento Administrativo que propone Aldo Sandulli en su libro, según la cual, se debe concebir como “[...] una sucesión de momentos, –con alguna unidad temporal–, en la cual se concreta un singular acto de la serie”.¹⁰³⁸ (Traducción propia).

Con base en todo lo anteriormente dicho, parece interesante recordar algunas de las tesis plasmadas por el autor en la primera edición de su libro:

1. “Ahora, si, como se ha visto, el fenómeno del procedimiento asume particular importancia cuando se toma en consideración la acción de los entes jurídicos en general, ésta reviste un mayor interés, cuando se hace referencia a la acción del Estado y en general de los entes públicos”.¹⁰³⁹ (Traducción propia).
2. “De hecho, es muy acorde con los principios del Estado moderno, considerado en su esencia de Estado de Derecho, el preordenar la acción de su compleja maquinaria a la realización de sus propios fines, en modo aquel que pueda ofrecer las mayores garantías posibles con respecto a la legalidad y la conveniencia”.¹⁰⁴⁰ (Traducción propia).
3. “Es necesario reconocer que en el campo del derecho administrativo el fenómeno del procedimiento tiene algunos aspectos peculiares dignos de mayor interés”.¹⁰⁴¹ (Traducción propia).

¹⁰³⁷ “Las normas usaban promiscuamente los vocablos demanda, instancia, denuncia, señalación invitación, propuesta y similares. Una cierta estabilización del vocabulario se ha producido después de la obra de Sandulli, por la acción del Consejo de Estado, en el sentido que se introduce una terminología más estable”.

“Le norme usano promiscuamente i vocabli domanda, istanza, denuncia, segnalazione, invito, proposta, e simili. Una certa stabilizzazione del vocabulario si è avuta dopo l’opera del Sandulli, per l’azione del Consiglio di stato, nel senso che si è introdotta una terminologia più stabile [...]”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 285.

¹⁰³⁸ “Essattamente concepito, questo si risolve piuttosto in una successione di momenti –intesa in tal senso ciascuna unità temporale–, nella quale si concreta un atto singolo della serie”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. pp.36-37

¹⁰³⁹ “Ora, se, come si è visto, il fenomeno del procedimento assume particolare rilievo quando si prenda in considerazione l’azione degli enti giuridici in generale, esso riveste un interesse ancora maggiore, ove si abbia riguardo all’azione dello Stato, e, in genere, degli enti pubblici”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. pp. 12-13.

¹⁰⁴⁰ “In fatti, è ben consono ai principi dello Stato moderno, considerato nella sua essenza di Stato di diritto, il preordinare l’azione della sua complessa macchina alla realizzazione dei propri fini, in quel modo che possa offrire le maggiori possibili garanzie del rispetto della legalità e della convenienza”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. pp. 13-14.

¹⁰⁴¹ “Bisogna tuttavia riconoscere che nel campo del diritto amministrativo il fenomeno del procedimento assume degli aspetti peculiari degni di maggiore interesse”.

4. “Si el procedimiento representa el *iter*, a través del cual se busca la consecución de un cierto resultado, el estudio del mismo, no podrá consistir sino en el análisis de su desarrollo, sólo podrá encontrar su base en una directa e inmediata investigación, la cual tiene por objeto las diversas actividades encaminadas a conseguir tal resultado, y las relaciones funcionales que se instauran entre ellas”.¹⁰⁴² (Traducción propia).
5. “Correspondiendo con la diversidad funcional de las actividades jurídicas sucesivas —y esto se debe destacar aquí— es acertado concebir el procedimiento con una verdadera y propia partición en fases, sistemáticamente distribuidas en el tiempo”.¹⁰⁴³ (Traducción propia).

1.2. De la entrada de los nuevos postulados de la Constitución de 1948 a la década de los años setentas.

La expedición de la Constitución italiana de 1948 introdujo un nuevo diseño en el que se modificaba la forma de actuación de los poderes públicos al darle un fuerte contenido democrático y de esta forma, se planteó una concepción de un procedimiento administrativo como una manera de actuar de los poderes públicos que debía estar regulada. En esta nueva perspectiva procedimental se debe hacer referencia al artículo 97¹⁰⁴⁴ que incluía los principios de buen funcionamiento y de imparcialidad en las actividades realizadas por las entidades públicas, con lo que se abrían las puertas a hacia una nueva concepción del procedimiento administrativo.

Desafortunadamente, las nuevas posibilidades establecidas en el texto constitucional como lo explicaba hace algunos años Mario Schinaia fueron desaprovechadas y así, los nuevos lineamientos constitucionales se introdujeron de manera contradictoria y en forma retardada.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. p. 16.

¹⁰⁴² “Se il procedimento rappresenta l’iter, attraverso il quale si perviene ai raggiungimento di un certo risultato, lo studio di esso, il quale non potrà consistere se non nell’analisi del suo svolgimento, non potrà che trovare la sua base in una diretta e immediata indagine, la quale abbia a oggetto le diverse attività cooperanti in vista di tale risultato, e le relazioni funzionali che tra esse si instaurano”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. p. 38.

¹⁰⁴³ “Corrispondentemente a tale diversità funzionale delle singole attività giuridiche successive —è questo che qui preme rilevare— è dato riscontrare in seno al procedimento una vera e propria partizione in fasi, sistematicamente distribuite nel tempo”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. p. 37.

¹⁰⁴⁴ “Art. 97.1. Las oficinas públicas se organizan según las disposiciones legales, en modo que sean asegurados el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración”. (Traducción propia).

“Art. 97.1. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione”.

<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

Como este mismo jurista lo explica: “Contribuirán a dicho retardo, entre otros factores; por un lado el conservadurismo de la jurisprudencia, que es natural por el papel que le es propio y, por el otro, a la resistencia de la burocracia que sobre la distancia terminará, en cambio, con iniciar, también por esto, su debilitamiento”.¹⁰⁴⁵ (Traducción propia).

Pese a esto, no se deben desconocer cómo se empezaron a presentar algunos proyectos de ley, basados en gran medida en los trabajos de Sandulli, entre ellos se deben destacar principalmente:

“[...] el esquema de ley general sobre la Administración Pública predisuelta por la Comisión Forti (1948), el esquema del proyecto general sobre la acción administrativa redactado por la oficina para la reforma de la Administración Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (1953), este último esquema contenido nuevamente en la propuesta de ley De Francesco (1955). Lucifredi, una primera vez (1958) con las modificaciones aportadas por el Senado, después de que la Cámara la hubiera aprobado en la sesión del 18 de julio de 1956 y en una segunda ocasión de la misma. Lucifredi en la III legislatura”.¹⁰⁴⁶ (Traducción propia).

En adición, se debe precisar que a pesar de los varios esfuerzos legislativos que se desarrollaron en la época como lo explicitó Giorgio Pastori hace algunas décadas: “El problema del sí y la forma de la disciplina general del procedimiento, o como se ha utilizado decir en la Italia del período posterior a la guerra de la acción administrativa, termina por ser entonces, el problema constitucional de la Administración. Y es así por su sustancia constitucional o político institucional

¹⁰⁴⁵ “L'avvento della Costituzione, col suo disegno della forma di governo, incidente direttamente sulla distribuzione dei poteri e, quindi, sulla organizzazione amministrativa, si farà sentire con molto ritardo ed in direzioni diverse, se non immediatamente antitetiche.

Contribuiranno a detto ritardo, tra gli altri fattori, anche da un lato il conservatorismo della giurisprudenza, che è naturale per il ruolo che gli è proprio e, dall'altro, la resistenza della burocrazia che sulla distanza finirà, invece, col segnare, anche per questo, il suo depotenziamento”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 111.

¹⁰⁴⁶ “[...] costituì il contenuto sia dello schema di legge generale sulla pubblica amministrazione predisposto dalla Commissione Forti (1948), sia, in misura ridotta, dello schema di progetto di legge generale sull'azione amministrativa redatto dall'Ufficio per la riforma della pubblica amministrazione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (1953), schema quest'ultimo recepito nella proposta di legge De Francesco (1955) e ripresentato dall'on. Lucifredi, una prima volta (1958) con le modifiche apportate dal Senato, dopo che la Camera l'aveva approvato nella seduta del 18 luglio 1956, e una seconda volta dallo stesso on. Lucifredi nella III legislatura”.

LONGO, Filippo. “Presentazione del tema del Convegno”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 11.

que el problema ha permanecido un nudo no resuelto de nuestro ordenamiento”.¹⁰⁴⁷ (Traducción propia).

En este orden de ideas, debe destacarse que en la práctica la jurisprudencia y concretamente el Consejo de Estado “[...] elaboró las escasas reglas generales sobre el procedimiento en función del control que debía ejercitarse sobre el provvedimento, sobre actos terminales, como cuando hubiese estado violada una regla procedimental introducida por el legislador que actúan sobre el acto final según la clase de la violación de la ley, o si no se ha respetado la secuencia de los actos que deban confluír en el provvedimento o si uno de dichos actos sea incompleto o defectuoso”.¹⁰⁴⁸ (Traducción propia).

En último lugar, a pesar de todos los avances anteriormente referidos como lo precisa Doménico Resta al referirse al periodo comprendido entre 1960-1970 en cuanto al procedimiento administrativo italiano, se debe enfatizar que:

“No obstante, si bien el decenio 1960-70 constituya innegablemente un avance bastante significativo en lo concerniente a la apertura del procedimiento administrativo a los privados, sin embargo la sombra y el fantasma de una reforma de ley general sobre el procedimiento administrativo continua vagando, tanto a nivel parlamentario como doctrinario [...]”.¹⁰⁴⁹ (Traducción propia).

1.3. La fuerte evolución teórica de la década de 1970.

¹⁰⁴⁷ “Il problema del se e quale disciplina generale del procedimento o, come si è appunto usato dire in Italia dal dopoguerra, dell’azione amministrativa finisce per essere, dunque, il problema costituzionale dell’amministrazione. Ed è proprio per questa sua sostanza costituzionale o politico-istituzionale che il problema è rimasto un nodo non risolto del nostro ordinamento”.

PASTORI, Giorgio. “La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazione introduttive. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 30.

¹⁰⁴⁸ “[...] ha elaborato le scarse regole generali del procedimento in funzione del controllo che è chiamato ad esercitare sul provvedimento, suo atto terminale, se ed in quanto sia stata violata una regola procedimentale posta dal legislatore che rilevi sull’atto terminale sotto l’aspetto della violazione di legge, ovvero se non sia stata rispettata la sequenza degli atti che debbano confluire nel provvedimento o se uno di detti atti sia mancato o difettoso.”

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. pp. 107-108.

¹⁰⁴⁹ “Comunque sebbene il decennio 1960-70 costituisca innegabilmente una svolta alquanto significativa per quanto concerne l’apertura del procedimento amministrativo ai privati tuttavia l’ombra ed il fantasma di una riforma della legge generale sul procedimento amministrativo continua ad aggirarci sia a livello parlamentare che a livello Dottrinario [...]”. RESTA, Domenico. “Un contributo allo studio per la riforma della disciplina generale del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 338.

Como se ha previamente establecido, en los años 70 el procedimiento administrativo italiano sigue su evolución gracias a la gran preocupación de la doctrina la cual se presentó “[...] no solo en cuanto a su contenido, sino también por la concientización de la importancia de su papel, no indiferente o contrario sino, instrumental al proceso, del cual es un antecedente ineliminable y con un valor mucho más amplio que el sólo temporal”.¹⁰⁵⁰ (Traducción propia). Adicionalmente, se realizaron algunos estudios como “[...] el denominado <<Reporte Giannini>> (1976), que indicó la necesidad de realizar una reforma radical del sistema administrativo.”¹⁰⁵¹ (Traducción propia).

Siguiendo la explicación del administrativista Mario Schinaia, el cambio de concepción en cuanto al procedimiento administrativo en Italia, a nivel interno, obedeció a tres principales razones: 1. La gran importancia del papel del particular, con lo que la Administración debe empezar a trabajar en conjunto¹⁰⁵², 2. Un nuevo modelo constitucional democrático que exige la consecución de unas instituciones políticas más representativas¹⁰⁵³ y 3. La concientización de que

¹⁰⁵⁰ “In questi ultimi anni, come è dimostrato da alcuni convegni, nel cui solco si iscrive anche questo, si è venuta delineando una netta ripresa d’interesse della dottrina nei confronti del procedimento, non solo quanto al suo contenuto, ma anche per la consapevolezza della ineliminabilità del suo ruolo, non indifferente o peggio in antitesi, ma strumentale al processo, di cui è un ineliminabile antecedente e non solo temporale”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 142.

¹⁰⁵¹ “Dopo la presentazione del cd. “rapporto Giannini” (1976), che aveva indicato come necessaria una riforma radicale del nostro sistema amministrativo”.

MARIANI, Marco e altri. *Guida alla legge N. 241 de 1990*. Nuova giuridica. Matelica. 2010. p. 40.

¹⁰⁵² “Ésto porque era a tal punto alargada la esfera de adopción de los poderes públicos, hasta convertirse, paradójicamente ineliminable para la realización del poder mismo la colaboración del privado; sea por la cantidad de competencias y la dificultad de encontrar una Administración siempre más desigual a sus funciones, hará inevitable el recurrir al módulo convencional, que de tal modo puede presentarse también sustitutivo de aquel procedimental-autoritativo”. (Traducción propia).

“E ciò sia perché si è a tal punto allargata la sfera d’azione dei pubblici poteri, da divenire, paradossalmente ineliminabile per la realizzazione del potere medesimo la collaborazione del privato; sia perché l’intreccio di competenze e le difficoltà incontrate da un’amministrazione, sempre più impari ai propri compiti, renderà ineliminabile il ricorso al modulo convenzionale, che in tal modo può anche presentarsi sostitutivo di quello procedimentale-autoritativo”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 115.

¹⁰⁵³ “En segundo lugar, concurren sea la necesidad de coordinar la democracia difusa con el modelo Constitucional, posiblemente a mayor razón, la crisis de representación que no es solamente de las instituciones políticas, sino de las instituciones públicas en general, las cuales no son consideradas plenamente representativas y, en consecuencia, no serán los titulares exclusivos del poder de interpretar los intereses públicos”. (Traducción propia).

“In secondo luogo, concorrono sia l’istanza di democrazia diffusa col modello di costituzione sia, forse a maggior ragione, la crisi di rappresentanza che non è sola delle istituzioni politiche, ma delle istituzioni pubbliche in genere, le quali non

la realización del interés público representa el punto de equilibrio respecto a los intereses públicos y privados.¹⁰⁵⁴

Estas nuevas premisas van siendo recogidas por la jurisprudencia, encaminándola hacia una concepción mucho más garantística¹⁰⁵⁵, dentro de la cual el privado será un sujeto con derechos y no un interesado en el resultado final del procedimiento.

En adición, se presentan fuertes influencias externas como las provenientes de los ordenamientos jurídicos de otros países. Pero, sobre todo resulta indispensable hacer referencia “[...] a las recomendaciones n. 31 de 1977 y 80 de 1980 del Consejo de Europa y del Comité de Ministros del Consejo de Europa, respectivamente sobre la protección de las personas físicas y jurídicas en los procedimientos administrativos y los principios que regulan el ejercicio de los poderes discrecionales”.¹⁰⁵⁶ (Traducción propia).

sono ritenute in pieno rappresentative e, comunque, detentrici in esclusiva del potere di interpretare gli interessi pubblici”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 115.

¹⁰⁵⁴ “Además, se adquiere la conciencia, especialmente en los casos relacionados con la experiencia de planeación, que la realización del interés público, en concreto, representa un punto de equilibrio con respecto a otro interés público o también privado”. (Traducción propia).

“Fra l’altro, si acquisisce la consapevolezza, specie in relazione all’esperienza di programmazione che la realizzazione di un singolo interesse pubblico rappresenta un punto di equilibrio rispetto ad altri interessi pubblici o anche privati”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 116.

¹⁰⁵⁵ “El aspecto garantístico, como se sabe, ha encontrado su realización en el procedimiento administrativo, que por este fin principalmente está elaborado como instituto de la jurisprudencia. Y no hay duda que el aspecto garantístico debe estar siempre presente, porque es la premisa necesaria para la evolución del procedimiento, como sede encargada de dirimir los intereses en conflicto respecto al interés específico considerado y debe realizarse con el provvedimento, según las instancias que emerjan, en particular desde los años 70”. (Traducción propia).

“L’aspetto garantistico, come si sa, ha trovato la sua realizzazione nel procedimento amministrativo, che per questo fine principalmente viene elaborato come istituto dalla giurisprudenza. E non è dubbio che l’aspetto garantistico deve essere sempre presente, poiché è la necessaria premessa per la evoluzione del procedimento, come sede della presa in carico degli interessi confliggenti rispetto all’interesse specifico considerato e da realizzare con e nel provvedimento, secondo le istanze che emergeranno, in particolare, a partire dagli anni ‘70”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 111.

¹⁰⁵⁶ “[...] alle raccomandazioni n. 31 del 1977 e 80 del 1980 del Consiglio di Europa e del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa, rispettivamente sulla protezione delle persone fisiche e giuridiche nelle procedure amministrative e sui principi che regolano l’esercizio dei poteri discrezionali”. (Traducción propia).

En respuesta al cambio contextual anteriormente descrito, se creó en Italia la Subcomisión para la revisión del procedimiento administrativo precedida por el profesor Nigro, la cual el 7 de septiembre de 1984 presentó a la Cámara un proyecto de ley conocido como <<Disposiciones encaminadas a mejorar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración dentro del desarrollo de la actividad administrativa>>.

1.4. Los aportes doctrinarios del XXXII Convenio de Estudios de Ciencia de la Administración celebrado en la provincia de Como del 18 al 20 de septiembre de 1986.

Este Convenio es de gran importancia para la historia del procedimiento italiano puesto que fue la principal oportunidad que tuvo la doctrina para debatir sobre el tema del Procedimiento Administrativo en general y en particular, hacer referencia a las iniciativas legislativas que se estaban proponiendo en aquel tiempo. De las intervenciones de algunos de los más representativos administrativistas de la época, se editó el libro *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso* al cual debe hacerse una pequeña referencia.

En cuanto a sus participantes se destaca la presencia de Giorgio Crisci (Presidente del Consejo de Estado), Filippo Longo (Presidente de Sección del Consejo de Estado), Mario Egidio Schinaia (Presidente de Sección del Consejo de Estado), Alfonso Quaranta (Presidente de Sección del Consejo de Estado), Francesco Brignola (Presidente de Sección del Consejo de Estado), Guglielmo Roehrsen (Vicepresidente emérito de la Corte Constitucional), Giorgio Pastori (Profesor ordinario de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán), Franco Gaetano Scocca (Director de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Estudios Sociales de Roma) y Pietro Virga (Profesor Ordinario de la Universidad de Palermo).

Como es natural en las ponencias de este convenio se presentan una serie de ideas y de sugerencias con el fin de mejorar o poder contribuir un poco al proyecto de ley propuesto por el

PASTORI, Giorgio. "La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazione introduttive. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 40.

profesor Nigro, las cuales como es lógico orientaron el pensamiento en materia procedimental durante los años siguientes. Pese a su gran valor, no se puede hacer referencia a todos los planteamientos expresados en este convenio debido a su gran cantidad y sobre todo, porque desbordarían claramente los objetivos de este estudio; por ende, solamente se hará referencia al pensamiento que se considera más pertinente a efectos del desarrollo de esta parte del escrito.

Lo primero que se debe destacar, es que los intervinientes observan el evidente retraso que se presenta en el procedimiento administrativo italiano en comparación con otros derechos administrativos europeos, evidenciándose la necesidad de modernizarlo adaptándolo a las nuevas necesidades democráticas de una sociedad en continua transformación.¹⁰⁵⁷

Para lograr superar este atraso no era necesaria la modificación de la Constitución, sino que ella misma introducía los principios democráticos que hacían inminente una nueva concepción del procedimiento administrativo que se adecuara a la nueva visión de la Administración Pública italiana. Por ejemplo, como lo afirmaba Mario Schinaia, era conveniente hacer una nueva interpretación del artículo 97 de la Constitución entendiendo que los principios de buena administración e imparcialidad no son solamente aplicables a la organización de la Administración, como lo consideraba la interpretación tradicional; sino que estos, están referidos también “[...] a la acción de la Administración y por tanto, el procedimiento debe cumplir con la búsqueda un buen funcionamiento y de imparcialidad de la P.A.”.¹⁰⁵⁸ (Traducción propia).

¹⁰⁵⁷ “En Italia a diferencia de lo ocurrido en los otros países transcurridos 40 años desde la entrada en vigor de la Constitución republicana todavía se discutían marginalmente las posibles reformas de la Administración Pública y de los procedimientos administrativos al fin de adecuarlos a los principios democráticos establecidos en la Constitución”. (Traducción propia).

“In Italia a differenza di quanto è accaduto negli altri Paesi a distanza di quaranta anni dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana ancora si discute in margine alle possibili riforme della Pubblica Amministrazione e delle procedure amministrative al fine di adeguare le stesse ai principi democratici sanciti nella Costituzione”.

RESTA, Domenico. “Un contributo allo studio per la riforma della disciplina generale del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 334.

¹⁰⁵⁸ “[...] sarà riferita anche all’azione dell’amministrazione e dunque al procedimento che deve realizzare il buon andamento e l’imparzialità della P.A.”.

SCHINAIA, Mario Egidio. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 117.

Con miras al mejoramiento del procedimiento administrativo era también conveniente, como lo anotaba Filippo Longo, superar la visión procedimental clásica o formal que realiza un análisis estructural (o por fases) reemplazándola por uno más amplio o de tipo funcional, el cual estará “[...] encaminado a encontrar, bajo un perfil sustancial, las variadas interrelaciones y la composición de los múltiples intereses en juego, públicos y privados”.¹⁰⁵⁹ (Traducción propia).

Todo este marco histórico-conceptual al que se ha hecho referencia durante este capítulo es el que se va a materializar en las propuestas legislativas y en especial, se debe hacer una breve referencia a la propuesta de la Comisión precedida por Nigro, la cual luego de su aprobación pasará a ser la Ley 241 de 1990.

La propuesta legislativa presentada por la Comisión estará compuesta por dos esquemas o partes principales; la primera, hace referencia al derecho de acceso a los documentos y la otra, se ocupa del mejoramiento de las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas. Estos parámetros permiten ver una clara orientación democrática del procedimiento administrativo y que como lo precisa Giorgio Pastori “[...] son, en cierto modo, el signo de una apuesta a una concepción de la actuación Administrativa como una actividad funcional a las exigencias y a las expectativas de la sociedad y de los ciudadanos que se han venido no sólo formando, sino que se han convertido en la cultura prevalente de la Administración”.¹⁰⁶⁰ (Traducción propia).

Parece oportuno dar a conocer la opinión general de apoyo por parte de la doctrina sobre el proyecto presentado por la Comisión. Por ejemplo, Pietro Virga sostiene que “[p]ese a que las ideas contenidas en los dos esquemas han sido un poco controvertidas, no se pueden desconocer que se ha dado un gran paso hacia adelante en el esfuerzo encaminado hacia racionalizar nuestras

¹⁰⁵⁹ “[...] preordinata a rilevare, sotto un profilo sostanziale, il vario intrecciarsi e comporsi dei molteplici interessi in gioco, pubblici e privati”.

LONGO, Filippo. “Presentazione del tema del Convegno”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 12.

¹⁰⁶⁰ “[...] sono, in certo modo, il segno di una scommessa che una concezione dell’amministrazione come attività funzionale alle esigenze e alle attese della società e dei cittadini sia venuta non solo formandosi, ma sia divenuta anche la cultura prevalente sull’amministrazione”.

PASTORI, Giorgio. “La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazione introduttive”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. pp. 37-38.

instituciones administrativas y en establecer las premisas para la elaboración de la tan deseada ley sobre la actuación administrativa”¹⁰⁶¹(Traducción propia); a su vez, Doménico Resta opina que “[d]e todas maneras, el camino para alcanzar la meta de una ley que reforme el régimen general del procedimiento administrativo es todavía mucho más larga y los obstáculos son muchos por superar, primero que todo la voluntad política la cual está indisolublemente ligada a todo el contexto de las reformas institucionales, en las cuales debería estar inserta de modo orgánico una nueva ley general sobre la disciplina del procedimiento”.¹⁰⁶² (Traducción propia).

Para cerrar, se debe recalcar que toda esta evolución histórica se concreta en la Ley 241 de 1990 o *Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos*, debido a su relevancia su análisis se presentará posteriormente en la parte dedicada la disciplina del procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico italiano vigente. Esta Ley es de gran importancia puesto que “[...] introdujo, por primera vez en el ordenamiento italiano, un régimen orgánico de procedimiento administrativo, el cual ha mutado profundamente el modo de entender la relación entre la Administración y los ciudadanos”.¹⁰⁶³ (Traducción propia).

2. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

Introducción.

¹⁰⁶¹ “I rilievi che sono stati mossi ai due schemi non possono fare disconoscere che si è fatto un grosso passo avanti nello sforzo diretto a razionalizzare le nostre istituzioni amministrative e a porre le premesse per la elaborazione della tanto auspicata legge Sull’azione amministrativa”.

VIRGA, Pietro. “Relazione di sintesi”. “Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. pp. 262-263.

¹⁰⁶² “Comunque il cammino per raggiungere la meta di una legge che riformi la disciplina generale del procedimento amministrativo è ancora molto lungo e di ostacoli ve ne sono molti da superare primo fra tutti la volontà politica alla quale è indissolubilmente legato tutto il contesto delle riforme istituzionali in cui dovrebbe venire inserita in modo organico una nuova legge generale sulla disciplina del procedimento amministrativo”.

RESTA, Domenico. “Un contributo allo studio per la riforma della disciplina generale del procedimento amministrativo”. En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989. p. 343.

¹⁰⁶³ “[...] ha introdotto, per la prima volta nell’ordinamento italiano, una disciplina organica del procedimento amministrativo la quale ha mutato profondamente il modo di intendere il rapporto tra amministrazioni e cittadini”. GRASSO, Octavio e altri. “I principi generali dell’attività amministrativa”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 1.

Al hacer referencia a los procedimientos que realizan las Administraciones Públicas en el derecho italiano, es indispensable reconocer como lo explica Vincenzo Cerulli que: “Ésta forma típica de acción jurídica está regida ante todo por una serie de principios elaborados en el transcurso del proceso de formación del Derecho Administrativo moderno; principios que encuentran su fundamento en la Constitución y para algunos aspectos también se sustentan en el Derecho europeo”.¹⁰⁶⁴ (Traducción propia). En consecuencia de lo anterior, es conveniente emprender el estudio de los principios procedimentales teniendo en cuenta tanto la legislación interna como los lineamientos establecidos por el derecho de la Comunidad Europea.

Siguiendo al Consejero de Estado Alberto De Roberto: “Compete, entonces, a las fuentes legislativas (estatales o regionales) –con referencia a su respectiva competencia- identificar los fines que deberán ser perseguidos por las Administraciones Públicas (comunes, provincias, ciudades metropolitanas, regiones, Estados)”.¹⁰⁶⁵ (Traducción propia).

En este orden de ideas, resulta natural iniciar por el análisis de los principios contenidos en la Constitución, la cual concretamente hace referencia a este tema en el numeral 1 del artículo 97¹⁰⁶⁶ al mencionar que las entidades públicas deben organizarse siguiendo tres principios fundamentales que son el de legalidad, el de buen funcionamiento y el de imparcialidad.

Igualmente, a nivel legislativo los principios del procedimiento administrativo italiano están establecidos en la Ley 241 de 1990 en el Capítulo I denominado “De los principios generales de la actividad administrativa”. En este sentido, el artículo 1¹⁰⁶⁷ hace referencia a los principios de

¹⁰⁶⁴ “Questo modulo tipico di azione giuridica è retto anzitutto da una serie di principi, elaborati nel corso del processo formativo del diritto amministrativo moderno cui s’è accennato; principi che trovano in Costituzione e per alcuni aspetti anche nel diritto europeo, il loro fondamento”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Lineamenti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 248.

¹⁰⁶⁵ “Compete, dunque, alle fonti legislativi (statali o regionali) –nel rispetto delle rispettive competenze- identificare i fine che dovranno essere perseguiti dalle amministrazioni pubbliche (comuni, province, città metropolitane, regioni, Stato)”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 3.

¹⁰⁶⁶ “Art. 97.1. Las oficinas públicas se organizan según las disposiciones legales, en modo que sean asegurados el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración”.

“Art. 97.1. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione”.

<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

¹⁰⁶⁷ “Art. 1.1. La actividad administrativa persigue los fines determinados por la ley y está regida por los criterios de economía, eficacia, imparcialidad, publicidad y de transparencia siguiendo las modalidades previstas en la presente ley y

economía, eficacia, imparcialidad, publicidad, transparencia y no agravación del procedimiento. Adicionalmente, se debe hacer mención a los artículos 2¹⁰⁶⁸ y 3¹⁰⁶⁹ de la misma Ley, donde se hace referencia a la obligatoria conclusión mediante la adopción de una decisión procedimental explícita y la obligación general de motivación respectivamente.

De igual manera, es necesario revisar los principios del procedimiento contenido en el Derecho administrativo comunitario, los cuales parecen integrados directamente al Derecho

por las otras disposiciones que disciplinan procedimientos particulares, también por los principios del ordenamiento comunitario.

1-bis. La Administración Pública, en la adopción de actos de naturaleza no autoritativa, actúa siguiendo las normas de derecho privado salvo que la ley disponga diversamente.

1-ter. Los sujetos privados a cargo del ejercicio de una actividad administrativa garantizan el respeto de los criterios y principios de los que trata el numeral 1.

2. La Administración pública no puede agravar el procedimiento a no ser por extraordinarias y motivadas exigencias impuestas para el desarrollo de la instrucción". (Traducción propia).

"Art. 1.1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, 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.

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.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria".

Legge 7 agosto 1990, n. 241 (in Gazz. Uff., 18 agosto, n. 192). - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. DeJure

¹⁰⁶⁸ "Art. 2. Conclusión del procedimiento.

2.1. "Cuando el procedimiento se inicie a petición, o deba ser iniciado de oficio, las públicas Administraciones tienen el deber de concluirlo mediante la adopción de una decisión procedimental expresa". (Traducción propia).

"Art. 2. Conclusione del procedimento.

2.1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

Legge 7 agosto 1990, n. 241 (in Gazz. Uff., 18 agosto, n. 192). - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. DeJure

¹⁰⁶⁹ "Art. 3. Motivación del provvedimento.

Art. 3.1. Cada decisión procedimental administrativa, incluidas aquellas concernientes a la organización administrativa, el desarrollo de los concursos públicos y el personal, debe ser motivado, salvo en las hipótesis previstas en el numeral 2. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión de la Administración, en relación a los resultados de la instructoria". (Traducción propia).

"Art.3. Motivazione del provvedimento.

Art. 3.1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Legge 7 agosto 1990, n. 241 (in Gazz. Uff., 18 agosto, n. 192). - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. DeJure

italiano¹⁰⁷⁰; se encuentran remisiones, por ejemplo, en el artículo 117¹⁰⁷¹ de la Constitución y en el numeral 1 del artículo 1¹⁰⁷² de la Ley 241 de 1990. Aunque como lo evidencia Daria De Pretis:

“No queda duda entonces que también los principios procedimentales del Derecho europeo influyen en los ordenamientos nacionales, si bien se evidencia que la influencia de los <<principios>> en cuanto tal es más lenta y encuentra resistencias naturales en los ordenamientos nacionales, en particular en la jurisprudencia –a la que corresponde principalmente la tarea de su <<implantación>>- que se puede ver amenazada en su autonomía más por la influencia de un principio <<externo>> que por la simple aplicación de la regla”.¹⁰⁷³

Por último, en cuanto a los principios de Derecho comunitario se debe puntualizar dos cosas de cardinal importancia; la primera, es que al hablar de los principios de Derecho comunitario se hace referencia “[...] no sólo las normas de derecho europeo puestas de manera expresa en los tratados, los reglamentos y las directivas, sino también los *principio* obtenidos en vía interpretativa, sobre todo por la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad europea”¹⁰⁷⁴ (Traducción propia) y la segunda, consiste en destacar que “[I]a observancia de los

¹⁰⁷⁰ “La nueva norma parece directamente integrar tales principios en el derecho nacional, también más allá de cuanto sea estrechamente impuesta por el mismo derecho comunitario”. (Traducción propia).

“La nuova norma sembra direttamente integrare tali principi nel diritto nazionale, anche al di là di quanto sia strettamente imposto dallo stesso diritto comunitario”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 70.

¹⁰⁷¹ “Art. 117. La potestad legislativa es ejercitada por el Estado [70 e ss] y por las Regiones respetando la Constitución, junto con los vínculos derivantes del ordenamiento comunitario y por las obligaciones internacionales”. (Traducción propia).

“Art. 117. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato [70 e segg.] e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

¹⁰⁷² “Art. 1.1. La actividad administrativa persigue los fines determinados por la ley y está regida por los criterios de economía, eficacia, imparcialidad, publicidad y de transparencia siguiendo las modalidades previstas en la presente ley y por las otras disposiciones que disciplinan procedimientos singulares, también por los principios del ordenamiento comunitario”. (Traducción propia).

“Art. 1.1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, 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”.

¹⁰⁷³ “Non vi è dubbio poi che anche i *principi* procedimentali del diritto europeo influenzano gli ordenamenti nazionali, sebbene sia evidente che l'influenza dei <<principi>> in quanto tali è più lenta e incontra naturali resistenze negli ordenamenti nazionali, in particolare nella giurisprudenza –cui aspetta principalmente il compito della loro <<impostazione>>- che si può sentire minacciata nella sua autonomia più dall'influenza di un principio <<externo>> che della semplice applicazione di una regola”.

DE PRETIS, Daria. “Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei”. En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008. p. 59.

¹⁰⁷⁴ “[...] non solo le norme di diritto europeo poste in forma espresa dai trattati, dai regolamenti e dalle direttive, ma anche i *principi* ricavati in via interpretativa, soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. pp. 69-70.

principios comunitarios se han convertido más vinculantes con el tiempo y directamente sancionables frente a los jueces nacionales”.¹⁰⁷⁵ (Traducción propia).

2.1. Los principios contenidos la normatividad italiana.

En cuanto a los principios procedimentales incluidos en el ordenamiento jurídico italiano se destacarán en primer lugar los contenidos en la Constitución y posteriormente, se hará referencia a los establecidos en la Ley 241 de 1990. Los contenidos en la Constitución son: 2.1.1. Legalidad, 2.1.2. Buen funcionamiento e 2.1.3. Imparcialidad y los desarrollados en la Ley 241 de 1990 son los de: 2.1.4. Economía, 2.1.5. Eficacia, 2.1.6. Publicidad, 2.1.7. Transparencia, 2.1.8. No agravación del procedimiento, 2.1.9. Obligatoria conclusión mediante la adopción de una decisión procedimental explícita y 2.1.10. La obligación general de motivación.

2.1.1. Legalidad.

Siguiendo al profesor Giandomenico Falcon el principio de legalidad enuncia que los poderes de la autoridad Administrativa sólo existen si se encuentran preestablecidos normativamente en el ordenamiento jurídico.¹⁰⁷⁶ Con esto se pretende impedir que “[...] sean las mismas Administraciones públicas las que establezcan sus propios poderes, y evita que éstos sean creados caso por caso, según las exigencias del momento”.¹⁰⁷⁷ (Traducción propia).

Como lo explica Vincenzo Cerulli, al lado de la predeterminación normativa, el principio de legalidad debe seguir los fines establecidos en la ley y concretamente, “[e]l fin es la búsqueda del

¹⁰⁷⁵ “La L. n. 15 del 2005 ha introdotto anche il rinvio ai principi comunitari, la cui osservanza è divenuta nel tempo sempre più obbligatoria e sanzionabile direttamente di fronte ai i giudici nazionali”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 249.

¹⁰⁷⁶ “Según el principio de legalidad los poderes especiales de la autoridad Administrativa en tanto existen, en cuanto están previstos por la normas del ordenamiento jurídico”. (Traducción propia).

“Secondo il principio di legalità gli speciali poteri delle autorità amministrative in tanto esistono, in quanto sono previsti dalle norme dell’ordenamiento giuridico”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 8.

[...] che siano le stesse pubbliche amministrazioni a decidere dei propri poteri, ed esclude che essi siano creati caso per caso, secondo le esigenze del momento.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 9.

interés público que la Administración es llamada a perseguir en el ejercicio del poder en concreto”.¹⁰⁷⁸ (Traducción propia).

En nuestros días debe reconocerse, además, como lo explica Sergio Lariccia, que existe una tendencia hacia redimensionar el procedimiento y concretamente, en cuanto a la legalidad se está construyendo una nueva noción “[...] la realización de una nueva legalidad, no una legalidad-legitimidad, sino una legalidad-justicia, que no se limita a asegurar la conformidad del orden administrativo con el orden normativo preexistente; sino, si es idóneo para lograr una justa ponderación de los variados intereses, con la participación a través de la confrontación entre las exigencias respectivas”.¹⁰⁷⁹ (Traducción propia).

2.1.2. Buen funcionamiento.

Es posible hablar “[...] del buen funcionamiento en general, como precepto que rige toda la Administración y sobre todo, con respecto a la organización”.¹⁰⁸⁰ Sin embargo, se debe tener presente que “[e]l buen funcionamiento no se refiere sólo a la organización de las Administraciones Públicas, sino también a la actividad a su actividad que persigue sus propios fines”.¹⁰⁸¹ (Traducción propia).

Se debe tener presente siguiendo a Ottavio Grasso que: “Del principio en examen se originan una serie de otros correlativos como aquellos de no agravación del procedimiento,

¹⁰⁷⁸ “Il fine é lo scopo di interesse pubblico che l'Amministrazione é tenuta a perseguire nell'esercizio in concreto del potere”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 251.

¹⁰⁷⁹ “[...] la realizzazione di una nuova legalità, non una legalità-legittimità, ma una legalità-justizia, che non se limiti ad assicurare la conformità dell'ordine amministrativo all'ordine normativo preesistente, ma si idone a consentire un giusto assetto dei vari interessi, con la partecipazione attraverso il confronto tra le rispettive esigenze”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 243.

¹⁰⁸⁰ “Del buon andamento in generale, come precepto che regge tutta l'amministrazione, anche e soprattutto sul versante dell'organizzazione, s'è detto. Sul versante dell'attività buon andamento significa buona amministrazione, cioè un'amministrazione capace di produrre risultati utili per la collettività, i migliori servizi con i mezzi disponibili”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 258.

¹⁰⁸¹ “Il buon andamento non riguarda solo l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, ma anche la loro attività e i criteri con i quali esse perseguono i propri fini”.

MARIANI, Marco e altri. *Guida alla legge N. 241 de 1990*. Nuova giuridica. Matelica. 2010. p. 28.

continuidad de la acción administrativa, racional distribución de las tareas”.¹⁰⁸² (Traducción propia).

2.1.3. Imparcialidad.

En la actualidad, “[e]l mismo principio de imparcialidad no viene más visto como neutralidad o indiferencia respecto a los fines de la acción administrativa, sino más bien se entiende como la exigencia de la ponderación y comparación de los intereses en juego, también se puede evidenciar que los intereses de la Administración deliberante deben estar siempre en el centro de la valoración”.¹⁰⁸³ (Traducción propia).

En la práctica para lograr la materialización del la igualdad formal entre las partes, “[...] el principio se realiza en poderes de impulso, de intervención, y de asistencia más encuentra naturalmente su límite en la tutela del público interés el cual está confiado a la Administración pública”.¹⁰⁸⁴ (Traducción propia).

2.1.4. Economía.

El principio de economía es la relación existente entre recursos empelados y resultados obtenidos¹⁰⁸⁵; es decir; como lo explica, Elio Caseta “[I]a acción será económica cuando el

¹⁰⁸² “Dal principio in esame traggono origine una serie di altri corollari quali quello di non aggravamento del procedimento, continuità dell’azione amministrativa, razionale distribuzione delle carriere”.

GRASSO, Octavio e altri. “I principi generali dell’attività amministrativa”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 10.

¹⁰⁸³ “Lo stesso principio di imparzialità non viene più visto come neutralità o indifferenza rispetto agli scopi dell’azione amministrativa, ma viene sottolineata piuttosto l’esigenza della ponderazione e comparazione degli interessi in gioco anche se occorre porre in evidenza che gli interessi dell’amministrazione deliberante devono star pur sempre al centro delle valutazioni”.

MARIANI, Marco e altri. *Guida alla legge N. 241 de 1990*. Nuova giuridica. Matelica. 2010. p. 24.

¹⁰⁸⁴ “Esso pone l’esigenza dell’eguaglianza formale tra le parti. Nei rapporti tra le parti e l’organo agente il principio si realizza in poteri di impulso, di intervento e di assistenza ma trova naturalmente il suo limite nella tutela del pubblico interesse di cui è affidataria la pubblica amministrazione”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 243.

¹⁰⁸⁵ “La economía, como articulación del principio de buena administración, expresa la relación entre recursos empleados (debe ser previsto un *budget* total) y resultados obtenidos”. (Traducción propia).

“L’economicità, quale articolazione del principio di buona amministrazione, designa il rapporto fra risorse impiegate (deve essere previsto un *budget* complessivo) e risultati ottenuti”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 391.

conseguimento de los objetivos se produzca con el menor empeño posible de medios personales, financieros y procedimentales”.¹⁰⁸⁶ (Traducción propia).

De todas formas, se debe recordar que en el Derecho Administrativo por encima de la economía de la decisión, prevalece la búsqueda del interés general y por ende, así la acción no resulte favorable en términos puramente económicos, se debe realizar si está encaminada a la búsqueda de éste fin ulterior.

2.1.5. Eficacia.

La eficacia, está muy estrechamente relacionada con el principio de buena administración, que “[...] designa la actitud de una simple acción administrativa o de un conjunto de acciones, o de una política, dirigida hacia la producción de resultados prácticos establecidos; los cuales pueden estar programados por la Administración misma o impuestos por la ley y que son presupuestos necesarios para la situación en la cual se quiere incidir”.¹⁰⁸⁷ (Traducción propia).

En términos más concretos, se podría definir como la relación entre el resultado propuesto y el obtenido¹⁰⁸⁸, pretendiendo que “[...] la Administración, junto con el respeto formal a la ley, apunte también y sobre todo al perseguimiento en el mejor modo posible de las finalidades a ella encomendadas”.¹⁰⁸⁹ (Traducción propia).

2.1.6. Publicidad.

¹⁰⁸⁶ “L’azione é economica quando il conseguimento degli obbiettivi avvenga con il minor impiego possibile di mezzi personali, finanziari e procedimentali”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 256.

¹⁰⁸⁷ “[...] designa l’attitudine di una singola azione amministrativa o di un complesso di azioni, di una “politica”, alla produzione dei risultati pratici stabiliti; programmati dalla stessa Amministrazione o imposti dalla legge, ovvero resi necessari dalla situazione nella quale si va ad incidere”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 259.

¹⁰⁸⁸ “La eficacia, igualmente atribuible al principio de buena administración, indica la relación entre resultado obtenido y resultados preestablecidos (debe ser previsto un *budget* de la acción particular)”. (Traducción propia).

“L’efficacia, parimenti riconducibile al principio di buona amministrazione, indica il rapporto tra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti (deve essere previsto un *budget* della singola azione)”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 391.

¹⁰⁸⁹ “[...] l’amministrazione, oltre al rispetto formale della legge, miri anche e soprattutto al perseguimento nel miglior modo possibile delle finalità ad essa affidate”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 257.

La publicidad se puede definir como el poner en “[...] conocimiento externo las actuaciones a través de las cuales las decisiones administrativas son tomadas, y por tanto los motivos que las originan”¹⁰⁹⁰ (Traducción propia) y por ende, este principio es una consecuencia directa de la naturaleza pública de la Administración¹⁰⁹¹.

La finalidad principal de este principio en la práctica es permitir que las personas tengan la posibilidad de conocer, cómo se desarrolla la actividad de las Administraciones Públicas, por consiguiente “[...] impone a la Administración Pública hacer accesible a los interesados datos y documentos concernientes a las operaciones de los poderes públicos”.¹⁰⁹² (Traducción propia).

2.1.7. *Transparencia.*

El principio de transparencia administrativa es “[...]a atribución a los ciudadanos del poder de ejercitar un control sustancial sobre el desarrollo de la acción administrativa y sobre la conformidad de la misma con los intereses sociales y con los preceptos constitucionales”.¹⁰⁹³ (Traducción propia).

Este principio, reviste una gran importancia puesto que “[...] prevé el carácter obligatorio de la motivación del provvedimento administrativo, la obligación de la A.P. de identificar

¹⁰⁹⁰ “[...] conoscibilità all'esterno degli atti attraverso i quali le scelte amministrative vengono assunte, e perciò dei motivi che le sorreggono”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Lineamenti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 255.

¹⁰⁹¹ “La publicidad es una carácter que constituye consecuencia directa de la naturaleza pública de la Administración”. (Traducción propia).

“La pubblicità è un carattere che costituisce conseguenza diretta della natura pubblica dell'amministrazione”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 257.

¹⁰⁹² “[...] impone alla P.A. di rendere accessibili agli interessati notizie e documenti concernenti l'operato dei pubblici poteri”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 391.

¹⁰⁹³ “[...]attribuzione ai cittadini del potere di esercitare un controllo sostanziale sullo svolgimento dell'azione amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali ed ai precetti costituzionali”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 280.

previamente la oficina y el dependiente responsable del procedimiento y el derecho de los ciudadanos interesados en acceder a los documentos administrativos”.¹⁰⁹⁴ (Traducción propia).

2.1.8. No agravación.

El procedimiento administrativo no debe ser obstaculizado por la Administración, al contrario se debe propender porque las Administraciones públicas encuentren la manera de tramitar los expedientes sin gravar inútilmente a los particulares. Es así como, en aplicación al principio de no agravación “[...] deben ser considerados ilegítimos los actos superfluos, en particular las duplicaciones injustificadas de opiniones y de momentos instructorios”.¹⁰⁹⁵ (Traducción propia).

Para lograr cumplir con la no agravación del procedimiento es necesario hacer un análisis profundo del tipo de procedimiento concreto del que se habla, para determinar su verdadera finalidad y así poder precisar cuáles actuaciones lo agravarían inútilmente.¹⁰⁹⁶

2.1.9. El principio de adopción de un provvedimento expreso y dentro de un término cierto.

El principio de adoptar una decisión providencial expresa o acción en vía providencial¹⁰⁹⁷ precisa que la Administración pública tiene el deber de adoptar una decisión

¹⁰⁹⁴ “Infine la trasparenza prevede il carattere *obbligatorio* della *motivazione* del provvedimento amministrativo, l’obbligo della P.A. di *identificare* preventivamente l’ufficio e il *dipendente responsabile* del procedimento e il *diritto* dei cittadini interessati di *accedere* ai documenti amministrativi”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 390.

¹⁰⁹⁵ “In applicazione del principio in esame, debbono essere ritenuti illegittimi gli atti superflui, in particolare le duplicazioni ingiustificate di pareri e di momenti istruttori. Si noti che il non aggravamento può essere riferito anche ai privati”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 257.

¹⁰⁹⁶ “Sólo sabiendo cual es el procedimiento administrativo, es decir cuáles son los reales intereses en juego, se puede saber cuáles actos lo agravan, en el sentido de que se opongan al conseguimento de los fines”. (Traducción propia). “Solo sapendo qual è il procedimento amministrativo, cioè quali sono i reali interessi in gioco, si può sapere quali atti lo aggravano, nel senso che si oppongono al conseguimento dei fini”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 391.

¹⁰⁹⁷ “Un principio adicional enunciado por la ley es aquel que podría definirse como el de la acción en vía providencial: en el sentido del art. 2, la Administración debe, de hecho, concluir el procedimiento <<mediante la adopción de un provvedimento expreso>>”. (Traducción propia).

procedimental expresa, sin importar si el procedimiento es iniciado a petición del interesado o de oficio por las entidades del Estado.¹⁰⁹⁸

Como lo expresa Sergio Lariccia “[...] otro principio de carácter general contenido en la Ley n. 241 de 1990 es el principio de la certeza del tiempo que se realiza a través del término para decidir”.¹⁰⁹⁹ (Traducción propia). Así, la ley ha determinado que para que no sean desconocidos los derechos de los administrados es necesario que se le dé al procedimiento una duración cierta y conocida.¹¹⁰⁰

2.1.10. La motivación de las decisiones individuales.

Este principio busca que se les permita a los particulares conocer las razones por las cuales las Administraciones públicas toman una decisión en un determinado sentido. Por esto, [l]a motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión de la Administración en relación al resultado del procedimiento completo”.¹¹⁰¹ (Traducción propia).

Como lo precisa Anna Simonati este principio “[...] se trata de una garantía fundamental para los privados, los cuales, conocen las razones de la decisión efectuada por la autoridad del

“Un ulteriore principio enucleabile dalla l. 241/L990 é quello che potrebbe definirsi dell'azione in via provvedimentoale: ai sensi dell'art. 2, l'amministrazione deve infatti concludere il procedimento <<mediante l'adozione di un provvedimento espresso>>”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 258.

¹⁰⁹⁸ “La A.P. tiene el deber de concluir el procedimiento con la adopción de una decisión final procedimental expresa, sea cuando el procedimiento sea a inicio de instancia, sea cuando deba ser iniciado de oficio”. (Traducción propia).

“La P.A. ha il dovere di concludere il procedimento con l'adozione di un *provvedimento finale espresso*, sia quando il procedimento consegua ad istanza, sia quando debba essere iniziato d'ufficio;”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 391.

¹⁰⁹⁹ “Un altro principio di carattere generale contenuto nella l. n. 241 del 1990 è il principio della certezza del tempi che si realizza attraverso il termine per provvedere”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 250.

¹¹⁰⁰ “A los mismos fines, además, la ley presta particular atención a la exigencia que el procedimiento tenga una duración cierta y conocida”. (Traducción propia).

“Agli stessi scopi, inoltre, la legge pone in particolare attenzione all'esigenza che il procedimento abbia una durata *certa e conoscibile*”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 9.

¹¹⁰¹ “La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria espletata”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. pp. 283-284.

procedimiento desfavorable y así, estarán en posibilidad de ejercitar del modo más eficaz el derecho de defensa”.¹¹⁰²

2.2. Los principios procedimentales establecidos por el ordenamiento comunitario.

Lo primero que se debe recordar es la estrecha relación existente entre el Derecho Administrativo Interno y el Comunitario¹¹⁰³ y en consecuencia, la Administración Pública debe seguir los principios del Derecho Comunitario “[...] los cuales se han venido precisando, ante la ausencia de estatutos normativos en los Tratados y también en las fuentes del Derecho comunitario, reglamentos y directivas, la obra de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, que ha elaborado reglas y principios de Derecho interno común a los Estados miembros, sucesivamente codificados en la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea, en consecuencia del tratado de Niza de 2001”.¹¹⁰⁴ (Traducción propia).

Para el desarrollo del tema, es conveniente destacar el libro *Procedimento Amministrativo Comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale* que será principal guía para el desarrollo de ésta parte del escrito. Así, Anna Simonati hace referencia a los principios rectores del ordenamiento comunitario en la actualidad¹¹⁰⁵, dentro de los cuales se deben destacar los siguientes cinco: 2.2.1. La participación en el procedimiento y el derecho a ser

¹¹⁰² “Evidentemente, si tratta di una fondamentale garanzia per i privati, i quali, apprendendo le ragioni delle scelte effettuate dalle autorità in vista dell’emanazione al loro indirizzo di provvedimenti sfavorevoli, sono in grado di esercitare in modo più efficace i diritti di difesa”.

SIMONATI, Anna. *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 88.

¹¹⁰³ “Debe entenderse en sentido amplio como el procedimiento administrativo –no importa si es a nivel nacional o europeo o también entre los dos niveles contemporáneamente- puede definirse a su vez como europeo en cuanto está sometido a la influencia, más o menos directa, de los principios y de las reglas comunitarias”. (Traducción propia).

“Ma è da intendere anche in senso ampio come il procedimento amministrativo che –non importa se a livello nazionale o europeo, o anche ad entrambi i livelli contemporaneamente- può definirsi a sua volta come europeo in quanto subisce l’influenza, più o meno diretta, dei principi e delle regole comunitaria”.

DE PRETIS, Daria. “Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei”. En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008. p. 51.

¹¹⁰⁴ “[...] quali si sono venuti precisando, nell’assenza di statuizioni normative nei Trattati ed anche nelle fonti di diritto comunitario, regolamenti e direttive, ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha elaborato regole e principi di diritto interno comuni agli Stati membri, successivamente codificati nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, a seguito del trattato di Nizza del 2001”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 279.

¹¹⁰⁵ SIMONATI, Anna. *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009.

informado, 2.2.2. La tutela de la confianza legítima, 2.2.3. La buena administración, 2.2.4. La proporcionalidad y 2.2.5. La tempestividad o razonable duración del procedimiento.

2.2.1. La participación en el procedimiento.

La participación en el procedimiento es “[...] el medio con el cual se permite a los ciudadanos intervenir en una fase anterior a la decisión administrativa, permitiendo así a los mismos incidir en el contenido del provvedimento y realizando, así, para el trámite de instauración del contradictorio, una función de prevención de eventuales conflictos entre la Administración y los ciudadanos”.¹¹⁰⁶ (Traducción propia).

La jurisprudencia Comunitaria ha establecido que no tiene protección absoluta sino se reconoce como parte del derecho de defensa¹¹⁰⁷ y sobre todo, sólo a los actos conclusivos de los procesos administrativos que inciden de manera inmediata y directa sobre el patrimonio.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁶ “[...] il mezzo con il quale si consente ai cittadini di intervenire in una fase antecedente alla decisione amministrativa, permettendo così ai medesimi di incidere sul contenuto del provvedimento e realizzando, quindi, per il tramite dell'instaurazione del contraddittorio, una funzione di prevenzione di eventuali successivi conflitti tra Amministrazione e cittadino”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 288.

¹¹⁰⁷ “En el ordenamiento comunitario, el derecho a ser parte del procedimiento administrativo (el cual se diferencia, naturalmente del procedimiento de *rule making*) no tiene protección absoluta, sino más bien se reconoce como una manifestación del derecho de defensa”.

“Nell’ordinamento comunitario, il diritto di prendere parte al procedimento amministrativo (dal quale resta distinto, naturalmente il procedimento di *rule making*) trova protezione non in assoluto, bensì come estrinsecazione del diritto alla difesa”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*. Nell’analisi giurisprudenziale. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. pp. 31-32.

¹¹⁰⁸ “A propósito, es oportuno aclarar cómo, según el orientamiento tradicionalmente seguido por la Corte de Justicia y por el Tribunal de primer grado, la tutela de los derechos a la defensa de los particulares tendencialmente se aplican sólo respecto a los actos conclusivos de los procesos administrativos, encaminados a incidir desfavorablemente de manera inmediata y directa sobre el patrimonio jurídico individual”. (Traducción propia).

“In proposito, è opportuno chiarire come, secondo l’orientamento tradizionalmente seguito dalla Corte di giustizia e dal Tribunale di primo grado, la tutela dei diritti alla difesa dei singoli tendenzialmente si applica solo rispetto agli atti conclusivi delle procedure amministrative, idonei ad incidere sfavorevolmente in modo immediato e diretto sul patrimonio giuridico individuale”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*. Nell’analisi giurisprudenziale. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. pp. 48-49.

2.2.2. La tutela de la confianza legítima.

El principio de confianza legítima, el cual ha adquirido una fisonomía diversa a su formulación original en el derecho alemán¹¹⁰⁹, dispone que “[...] la actividad administrativa debe ser guiada por el respeto de las situaciones jurídicas subjetivas de aquellos que hayan tenido, legítimamente, confianza sobre el comportamiento o los actos de la Administración pública, ampliativos de su esfera jurídica”.¹¹¹⁰ (Traducción propia). En este sentido, lo que se pretende es que no se vulneren las expectativas fundamentadas de los particulares que han provenido de las Administraciones públicas, concretamente protegiendo las decisiones providenciales emanadas y las ilegítimamente revocadas¹¹¹¹.

De esta manera, la defensa de la confianza legítima “[...] se puede manifestar o en la salvaguardia total de los intereses privados que le quedan sobre un precedente acto administrativo emanado (es el caso en el que la Administración le sea recluso el uso de un poder ya utilizado) o en una forma de tutela sustitutiva (es el caso por ejemplo, en el cual se prevean indemnizaciones para los sujetos que hayan sufrido la revocación de un acto de concesión en consecuencia del cual hayan iniciado una actividad empresarial)”.¹¹¹² (Traducción propia). Sin

¹¹⁰⁹ “La tutela de la confianza legítima del particular en frente al poder de autotutela de la Administración ha adquirido de hecho en el Derecho europeo una fisonomía diversa y original respecto a la configuración propia del principio en el ordenamiento alemán del cual principalmente deriva”. (Traducción propia).

“La tutela del legittimo affidamento del singolo nei confronti del potere di autotutela dell’amministrazione ha acquisito infatti nel diritto europeo una fisionomia diversa e originale rispetto alla configurazione propria del principio nell’ordinamento tedesco dal quale esso principalmente deriva”.

DE PRETIS, Daria. “Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei”. En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008. p. 61.

¹¹¹⁰ “El principio está dirigido a la protección de situaciones consolidadas a continuación de los provvedimenti emanados (e ilegítimamente revocados) que han generado una razonable confianza en los destinatarios”. (Traducción propia).

“Il principio di legittimo affidamento, alla luce del quale l’agire amministrativo deve essere connotato dal rispetto delle situazioni giuridiche soggettive di coloro che abbiano fatto, legittimamente, affidamento su comportamenti od atti della pubblica Amministrazione, ampliati della loro sfera giuridica”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 278.

¹¹¹¹ “Il principio è volto alla protezione di situazioni consolidate a seguito di provvedimenti emanati (e illegittimamente revocati) che hanno ingenerato un ragionevole affidamento nei destinatari”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 393.

¹¹¹² “[...] se può manifestare o nella salvaguardia totale degli interessi privati che poggiano su un precedente atto amministrativo emanato (è il caso in cui all’amministrazione sia precluso l’uso di un potere già utilizzato) o in una forma di tutela sostitutiva (è il caso, ad esempio, in cui si prevedono indennizzi per soggetti che abbiano subito la revoca di un atto di concessione a seguito del quale avevano intrapreso un’attività di impresa)”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 249.

embargo, se debe precisar que sólo se protegerán las decisiones legítimas (y no las ilegítimas) y por esto, no se protegerá una decisión favorable emitida a partir de falsas declaraciones realizadas por el destinatario.¹¹¹³

2.2.3. La proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad en la actividad procedimental de las Administraciones Públicas se refiere a que el comportamiento desplegado “[...] debe ser adecuado y proporcional, con respecto a los objetivos, indicados en la ley y que para su concreta realización la norma le atribuye un poder a la Administración misma”.¹¹¹⁴ (Traducción propia). Con esto se pretende, que no sean impuestas a cargo de los privados prohibiciones y restricciones que no sean necesarios para lograr con el cumplimiento de los fines del Estado.

Como lo precisa Anna Simonati “[...] los jueces de Luxemburgo, en frente a determinaciones ampliamente discrecionales -y no manifiestamente irracionales-, siguen criterios de proporcionalidad bastante amplios y flexibles, consintiendo con una cierta amplitud a las instituciones permitiéndoles el desarrollo de evaluaciones de oportunidad, a la luz de las variables del caso y de la intensidad del interés público implicado”.¹¹¹⁵ (Traducción propia).

¹¹¹³ “Con mayor razón, naturalmente, ninguna confianza legítima puede surgir sobre el mantenimiento de un provvedimento favorable emitido como consecuencia de una declaración fraudulenta del destinatario”. (Traducción propia).

“A maggior ragione, naturalmente, nessun legittimo affidamento può costituirsi circa il mantenimento di un provvedimento favorevole emesso a fronte di dichiarazioni fraudolente del destinatario”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 137.

¹¹¹⁴ “[...] deve essere adeguata e proporzionata, rispetto agli obiettivi, indicati dalla legge, da conseguire e per la cui concreta realizzazione il potere venne attribuito, dalla norma, all’Amministrazione medesima”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 279.

¹¹¹⁵ “Normalmente, comunque, i giudici di Lussemburgo, a fronte di determinazioni ampiamente discrezionali –e non palesemente irragionevoli- indicano criteri di proporzionalità abbastanza ampi e flessibili e consentono con una certa larghezza alle istituzioni lo svolgimento di valutazioni di opportunità, alla luce delle variabili della fattispecie e dell’intensità dell’interesse pubblico coinvolto”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 199.

2.2.4. La buena Administración.

En cuanto a la autonomía del principio de buena administración se debe precisar que “[...] no obstante los jueces de Luxemburgo continuamente se refieren a la buena administración como un principio procedimental abstractamente dotado de plena autonomía sistemática ([...]), casi nunca se encuentra, la ilegitimidad de las determinaciones en contradicción con tal parámetro; es decir, donde no se presente la contextual lesión de otros principios procedimentales”.¹¹¹⁶

Por otra parte, se debe tener presente que “[...] la misma Corte ha terminado por dar a la aplicación del <<principio de buena Administración un espacio de al menos una indeterminación relativa de las relaciones entre las instituciones y administrados, en definitiva dirigido a la valoración de la institución misma”.¹¹¹⁷ (Traducción propia).

2.2.5. La tempestividad.

En la actualidad está claramente determinada la importancia del cumplimiento de los términos a los que están sometidas las Administraciones públicas en un tiempo razonable, con lo que se persigue “[...] la salvaguardia de las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares y el logro de una Administración eficiente y transparente”.¹¹¹⁸ (Traducción propia).

¹¹¹⁶ “[...] nonostante i giudici di Lussemburgo spesso richiamano la buona amministrazione quale principio procedimentale astrattamente dotato di piena autonomia sistemática ([...]), quasi mai ne consegue, in concreto, l’illegitimità delle determinazioni in contrasto con tale parametro, ove non si ravvisi la contestuale lesione di altri principi procedimentali”.

SIMONATI, Anna. *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. pp. 169-170.

¹¹¹⁷ “[...] la stessa Corte ha finito per consegnare l’applicazione del <<principio>> di buona amministrazione ad uno spazio di almeno relativa indeterminazione delle relazioni tra istituzioni e amministrativi, in definitiva rimesso alla valutazione discrezionale dell’istituzione stessa”.

MASSERA, Alberto. “Il diritto del procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008. p. 89.

¹¹¹⁸ “Il principio dell’osservanza di termini certi, entro i quali la P.A. deve pervenire alla decisione amministrativa, come salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli e come espressione di un’Amministrazione efficiente e trasparente”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 279.

De la lectura de las decisiones de los órganos judiciales de la comunidad “[...] emerge con claridad que los jueces comunitarios reconocen la necesidad de que las instituciones adecúen sus operaciones a parámetros de tempestividad y configuren este principio como corolario de aquello de la buena administración”.¹¹¹⁹ (Traducción propia).

¹¹¹⁹ “Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, emerge con chiarezza che i giudici comunitari riconoscono la necessità che le istituzioni adeguino il loro operato a parametri di tempestività e configurano questo principio quale corollario di quello di buona amministrazione”.

SIMONATI, Anna. *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 247.

PARTE II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ACTUALMENTE CONTENIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

INTRODUCCIÓN.

En la segunda parte del Capítulo V de la tesis doctoral corresponde detenerse a la exposición del régimen general del procedimiento administrativo italiano vigente lo que permitirá entender la manera en qué se concibe y se desarrolla el procedimiento por las Administraciones públicas en la actualidad.

En este orden de ideas, resulta imprescindible empezar por estudiar el contenido de la Ley 241 del 7 de agosto de 1990, también conocida como *Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos*.

Antes de continuar se debe recordar, como lo precisa Maria Vipiana, que: “Desde el punto de vista del contenido, la l. 241 es una ley general sobre el procedimiento administrativo en el sentido que se aplica tendencialmente a cada tipo de procedimiento; sin embargo, no es la ley general sobre tal procedimiento, porque no disciplina cada aspecto del *iter* procedimental, como se nota, por ejemplo en las lagunas que se presentan en materia de la instructoria procedimental”.¹¹²⁰ (Traducción propia).

Haciendo referencia a la concreta estructura metodológica de la segunda parte de este capítulo que se subdivide en dos partes claramente diferenciadas, encaminadas a lograr un verdadero acercamiento a la disciplina procedimental vigente en Italia, que son: El régimen contenido en la Ley 241 de 1990 y las fases del procedimiento administrativo.

¹¹²⁰ “Dal punto di vista contenutistico, la l. 241 è una legge generale sul procedimento amministrativo nel senso che si applica tendenzialmente ad ogni tipo di procedimento; tuttavia non è legge generale su tale procedimento, perché non disciplina ogni aspetto dell'*iter* procedimentale, come si nota, ad esempio dalle lacune in tema di istruttoria procedimentale”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 3.

La primera, se encarga de dos subtemas fundamentales; en primer lugar, se presenta la definición de Procedimiento administrativo contraponiéndola a otras nociones similares y en segundo, lugar se hace referencia a las principales reformas que se han producido desde la expedición de la Ley 241 de 1990, haciendo una presentación más puntual del contenido de ésta norma en los temas más importantes para su comprensión.

En la segunda parte, para facilitar el buen entendimiento del desarrollo del procedimiento administrativo, es conveniente analizar cada una de las cuatro fases típicas que han sido manejadas por la doctrina italiana al respecto que son: 1. La fase de la iniciativa; 2. La fase instructoria, 3. La fase decisoria y 4. La fase integrativa de la eficacia.

3. EL RÉGIMEN ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ITALIANO EN LA LEY 241 DE 1990.

Introducción.

Es tiempo de analizar el tema de la disciplina general del procedimiento administrativo en Italia, el cual está contenido en la Ley 241 de 1990. Esta norma jurídica como lo precisa Giandomnico Falcon “[...] no corresponde a un intento legislativo <<codificador>>, sino más bien a una exigencia de *reformar* el modo de operar de la Administración Pública, convirtiéndolo por un lado *más expedito*, por el otro *más transparente y más participativo*”.¹¹²¹ (Traducción propia).

Con el transcurrir de los años la Ley 241 fue sufriendo importantes reformas como la Ley 15 de 2005 y la Ley 69 de 2009¹¹²²; pese a esto, se han mantenido las ideas originales y tan sólo se

¹¹²¹ “[...] non corrispondeva ad un intento legislativo <<codificatore>>, ma piuttosto ad una esigenza di *reformare* il modo di operare delle pubbliche amministrazioni, rendendolo da un lato *più spedito*, dall’altro *più trasparente e più partecipato*”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 67.

¹¹²² “La reciente Ley del 18 de junio de 2009, n. 69 ha introducido modificaciones de significativo relieve a la Ley 7 de agosto de 1990, n. 241 sobre el procedimiento administrativo (reformada, por la ley n. 15 del 2005) con más precisa referencia a su contenido <<ley general sobre la acción administrativa>>”. (Traducción propia).

“La recente legge 18 giugno 2009, n. 69 ha introdotto modifiche di significativo rilievo alla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo (ribattezzata, dalla legge n. 15 del 2005) con più corretto riferimento ai suoi contenuti, <<legge generale sull’azione amministrativa>>”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 1.

han acoplado sus criterios originales a las nuevas necesidades sociales. En la actualidad tampoco esta norma se ha constituido como un verdadero Código de procedimiento.¹¹²³

En esta parte del texto es indispensable ocuparse del contenido de esta importante ley y para esto, se ha subdividido en cinco partes claramente diferenciadas las cuales son: 3.1. La noción de procedimiento administrativo y algunos conceptos afines que pueden oscurecer su significado; 3.2. El procedimiento administrativo en la Ley 241 de 1990; 3.3. Las modificaciones a la Ley 241 de 1990; 3.4. La estructura general de la Ley 241 del 7 de agosto de 1990 y 3.5. El ámbito de aplicación de la Ley 241 de 1990.

3.1. La noción de procedimiento administrativo y algunos conceptos afines que pueden oscurecer su significado.

En Italia, como se ha podido observar, la teoría general del procedimiento administrativo tuvo una inclusión tardía como tema de estudio y en consecuencia, como lo precisa Massimo Severo:

“La noción de procedimiento administrativo se introduce al inicio del siglo apenas transcurrido, sobretodo incorporándolo de la doctrina austriaca, sea como superación de la concepción dominante, del provvedimento administrativo como acto compuesto (o sea constituido del provvedimento y de los <<actos preparatorios>> del mismo), sea sobre todo para explicar la variedad de los intereses envueltos en la secuencia de los actos a través de los cuales se forma un provvedimento”.¹¹²⁴ (Traducción propia).

De todo lo antedicho se desprende que parte de la clave de la construcción del procedimiento administrativo italiano se produce como corolario de la distinción entre las

¹¹²³ “No puede considerarse, por otra parte –tampoco después de las intervenciones legislativas que fueron sucediendo durante el transcurso de los años- que el actual texto haya conducido una verdadera y propia <<codificación>> del derecho Administrativo sustancial”. (Traducción propia).

“Non può ritenersi, peraltro –anche dopo gli interventi legislativi via via succedutisi negli anni- che l’attuale assetto abbia condotto una vera e propria <<codificazione>> del diritto amministrativo sostanziale”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 2.

¹¹²⁴ “La nozione di procedimento amministrativo se introduce all’inizio del secolo appena trascorso, soprattutto dalla dottrina austriaca, sia come superamento delle concezioni allora dominanti, del provvedimento amministrativo come atto composto (ossia costituito dal provvedimento e dagli <<atti preparatori>> del medesimo), sia soprattutto per spiegare la varietà degli interessi coinvolti dalle sequenze di atti attraverso i quali si forma un provvedimento”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 271.

nociones de *procedimiento* y de *provvedimento* administrativo. Estas dos nociones deben ser conjuntamente estudiadas puesto que están claramente relacionadas y además, se deben diferenciar para evitar confusiones durante la lectura de éste escrito.

3.1.1. Noción de procedimiento administrativo: Para esta definición es preciso recurrir a la ya clásica propuesta por Aldo Sandulli en su libro *Il procedimento amministrativo* quien lo concibe como “[...] una sucesión de momentos, –con alguna unidad temporal-, en la cual se concreta un singular acto de la serie”.¹¹²⁵ (Traducción propia).

3.1.2. Definición de provvedimento administrativo: Un concepto muy acertado es el propuesto por Pietro Virga en su obra *Il provvedimento amministrativo* según el cual: “El provvedimento administrativo puede definirse como aquella manifestación de voluntad, entendimiento, juicio o de naturaleza mixta, emitida por una autoridad administrativa para un caso concreto y para un destinatario determinado o por lo menos determinable”.¹¹²⁶ (Traducción propia).

3.1.3. Algunas relaciones y rasgos diferenciadores de las definiciones de procedimiento y provvedimento: Con el propósito de profundizar un poco más sobre el contenido de las anteriores definiciones es muy interesante citar las ideas del profesor Giandomenico Falcon al respecto:

“Resulta que el provvedimento administrativo no puede ser estudiado aisladamente, sino debe ser estudiado en el cuadro de la actividad completa que lo prepara y que lo condiciona la validez misma: es decir en el contexto mismo que se denomina *procedimiento administrativo*, para expresar la idea de una actividad administrativa que está enfocada hacia la decisión que se debe tomar en el caso concreto. La noción de procedimiento administrativo permite comprender en términos unitarios toda la actividad administrativa encaminada a la producción del provvedimento y de su eficacia jurídica.

¹¹²⁵ “Essattamente concepito, questo si risolve piuttosto in una successione di momenti –intesa in tal senso ciascuna unità temporale-, nella quale si concreta un atto singolo della serie”.

SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. pp.36-37

¹¹²⁶ “Il provvedimento amministrativo può definirse quella manifestazione di volontà o di conoscenza o di giudizio o di natura mista, posta in essere da una autorità amministrativa per un caso concreto e per destinatari determinati o almeno determinabili”.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. IV Edizione interamante riveduta. Soc. Tip. <<Multia pactis>>. Giuffrè editore. 1972. p. 3.

Se destaca que la noción de procedimiento es propia en general del Derecho público y no solo del Derecho administrativo. En la teoría de las fuentes del derecho son bien notables, por ejemplo, el *procedimiento legislativo* y el *procedimiento* de revisión constitucional”.¹¹²⁷ (Traducción propia).

3.1.4. Diferencias entre procedimiento, procedura y processo: Otros términos que pueden prestar confusión son los de procedimiento, procedura y proceso; por esto, es preciso citar a Sergio Lariccia quien realiza la siguiente puntual aclaración:

“El uso del término procedimiento es más frecuente para los actos administrativos y el término proceso para los actos jurisdiccionales, sin embargo, la fungibilidad entre los términos de *procedimiento, procedura o processo* debe estar siempre presente porque la experiencia del vínculo entre varios actos preordenados hacia un efecto único presenta elementos de reglamentación común y pone exigencias coligadas entre ellas en el ejercicio del poder administrativo, como en el ejercicio de los poderes legislativo y judicial”.¹¹²⁸ (Traducción propia).

Una vez hechas las anteriores salvedades se encuentra el terreno abonado para abordar el contenido de la Ley 241 de 1990 donde se encuentra incluida la disciplina general del procedimiento administrativo italiano.

3.2. El procedimiento administrativo en la Ley 241 de 1990.

La primera legislación que hace concreta referencia al Procedimiento Administrativo en el derecho italiano es la Ley 241 de 1990, denominada como *Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos*¹¹²⁹.

¹¹²⁷ “Ne risulta che il provvedimento amministrativo non può essere studiato isolatamente, ma deve essere studiato nel quadro della attività complessiva che lo prepara e che ne condiziona la stessa validità: nel quadro cioè di ciò che viene chiamato *procedimento amministrativo*, per esprimere l’idea di una attività amministrativa che *procede* finalizzata alla decisione da assumere nel caso concreto. La nozione di procedimento amministrativo consente di cogliere in termini unitari tutta l’attività amministrativa finalizzata alla produzione del provvedimento e della sua efficacia giuridica. Se noti che la nozione di procedimento è propria in generale del diritto pubblico, e non solo diritto amministrativo. Nella teoria delle fonti del diritto sono ben noti, ad esempio, il *procedimento legislativo* e il *procedimento di revisione costituzionale*”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. pp. 63-64.

¹¹²⁸ “L’ uso del termine procedimento è più frequente per gli atti amministrativi e il termine processo per gli atti giurisdizionali, ma la fungibilità fra i tre termini di procedimento, procedura o processo deve essere tenuta presente perché l’esperienza del collegamento fra più atti preordinati a un unico effetto presenta elementi di comune regolamentazione e pone esigenze collegate tra loro nell’esercizio del potere amministrativo, come nell’esercizio dei poteri legislativo e giudiziario”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 238.

¹¹²⁹ El nombre original en italiano de la Ley 241 de 1990 era el de: *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

Esta norma está basada en diversos diseños legislativos que se fueron realizando durante varias décadas y a los cuales contribuyeron tanto la doctrina como la jurisprudencia. “A propósito, se debe recordar el diseño de ley elaborado por la subcomisión de estudio precedida por el prof. Mario Nigro, operante en el ámbito de la Comisión para la delegación y para la simplificación de las relaciones entre Estado y ciudadanos, constituida bajo la supervisión de la Presidencia del Consejo de Ministros”¹¹³⁰ (Traducción propia); la cual, posteriormente, se transforma en la Ley 241 del 7 de agosto de 1990.

Como lo precisa el profesor Falcon esta ley obedece a la necesidad de reformar la manera de funcionar de la Administración pública y por tanto, “[...] ésta no constituye una codificación completa, sino que dicta algunas reglas de base, consideradas entonces más importantes o más urgentes”.¹¹³¹ (Traducción propia).

No se debe perder de vista que la Ley 241 de 1991 “[...] tenía la doble finalidad de democratizar y de simplificar el procedimiento administrativo y ha sido elaborada con la intención de satisfacer dos exigencias que a menudo se identifican: aquella de la participación de los ciudadanos en la acción administrativa en la fase de su establecimiento y aquel del acceso a los actos de los poderes públicos”.¹¹³² (Traducción propia).

Partiendo de lo anterior, resulta natural que esta Ley tenga un fuerte contenido democrático logrando “[...] reinterpretar la noción de democracia en el sentido de consentir e incentivar la concreta y concienzuda participación de los ciudadanos, los cuales no serán más considerados como contraparte de la Administración (coherente con un modelo represivo), sino

¹¹³⁰ “In proposito va ricordato il disegno di legge elaborato dalla sottocommissione di studio presieduta dal prof. Mario Nigro, operante nell'ambito della commissione per la delegificazione e per la semplificazione dei rapporti fra stato e cittadini, costituita presso la presidenza del consiglio dei ministri”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 240.

¹¹³¹ FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 66.

¹¹³² “Esso aveva la duplice finalità di democratizzazione e di semplificazione del procedimento amministrativo ed è stato elaborato con l'intento di soddisfare due esigenze spesso evidenziate: quella della partecipazione dei cittadini all'azione amministrativa fin dalla fase della sua impostazione e quella dell'accesso agli atti dei pubblici poteri”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 240.

verdaderos soberanos de una Administración en la que prevalecen las funciones de erogación y de servicio”.¹¹³³ (Traducción propia).

Para entender la verdadera relevancia que ha tenido la Ley 241 de 1990 resulta interesante transcribir las ideas de Vipiana Perpetua quien logra hacer una síntesis de los principales logros o contribuciones de ésta ley al procedimiento administrativo italiano en la siguiente forma:

“Ciertamente, los contenidos de la L. 241 han sido innovadores bajo diversos perfiles: es la ley sobre la transparencia que ha dictado un nuevo estatuto de las relaciones entre Administración y administrado, radicando en cabeza de este último relevantes derechos, como aquel de la certeza de los tiempos de conclusión del procedimiento administrativo, a la participación procedimental, al acceso a los documentos administrativos; es además una ley que ha dedicado una amplia parte a la simplificación de los procedimientos administrativos, con la disciplina del instituto en parte nuevos, como la conferencia de servicios, la adquisición de opiniones y de las valoraciones técnicas y la denuncia de inicio de actividad”.¹¹³⁴ (Traducción propia).

3.3. Las modificaciones a la Ley 241 de 1990.

A continuación resulta conveniente hacer referencia a las principales modificaciones que históricamente se le han efectuado a la Ley 241 de 1990. Las tres más importantes intervenciones jurídicas han sido: 3.3.1. Ley 15 de 2005, el D.L. 35 de 2005 y la Ley 80 de 2005; 3.3.2. Las variaciones introducidas por la Ley 69 de 2009 y 3.3.3. El Decreto Legislativo N. 104 de 2010.

¹¹³³ “[...] reinterpretato la nozione di democrazia nel senso di consentire ed incentivare la concreta e consapevole partecipazione dei cittadini, non più considerati quali controparti dell’amministrazione (coerentemente ad un modello repressivo), ma veri sovrani di una amministrazione in cui prevalgono le funzioni di erogazione di servizi”.

MARIANI, Marco e altri. *Guida alla legge N. 241 de 1990*. Nuova giuridica. Matelica. 2010. p. 18.

¹¹³⁴ “Certamente, i contenuti della l. 241 sono stati innovativi sotto vari profili: è la legge sulla trasparenza che ha dettato un nuovo statuto dei rapporti fra amministrazione ed amministrato, radicando in capo a quest’ultimo rilevanti diritti, quali quello a la certezza dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo, alla partecipazione procedimentale, all’accesso ai documenti amministrativi; è inoltre una legge che ha dedicato un’ampia parte alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, con la disciplina di istituti in parte nuovi, come la conferenza di servizi, l’acquisizione dei pareri e delle valutazioni tecniche e la denuncia di inizio attività”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo*. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009. CEDAM. Padova. 2010. p. 5.

3.3.1. Ley 15 de 2005, el D.L. 35 de 2005 y la Ley 80 de 2005.

La Ley 15 de 2005 denominada *Modificaciones e integración a la Ley 7 de agosto de 1990, n. 241*, sobre normas generales sobre la acción administrativa¹¹³⁵, introduce el Capítulo IV bis que desarrolla la materia de la invalidez y la eficacia del provvedimento administrativo.

La producción legislativa del año 2005 fue de una importancia extraordinaria; puesto que, se aprobaron las innovaciones más profundas desde el punto de vista del contenido. Como lo sintetiza Maurizio Mirabella “[...] sólo con la emanación de la Ley n. 15/2005, seguida por el D.L. n. 35 de 2005, ratificado por la Ley n. 80 de 2005, la actividad administrativa ha sido disciplinada de modo general”.¹¹³⁶ (Traducción propia). Además, como lo destaca Federico del Giudice, “[é]sta sanciona reglas generales válidas para todos los procedimientos administrativos que se desarrollen en el ámbito de las Administraciones estatales y de los entes públicos nacionales”.¹¹³⁷ (Traducción propia).

Estas tres modificaciones introdujeron muchas variaciones a la Ley 241 de 1990 entre las cuáles, puesto que son las más relacionadas con el tema, se deben destacar las siguientes: Un nuevo régimen de los términos procedimentales, la disciplina de la procedencia del silencio negativo, se acaba la necesidad de avisar a la Administración incumplidora, la eficacia del provvedimento, la invalidez del provvedimento, sobre la obligación de motivación del provvedimento y de la imperatividad de dictar un provvedimento expreso.

¹¹³⁵ La ley 15 de 2005, en italiano, se llamaba *Modifiche ed integrazione alla legge 7 de agosto de 1990, n. 241*, concernente norme generale sull'azione amministrativa. (Traducción propia).

¹¹³⁶ “[...] solo con l’emanazione della L. n. 15/2005, seguita dal D.L. n. 35/2005, convertito con L. n. 80/2005, l’agire amministrativo è stato disciplinato in modo generale”.
MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. pp. 274-275.

¹¹³⁷ “[e]ssa sancisce regole generali valide per tutti i procedimenti amministrativi che si svolgono nell’ambito delle amministrazione statali e degli enti pubblici nazionali”.
DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 390.

3.3.2. *Las variaciones introducidas por la Ley 69 de 2009.*

La Ley 69 de 2009 es titulada *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di proceso civile* o en Español se podría traducir como *Disposiciones para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad no sólo en materia de proceso civil*.¹¹³⁸ Esta ley es de gran importancia puesto que como lo afirma María Vipiana “[e]ntre las más recientes leyes que interesan al derecho administrativo, la L. 18 de junio de 2009, n. 69, parece una de las más relevantes, probablemente en el ámbito del último decenio”.¹¹³⁹ (Traducción propia).

En cuanto a su contenido en general se debe destacar que esta norma “[...] aunque no es una ley sobre la Administración pública, porque son muy variados sus contenidos, presenta numerosas disposiciones sobre el tema de Administración pública”.¹¹⁴⁰ (Traducción propia).

En lo relativo al tema del Procedimiento administrativo la “[l]ey n. 69 del 2009 ha revisado algunas instituciones de la Ley n. 241 del 1990, introduciendo nuevas disposiciones en el intento de dar un nuevo impulso hacia la Administración cercana, amiga y al servicio del ciudadano”.¹¹⁴¹ (Traducción propia).

En lo concerniente al tiempo en el procedimiento, que es uno de los temas principales de este escrito, hay muchas innovaciones que merecen ser tratadas con mayor profundidad en lugares posteriores; sin embargo, se debe adelantar que los mayores cambios se presentaron en cuanto al término de conclusión del procedimiento el cual volvió a ser de 30 días y la introducción

¹¹³⁸ *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di proceso civile.*

¹¹³⁹ “Fra le più recenti leggi che interessano il diritto amministrativo, la L. 18 giugno 2009, n. 69, appare una delle più rilevanti, probabilmente nell’ambito dell’ultimo decennio”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009.* CEDAM. Padova. 2010. p. 1.

¹¹⁴⁰ “La l. n. 69 del 2009, pur non essendo una legge sulla pubblica amministrazione, poiché molto vari sono i contenuti di essa, presenta numerose disposizioni in tema di pubblica amministrazione”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009.* CEDAM. Padova. 2010. p. 9.

¹¹⁴¹ “La legge n. 69 del 2009 ha rivisitato alcuni istituti della legge n. 241 del 1990, introducendo nuove disposizioni nell’auspicio di dare un nuovo impulso al cammino verso amministrazioni vicine, amiche ed al servizio dei cittadini”. MARIANI, Marco e altri. *Guida alla legge N. 241 de 1990.* Nuova giuridica. Matelica. 2010. p. 18.

de la resarcibilidad de los daños causados a los particulares por el sólo retardo en la adopción de una decisión procedimental o provvedimento.

3.3.3. *El Decreto Legislativo N. 104 de 2010.*

El origen de este Decreto Legislativo se encuentra contenido en numeral 1 del artículo 44¹¹⁴² de la Ley n. 69 del 18 de junio de 2009, donde se delega al Gobierno para que antes de un año (3 de julio de 2010) elabore uno o más decretos legislativos para la reorganización del proceso administrativo italiano. Es así como, se expide el Código de Procedimiento Administrativo italiano conocido como el Decreto Legislativo N. 104 del 2 de julio de 2010.

Esta Ley presenta una clara importancia para el tema del Procedimiento administrativo como lo explica Michele Corradino puesto que “[...] realmente al intervenir en la reordenación del proceso administrativo, proyecta sus efectos también sobre el procedimiento, siguiendo aquella relación de instrumentalidad que subsiste entre la norma sustancial y la procesal, entre procedimiento y proceso”.¹¹⁴³ (Traducción propia).

¹¹⁴² “Art. 44. Delega al Gobierno para la reestructuración de la disciplina del proceso administrativo.

1. El gobierno es delegado para adoptar, dentro de un año de la entrada en vigor de la presente ley, uno o más decretos legislativos para la reestructuración del proceso en frente a los tribunales administrativos regionales y al Consejo de Estado, con la finalidad de adecuar las normas vigentes a la jurisprudencia de la Corte constitucional y de las jurisdicciones superiores, de coordinar con las normas del Código de procedimiento civil en cuanto expresión de principios generales y de asegurar la concentración de la tutela”. (Traducción propia).

“Art. 44. Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo.

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=43141>

¹¹⁴³ “[...] pur intervenendo sul riordino del processo amministrativo, proietta i suoi effetti anche sul procedimento, secondo quella relazione di strumentalità che sussiste fra la norma sostanziale e quella processuale, fra procedimento e processo”.

CORRADINO, Michele e la altri. “Prefazione”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. XI.

3.4. La estructura general del la Ley 241 del 7 de agosto de 1990.

La Ley 241 de 1990, denominada *Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y del derecho de acceso a los documentos*, está compuesta por 6 capítulos (o 7 si se considera como independiente el Capítulo IV Bis) que son: Capítulo I. Los principios; Capítulo II. El responsable del procedimiento; Capítulo III. Participación en el procedimiento administrativo; Capítulo IV. La simplificación de la acción administrativa; Capítulo IV Bis. Eficacia e invalidez del provvedimento administrativo. Revocación y retiro; Capítulo V. Acceso a los documentos administrativos y Capítulo IV. Disposiciones finales.¹¹⁴⁴

Capítulo I. Los principios: Este capítulo enumera algunos de los principios generales de la actividad administrativa en general y en particular, los relacionados con la conclusión del procedimiento y la motivación del provvedimento; sin embargo, se debe tener en cuenta que éste mismo capítulo hace remisiones a otros principios contenidos tanto en el Derecho interno como en el derecho comunitario. A ellos se ha hecho referencia previamente por lo es conveniente remitirse a páginas anteriores.

Capítulo II. El responsable del procedimiento: Bajo este título se pretende garantizar siempre la posibilidad de individualizar la unidad organizativa del procedimiento y/o la persona encargada de su tramitación. “Y esto no sólo con el fin de impedir que la responsabilidad de los empleados se disperse al interno de la estructura pública; sino, y sobre todo, con vista a lograr que el expediente esté en las manos del funcionario mejor informado del asunto”.¹¹⁴⁵ (Traducción propia).

Capítulo III. La participación en el procedimiento administrativo: Estos artículos pretenden la protección del derecho a intervenir activamente en el procedimiento; entre las nuevas garantías

¹¹⁴⁴ En el texto original escrito en italiano los capítulos son denominados así: Capo I. Los principios; Capo II. Responsabile del procedimiento; Capo III. Partecipazione al procedimento amministrativo; Capo IV. Semplificazione dell'azione amministrativa; Capo IV Bis. Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca y recesso; Capo V. Accesso ai documenti amministrativi y Capo. VI. Disposizioni finali. (Traducción propia).

¹¹⁴⁵ “E ciò non solo al fine di impedire che la responsabilità dei singoli dipendenti venga a disperdersi all'interno della struttura pubblica quanto, e soprattutto, in vista di ottenere che il fascicolo vada nelle mani del funzionario meglio informato dell'affare”.

DE ROBERTO, Alberto. *L'attività Pubblicistica dell'Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 8.

consagradas a los interesados se deben resaltar: La posibilidad de intervenir en el procedimiento, tener control de los actos del procedimiento, conocer los motivos de la decisión y la facultad de presentar escritos o documentos que deban ser considerados. Estas prerrogativas son de gran importancia, debido a que “[...] los ciudadanos involucrados en el procedimiento pueden controlar la actividad administrativa que les atañe y, eventualmente, corregirla, presentando peticiones, relieves y observaciones que la A.P. tiene la obligación de considerar”.¹¹⁴⁶ (Traducción propia).

Capítulo IV. La simplificación de la acción administrativa: En este capítulo se establecen una serie de mecanismos tendientes a facilitar la actividad de las Administraciones Públicas; en este sentido, se debe destacar la posibilidad de realizar acuerdos entre las Administraciones Públicas, la disciplina de la actividad consultiva, el régimen de las evaluaciones técnicas, las autocertificaciones y el silencio positivo.

Capítulo IV Bis. Eficacia e invalidez del provvedimento administrativo. Revocatoria y retiro: Este capítulo es de una fuerte importancia porque se concentra en el provvedimento o decisión final del procedimiento, puntualmente estudia su eficacia, su ejecutoriedad, su ejecutividad, su revocación, su anulabilidad y su nulidad.

Capítulo V. Acceso a los documentos administrativos: En esta parte hace referencia, principalmente, al derecho de acceso (definición, principios, su ámbito de aplicación, exclusión, modalidades de ejercicio y recursos), la obligación de publicar y las Comisiones para el acceso a los documentos administrativos. Lo que se busca es “[...] un generalizado <<conocimiento>> desde afuera de la actividad Administrativa permitiendo a cualquier persona tener conocimiento de los documento a través de los cuales la misma encuentra desarrollo”.¹¹⁴⁷ (Traducción propia).

¹¹⁴⁶ “[...] i cittadini coinvolti <<entrando>> nel procedimento possono controllare l’attività amministrativa che li riguarda ed, eventualmente, correggerla, presentando istanze, rilievi e osservazioni che la P.A. ha l’obbligo di prendere in considerazione”.

TOLOMEO, Luana. “La partecipazione al procedimento”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 205.

¹¹⁴⁷ “[...] una generalizzata <<conoscibilità>> dall’esterno dell’azione amministrativa consentendo a chiunque di prendere cognizione dei documenti attraverso i quali la stessa trova svolgimento”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 101.

Capítulo VI. Disposiciones finales: En el capítulo final hace aclaraciones correspondientes a la aplicación de la Ley 241 de 1990, diferenciando entre las diversas entidades territoriales y realiza algunas salvedades puntuales sobre normas en ámbitos concretos. También, sometía la entrada en vigor de algunas normas la aparición de algunos decretos, como el caso de las normas sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos.

En adición, en las disposiciones finales hace referencia a un punto en materia probatoria; puntualmente, a los actos de notoriedad. En concreto precisa que para probar los actos notorios se necesitan tan sólo dos testigos y la prohibición tanto a las Administraciones Públicas como a las empresas que prestan servicios de necesidad pública o utilidad de exigir actos de notoriedad en lugar de la declaración sustitutiva del acto de notoriedad, en los casos en que se intente probar calidades personales, estados o hechos que sean de conocimiento directo por parte del interesado.

3.5. El ámbito de aplicación de la Ley 241 de 1990.

El artículo 29 ubicado en las disposiciones finales de la Ley 241 de 1990 se ocupa del tema del ámbito de aplicación de dicha norma, el artículo no era nada claro por lo que se modificó casi integralmente por medio de la Ley 18 de junio de 2009.¹¹⁴⁸ La norma es clara al determinar que el

¹¹⁴⁸ "Artículo 29. (Ámbito de aplicación de la ley).

"1. Las disposiciones de la presente ley se aplican a las Administraciones estatales y a los entes públicos nacionales. Las disposiciones de la presente ley se aplican, además, a las sociedades con total o preponderante capital público, limitadas al ejercicio de las funciones administrativas. Las disposiciones a que hacen referencia los artículos 2-bis, 11, 15 y 25, numerales 5, 5-bis y 6, así mismo las del capítulo IV-bis se aplican a todas las Administraciones públicas.

2. Las regiones y los entes locales, en el ámbito de su respectiva competencia, regulan las materias disciplinadas por la presente ley dentro del respeto del sistema constitucional y de las garantías del ciudadano con respecto de la acción administrativa, siguiendo los principios establecidos en la presente ley.

2-bis. Corresponde a los niveles de prestación esencial de los que trata el artículo 117, numeral segundo, literal m), de la Constitución las disposiciones de la presente ley concernientes a las obligaciones de la Administración pública de garantizar la participación del interesado en el procedimiento, de identificar un responsable, de concluirlo dentro del término prefijado y de asegurar el acceso a la documentación administrativa, también aquella relativa a la duración máxima de los procedimientos".

2-ter. Corresponde del mismo modo a los niveles de prestación esencial de los que trata el artículo 117, del numeral segundo, literal m), de la Constitución las disposiciones de la presente ley concernientes a las declaraciones de inicio de actividad y al silencio positivo, excepto la posibilidad de individualizarlos, realizados es sede de Conferencia unificada a los que se refiere el artículo 8 del decreto legislativo 28 de agosto de 1997, n. 281, y siguientes modificaciones, casos en que tales disposiciones no se aplican.

régimen del procedimiento administrativo no es competencia exclusiva del Estado, sino que también lo será de las regiones y las provincias autónomas en determinados puntos; es decir, cuando se trate de “[...] competencia regional concurrente; competencia regional exclusiva; atribuciones en vía subsidiaria, de funciones administrativas del Estado a las regiones y a los entes locales y de las regiones a los entes locales”.¹¹⁴⁹ (Traducción propia).

En su nueva redacción quedó distribuido en dos numerales principales, pero el segundo está subdividido en: 2, 2-bis, 2-iter, 2-quater y 2- quinquies. Sin embargo, éste artículo como lo precisa Maria Vipiana: “[...] se puede afirmar, como lo ha hecho la jurisprudencia, que del artículo 29 en cuestión se puede obtener una <<regla de jerarquía entre las fuentes>>: o mejor, un complejo de reglas de redacción enredada y de interpretaciones controvertidas”.¹¹⁵⁰

2-quater. Las regiones y los entes locales, al disciplinar los procedimientos administrativos de su competencia, no pueden establecer garantías inferiores a aquellas aseguradas a los privados por las disposiciones atinentes a los niveles de prestación esencial establecidos en el numeral 2-bis y 2-ter, pero pueden prever niveles superiores de tutela.

2-quinquis. Las regiones con estatus especiales y las provincias autónomas de Trento y de Bolzano adecúan su propia legislación a las disposiciones del presente artículo, según los respectivos estatutos y las relativas normas de actuación”. (Traducción propia).

“Articolo 29. (Ambito di applicazione della legge).

1. Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche.

2. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge.

2-bis. Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.

2-ter. Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano.

2-quater. Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela.

2-quinquis. Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione alle disposizioni del presente articolo, secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹¹⁴⁹ “[...] competenza regionale concurrente; competenza regionale esclusiva; attribuzione, in via di sussidiarietà, di funzioni amministrative dallo Stato alle regioni e agli enti locali e dalle regioni agli enti locali”.

DE ROBERTO, Alberto. *L'attività Pubblicistica dell'Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 129.

¹¹⁵⁰ “[...] si può affermare, come è stato fatto in giurisprudenza, che dall'art. 29 in questione è ricavabile una <<regola di gerarchia delle fonti>>: o meglio, un complesso di regole dalla stesura tormentata e dall'interpretazione controversa”.

Con el fin de concentrarse en la temática de este estudio, resulta pertinente hacer algunas precisiones con respecto al numeral 1 del artículo 29 de la Ley 241 de 1990, el cual presenta el siguiente tenor literal:

“Artículo 29. (Ámbito de aplicación de la ley).

“1. Las disposiciones de la presente ley se aplican a las Administraciones estatales y a los entes públicos nacionales. Las disposiciones de la presente ley se aplican, además, a las sociedades con total o prevalente capital público, limitadas al ejercicio de las funciones administrativas. Las disposiciones a que hacen referencia los artículos 2-bis, 11, 15 y 25, numerales 5, 5-bis y 6, así mismo las del capítulo IV-bis se aplican a todas las Administraciones públicas”. (Traducción propia).

Para efectos metodológicos este numeral se puede dividir en dos partes claramente diferenciadas; la primera, enuncia una lista general de sujetos de Derecho público a los cuales se les aplica la Ley 241 de 1990 y la segunda, se ocupa de establecer una serie de normas que se aplican a todas las Administraciones públicas.

En cuanto a la primera, la Ley es aplicable a las Administraciones estatales, a los entes públicos nacionales, a las sociedad con capital total o prevalentemente público, las limitadas al ejercicio de Funciones administrativas.

En relación con la segunda, que ha sido considerada como un gran avance por la doctrina italiana¹¹⁵¹, se hace precisión a algunas normas que se aplican a todas las Administraciones Públicas: Las que hacen referencia al artículo 2-bis (consecuencias por el retardo en la conclusión del procedimiento), 11 (los acuerdos integrativos o sustitutivos del provvedimento), 15 (los acuerdos entre las Administraciones públicas), 25.5 (controversias de acceso a documentos están disciplinadas por el Código de procedimiento administrativo), 25.5-bis (representación de las partes en los juicios de materias de acceso), 25.6 (relativo a la exhibición de documentos

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 24.

¹¹⁵¹ “La última parte, en exámen, del numeral 1 del nuevo texto del artículo 29 ha sido avalada por la doctrina como expresión de una notable esfuerzo legislativo de clarificación, que se contrapone con la <<vaguedad>>, sobre el punto, de la reforma de 2005”. (Traducción propia).

“L’ultima parte, in esame, del comma 1 del nuovo testo dell’art. 29 è stata salutata dalla dottrina come estrinsecazione di un notevole sforzo legislativo di chiarificazione, che si contrappone alla <<vaghezza>>, sul punto, della riforma del 2005”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 30.

solicitados por el juez administrativo) y el Capítulo IV-bis (trata sobre el provvedimento administrativo, específicamente eficacia, invalidez, revocatoria y retiro).

Se debe hacer un énfasis especial en cuanto a que es una proposición inderogable de ley la aplicación del artículo 2 Bis que hace referencia al incumplimiento del tiempo de decidir el procedimiento y la responsabilidad por el daño de retardo y por ende, todas las Administraciones Públicas deberán reconocerlo sin importar su naturaleza jurídica o su nivel en la organización estatal.

4. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

Para el estudio del procedimiento administrativo es conveniente dividirlo en diversas fases o partes que conforman su estructura general, que permiten su ordenado desarrollo y su exitosa finalización. Sin embargo, se debe tener en cuenta que “[v]arían, en los diversos procedimientos, la naturaleza de los actos de las diversas fases, la estructura y las funciones de las fases mismas”.¹¹⁵² (Traducción propia).

Por todo lo anterior, como ya lo precisaba Aldo Sandulli en 1940, “[t]area esencial por desarrollar será entonces aquella de averiguar cuales son los varios momentos –y así las varias actividades-, según los casos que se presentan en cada hipótesis y cuál es el orden de su sucesión”.¹¹⁵³ (Traducción propia).

¹¹⁵² “Variano, nei diversi procedimenti, la natura degli atti delle diverse fasi, la struttura e la funzione delle fase medesime”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 273.

¹¹⁵³ “Compito essenziale da esplicare sarà dunque quello di individuare quali siano i vari momenti -e quindi le varie attività-, attraverso cui nelle singole ipotesi concrete si passa, e quale l’ordine della loro successione”. SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940. p. 37.

Como lo reconoce Giandomenico Falcon al referirse a las distintas etapas del procedimiento recuerda que: “Siendo tales fases fruto del análisis de los juristas y no de codificaciones (se ha observado que la ley del procedimiento no sigue en efecto este esquema), su individualización puede resultar diversa de autor en autor”.¹¹⁵⁴ (Traducción propia).

A pesar de su organización, como lo anota Massimo Severo Gianinni, “[...] las fases del procedimiento no se deben entender como episodios cerrados, entre ellas inconexos; el *iter* del procedimiento administrativo admite en una medida, mucho mayor en cuanto a los procesos, permitiendo retornos, interacciones, arrepentimientos”.¹¹⁵⁵ (Traducción propia).

Siguiendo a Maurizio Mirabella: “La doctrina, aunque no unitaria, ha acordado la identificación de cuatro momentos típicos en el procedimiento administrativo: a) La fase de la iniciativa; b) la fase instructoria, c) la fase decisoria y d) la fase integrativa de la eficacia”.¹¹⁵⁶ (Traducción propia).

4.1. Fase de iniciativa.

La etapa preparatoria o de iniciativa es la primera de las fases componentes del procedimiento administrativo italiano, en la cual se pueden presentar tanto la iniciativa como la preiniciativa. Esto ocurre, como lo precisa Massimo Severo Gianinni, porque “[l]os actos de iniciativa pueden ser precedidos de actos de preiniciativa, que son denominados, según su contenido como invitaciones, votos, denuncias: son actos que tienen naturaleza de manifestación

¹¹⁵⁴ “Essendo tali fasi frutto delle analisi dei giuristi e non di codificazione (si è già visto che la legge sul porcedimento non segue affato queste schema), la loro individuazione può risultare diversa da autore ad autore”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 81.

¹¹⁵⁵ “[...] le fasi del procedimento non sono da intendere come episodi chiuse, tra loro sbarrati; l'*iter* del procedimento amministrativo ammette in misura, assai maggiore di quanto non avvenga nei processi, ritorni, iterazioni, pentimenti”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 277.

¹¹⁵⁶ “La dottrina ha concordemente individuato nel procedimento amministrativo, ancorché unitario, quattro momenti tipici: a) la fase dell'iniziativa; b) la fase istruttoria; c) la fase decisoria; d) la fase integrativa dell'efficacia”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 329.

de opinión, y como función aquella de representar la oportunidad de decidir entorno a alguna cuestión”.¹¹⁵⁷ (Traducción propia).

Continuando con la presentación de la fase preparatoria, es pertinente recordar que el procedimiento puede iniciar de tres maneras claramente establecidas en el ordenamiento jurídico italiano: Por solicitud del interesado (petición de parte), por la misma Administración pública (o de oficio) o propuesta de otra autoridad pública (instancia de la Administración).

Para iniciar un procedimiento a petición de parte, es necesario que la persona sea titular de un interés legítimo (propio o público), el cual se manifieste a través de un escrito que le hace a una de las Administraciones Públicas. De este modo, “[...] solicita el ejercicio en concreto del poder mediante la emanación de un acto con un determinado contenido y objeto, es decir que constituye para el requirente un bien de la vida: y lo pide *en su interés*, incluso la Administración está obligada a ejercitar el poder y por ende, a conceder el bien, en vista del interés público”.¹¹⁵⁸ (Traducción propia).

Los procedimientos iniciados de oficio se presentan “[...] cuando los tipos de intereses públicos confiados al cuidado de la Administración, o el continuo o correcto ejercicio del poder-deber atribuido al sujeto público, exija que éstos se activen automáticamente al verificarse algunos presupuestos, independientemente de que hayan sido solicitados por sujetos externos”.¹¹⁵⁹ (Traducción propia). Por lo tanto, en general los procedimientos de oficio ocurren en los casos de procedimientos cuyo resultado será desfavorable para el particular.

¹¹⁵⁷ “Gli atti d’iniziativa possono essere preceduti da atti di preiniziativa, che sono detti, a seconda del loro contenuto, inviti, voti, denunce: sono atti aventi natura di manifestazioni di opinione, e come funzione quella di rappresentare l’opportunità di provvedere intorno ad alcunchè”. SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 278.

¹¹⁵⁸ “[...] sollecita l’esercizio in concreto del potere mediante l’emanazione di un atto con un determinato contenuto ed oggetto, ciò che costituisce per il richiedente un bene della vita: e lo chiede *nel suo interesse*, anche se l’Amministrazione è tenuta a esercitare il potere e perciò a concedere il bene, in vista dell’interesse pubblico”. CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Lineamenti del diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. pp. 312-313.

¹¹⁵⁹ “[...] cui il tipo di interessi pubblici affidati alla cura di un’amministrazione, ovvero il continuo e corretto esercizio del potere-dovere attribuito al soggetto pubblico, esiga che questi si attivi automaticamente al ricorrere di alcuni presupposti, indipendentemente dalla sollecitazione proveniente da soggetti esterni”. CASSETTA, Elio cassetta. *Compendio di diritto amministrativo*. Nona Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009 p. 265.

Finalmente, el procedimiento a propuesta de otra entidad pública se presenta cuando, otro ente diverso del encargado, pide que se inicie un procedimiento al considerer que se cumplen los presupuestos necesarios para hacerlo. “Se trata en todo caso de un fenómeno no frecuente”.¹¹⁶⁰ (Traducción propia).

4.2. Fase instructoria.

Ahora corresponde concentrar el análisis en la segunda etapa del procedimiento es decir en la fase de la instructoria; la cual, como explica Giandomenico Falcon: “A pesar de la importancia de la participación de los interesados en el procedimiento administrativo, la instructoria permanece bajo la responsabilidad de la Administración”.¹¹⁶¹ (Traducción propia). En general, la tramitación de la fase instructoria es pública y sólo de manera excepcional en las hipótesis en que debido a la importancia del asunto serán consideradas como materia reservada y por ende, es adelantará una instructoria secreta.

En concreto, “[...] en la fase instructoria, la Administración recoge, determina y selecciona todos los elementos y, en consecuencia, las situaciones de hecho y de derecho y los intereses en juego, privados o públicos, necesarios para la decisión”.¹¹⁶² (Traducción propia). Adicionalmente, se debe tener muy presente que la fase instructoria procedimental se diferencia de la fase instructoria procesal.¹¹⁶³

¹¹⁶⁰ “Si tratta comunque di un fenomeno non frequente”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 84.

¹¹⁶¹ “Per quanto importante sia la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo, l'istruttoria rimane nella responsabilità dell'amministrazione”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 99.

¹¹⁶² “Nella fase istruttoria, dall'Amministrazione procedente vengono raccolti, acclarati e vagliati tutti gli elementi e, quindi, le situazioni di fatto e di diritto e gli interessi in gioco, privati o pubblici, occorrenti per la decisione”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 331.

¹¹⁶³ Es muy importante diferenciar la fase instructoria procedimental de la fase instructoria procesal; para esto, es pertinente transcribir las ideas del jurista Massimo Severo Giannini para quien:

“La fase instructoria procedimental está, funcionalmente, dirigida a la verificación de los presupuestos del provvedimento, y a la adquisición y valoración de los presupuestos del provvedimento, y a la adquisición y evaluación de los intereses, la cual es profundamente diferente de la instructoria procesal que está encaminada a la adquisición y valoración de la prueba. También, en la instructoria procedimental hay una parte, que en ciertos procedimientos puede convertirse prevalentemente de consecución de elementos probatorios, solo que también ella está dirigida a los intereses: se quiere saber si un cierto interés existe y cuál es su consistencia, más que conocer los elementos de hecho del caso, como ocurre en la instructoria propia de los procesos”. (Traducción propia).

La fase instructoria procedimental, puede tener perfiles más complicados o ser un poco más sencilla, puesto que “[...] a veces es compleja y articulada, exigiendo informaciones particulares y conceptos técnicos pluriestructurales, a veces es más lineal y esencial, en cuanto está fundada sobre la constatación de hechos simples”¹¹⁶⁴. (Traducción propia).

En los casos más complicados, puede ser obligatoria “[...] la recolección de documentos y de información y es necesario proceder a la inspección, solicitud de conceptos, etc.; la autoridad administrativa en la instructoria, tiene el más amplio poder; puede renovarla, integrarla, etc. y los principios en que debe inspira su conducta son la informalidad y la libertad probatoria”.¹¹⁶⁵ (Traducción propia).

De todo lo anterior, agudamente el profesor Massimo Serevo Gianinni establece una clasificación sobre los diversos casos de actos instructorios, según la cual corresponderán a uno de los siguientes cinco tipos: 1) Exhibiciones documentales, 2) Memorias, 3) Declaraciones de ciencia, 4) conceptos de jueces y 5) Audiencias y conferencias.¹¹⁶⁶

Por último se debe hacer referencia a que “[...] la autoridad decisoria, antes de decidir, deba o pueda apoyarse, del *parecer* de una autoridad administrativa, que de norma (pero no necesariamente) será un órgano colegial, especializado en la materia de las decisiones a

“La fase di istruttoria procedimentale è funzionalmente, volta alla verificaçione dei presupposti del provvedimento, ed all’acquisizione e valutazione dei presupposti del provvedimento, ed all’acquisizione e valutazione degli interesse, onde è profondamente diversa dall’istruttoria processuale che è a volta all’acquisizione e valutazione delle prove. Anche nell’istruttoria procedimentale vi è una parte, che in taluni procedimenti può divenire prevalente, di acquisizione di elementi probatori, solo che anch’essa è indirizzata agli interessi: si vuol sapere un certo interesse esiste e quale ne è la consistenza, più che conoscere l’elemento fattuale della fattispecie, com’è nell’istruttoria propria dei processi”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 288.

¹¹⁶⁴ “La fase istruttoria a volte è complessa ed articolata, richiedendo acquisizioni particolari e pareri tecnici pluristrutturati, a volte è più lineare ed essenziale, in quanto fondata sull’acquisizione di fatti semplici”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 332.

¹¹⁶⁵ “A tal fine si rende necessaria l’acquisizione di documenti e informazioni ed è necessario provvedere a ispezioni, richieste di pareri, ecc.; l’autorità amministrativa, nell’istruttoria, ha il più ampio potere; può rinnovarla, integrarla, ecc. e i principi cui deve ispirare la sua condotta sono l’informalità e la libera acquisizione delle prove”. p. 246.

¹¹⁶⁶ “Gli atti istruttori possono così raggrupparsi: a) esibizioni documentali, b) memorie, c) acquisizioni di scienza, d) acquisizioni di giudizi e e) audizioni e conferenze”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. pp. 291-296.

tomar”.¹¹⁶⁷ (Traducción propia). Estos pareceres o conceptos pueden ser vinculantes o facultativos y de esto, dependerá la actitud que debe tomar ante ellos la entidad pública o persona encargada de adelantar el procedimiento administrativo en cada caso en particular.

4.3. Fase decisoria.

La doctrina administrativa italiana ha determinado una tercera fase procedimental denominada fase decisoria; la cual, “[...] va, por su aspecto lógico, desde el momento en que termina la instructoria al momento en que es emitido el provvedimento”.¹¹⁶⁸ (Traducción propia). En muchas ocasiones, ésta será la última fase del procedimiento, pero en otras situaciones será necesaria la fase de la eficacia integrativa para que se produzca la finalización.

La fase decisoria reviste una gran importancia puesto que en ésta “[...] se toma la decisión, es decir, previa evaluación comparativa de los intereses en juego, determinando el contenido del provvedimento a la luz de los resultados de la instructoria; el acto, será materialmente elaborado y emanado”.¹¹⁶⁹ (Traducción propia).

Para la producción de la decisión final procedimental es necesario valerse de los documentos, pruebas y demás elementos recolectados durante las etapas precedentes¹¹⁷⁰; los

¹¹⁶⁷ “Può darsi che l’autorità decidente, prima di decidere, debba o possa avvalersi, del *parere* di una dovera autorità amministrativa, che di norma (ma non necessariamente) sarà un organo collegiale, specializzato nella materia della decisione da assumere”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 101.

¹¹⁶⁸ “[...] va, per il suo aspetto logico, dal momento in cui termina l’istruttoria al momento in cui è emesso il provvedimento. In concreto ha compiuta fisionomia solo allorché vi è un ufficio che conduce l’istruttoria che terminata, riferisce all’ufficio decidente”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 296.

¹¹⁶⁹ “[...] è assunta la decisione, viene, cioè, previa valutazione comparativa degli interessi in gioco, determinato il contenuto del provvedimento alla luce delle risultanze istruttorie e l’atto viene materialmente redatto ed emanato”

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 332.

¹¹⁷⁰ “Los hechos y los intereses adquiridos en el procedimiento, a través de la fase instructoria, las relativas valoraciones de los hechos efectuadas, la adquisición de las declaraciones de ciencia y de juicio, son los elementos sobre los cuales debe fundarse la decisión, la cual, como se ha advertido se toma mediante actos”. (Traducción propia).

“I fatti e gli interessi acquisiti al procedimento, attraverso la fase istruttoria, le relative valutazioni laddove effettuate, mediante l’acquisizione di dichiarazioni di scienza e di giudizio, sono gli elementi sui quali deve fondarsi la decisione, laddove, come s’è avvertito, essa avviene mediante atti”.

cuales pueden ser subjetivos u objetivos.¹¹⁷¹ “Tales materiales pueden tener carácter de mera descripción, pruebas de hechos o un carácter evaluatorio (...) pero –salvo cuanto lo afirmado sobre los pareceres <<vinculantes>> (...)– ninguno de ellos fija en modo definitivo el posible contenido del provvedimento”.¹¹⁷² (Traducción propia).

Ahora se debe hacer mención de los diversos tipos de decisiones providenciales que se pueden presentar durante la fase decisoria del procedimiento administrativo; debido a que la decisión “[...] como se ha dicho, no siempre es simple (*monoestructurada*); sino que seguido se articula en una pluralidad de manifestaciones de voluntad entre ellos de varias formas coligadas y expresadas en una pluralidad de actos (fase decisoria *pluriestructurada*)”.¹¹⁷³ (Traducción propia).

Como se ha observado, en algunos casos la decisión competirá a una sola Administración pública estos casos se podrán denominar como decisiones procedimentales monoestructuradas o simples; pero en otras ocasiones, es necesaria la intervención de diversas entidades, situaciones que se pueden definir como decisiones complejas o pluriestructuradas. Conciente de esto, el profesor Massimo Severo Giannini presenta una tipología de los más usuales tipos de decisiones procedimentales complejas que son: 1) Los actos colegiados, 2) Una autoridad decide previa autorización de otra entidad, 3) Una autoridad decide <<de acuerdo>> con otra autoridad y 4) Una autoridad decide y otra formaliza la decisión.¹¹⁷⁴

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 370.

¹¹⁷¹ “Los presupuestos para evaluar pueden ser subjetivos, si se refieren a la capacidad, o a los requisitos de los sujetos o pueden ser objetivos si hacen referencia a actos o hechos (por ejemplo: autorizaciones en materia de control)”. (Traducción propia).

“I presupposti da valutare possono essere soggettivi, se riguardano la capacità o i requisiti dei soggetti, od oggettivi, se riguardano atti o fatti (per esempio: autorizzazioni in materia di controllo).”

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 247.

¹¹⁷² “Tali materiale possono avere carattere di mera descrizione o attestazione di fatti, o avere carattere valutativo (...) ma –salvo quanto accennato sui pareri <<vincolanti>> (...)– nessuno di essi fissa in modo definitivo il possibile contenuto del provvedimento”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 104.

¹¹⁷³ “La fase decisoria providencial, come s'avvertiva, non sempre è semplice (*monostrutturata*); ché spesso si articula in una pluralità di manifestazioni di volontà tra loro in vario modo collegate ed espresse in una pluralità di atti (fase decisoria *pluristrutturata*)”.

CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 370.

¹¹⁷⁴ “Le strutture più usuale sono le seguenti: 1) Gli atti collegiali, 2) un'autorità decide previa autorizzazione, approvazione, nulla osta, ecc., di altra autorità, 3) un'autorità decide di <<concerto>> con altra autorità e 4) un'autorità decide, un'altra formalizza la decisione”.

Para finalizar, se debe enfatizar que en la fase decisoria del procedimiento, como lo explica Maurizio Mirabella, “[...] el provvedimento se vuelve perfecto, es decir completo en todos sus elementos, aunque, comúnmente, no es todavía eficaz, o sea idóneo para desarrollar sus efectos, porque no han intervenido los controles necesarios, que llevan, normalmente, el efecto de la mencionada verificación, retrotrayendo al momento del perfeccionamiento del mismo provvedimento”.¹¹⁷⁵ (Traducción propia).

4.4. Fase de la eficacia.

La fase de la eficacia es la cuarta etapa del procedimiento administrativo en Italia y por tanto, en general “[e]l procedimiento se cierra, entonces, con aquellos actos que confluyen en la fase integrativa de la eficacia, que es eventual; en los casos en que la ley no la prevee, se presentará que el provvedimento producirá su eficacia después de la fase decisoria”.¹¹⁷⁶ (Traducción propia).

La fase de la eficacia integrativa, la cual sólo se presenta en algunos casos, está compuesta por subprocedimientos dependiendo de las características particulares de la situación concreta ante la que se esté. Como lo observa Massimo Severo Gianinni: “Los actos de esta fase pueden ser de tres categorías: actos de cumplimiento ejecutivo, actos de comunicación y de publicidad y actos de control”.¹¹⁷⁷ (Traducción propia).

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. pp. 296-298.

¹¹⁷⁵ “In tale stadio, il provvedimento diviene perfetto, cioè completo in tutti i suoi elementi, anche se, spesso, non è ancora efficace, cioè idoneo a svolgere i suoi effetti, perchè non sono intervenuti i necessari controlli, espletati i quali, normalmente, l’effetto dell’intervenuta verifica retroagisce al momento della perfezione del provvedimento stesso”.

MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 332.

¹¹⁷⁶ “Il procedimento si chiude, quindi, con quegli atti che confluiscono nella fase integrativa dell’efficacia, che è eventuale, in quanto in alcuni casi la legge non la prevede, con la conseguenza che il provvedimento produrrà comunque la sua efficacia dopo la fase decisoria”.

CASSETTA, Elio cassetta. *Compendio di diritto amministrativo*. Nona Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009 p. 258.

¹¹⁷⁷ “Gli atti di questa fase possono essere di tre categorie: atti di completamento esecutivo, atti di comunicazione e di pubblicità, atti di controllo”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. pp. 298-299.

En primer lugar se presentan, los actos de cumplimiento ejecutivo donde la eficacia del acto administrativo está sometida a una “[...] determinación especial, en tal sentido inserta en el provvedimento mismo, que establezca un término inicial o una condición suspensiva”.¹¹⁷⁸ (Traducción propia). Sólo cuando se cumpla con este requisito se logrará que la decisión procedimental sea considerada como eficaz.

En segundo lugar, existen “[l]os actos de comunicación que tienen por objeto hacer evidente a los interesados el contenido del provvedimento. La comunicación asume un valor diverso según que el acto administrativo deba ser notificado o no notificado. En el primer caso el acto de comunicación asume el requisito de obligatoriedad y está condicionado a la eficacia del acto en contra del destinatario”.¹¹⁷⁹ (Traducción propia).

Una subespecie de los actos de comunicación son los actos que requieran la aceptación del particular para que sean eficaces. “Se trata naturalmente de provvedimenti *favorables*, dado que no tendría sentido solicitar la aceptación –que no ocurriría jamás- de los provvedimenti desfavorables pero necesarios para el interés público”.¹¹⁸⁰ (Traducción propia).

En tercer y último lugar de esta clasificación, se encuentran los actos de control que se pueden sintetizar como “[...] una actividad de verificación del acto por parte de una diversa autoridad, perteneciente al mismo o también a un diverso ente”.¹¹⁸¹ (Traducción propia). En estos casos, como lo precisa Vincenzo Cerulli “[l]a eficacia del procedimiento queda suspendida hasta que

¹¹⁷⁸ “[...] una apposita determinazione in tale senso inserita nello stesso provvedimento, che stabilisca un termine iniziale o una condizione sospensiva”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 135.

¹¹⁷⁹ “Gli atti di comunicazione assolvono lo scopo di rendere noto agli interessati il contenuto del provvedimento. La comunicazione assume valore diverso a seconda che l'atto amministrativo sia ricettizio o non ricettizio. Nel primo caso l'atto di comunicazione assume il requisito di obbligatorietà ed è presupposto all'efficacia dell'atto nei confronti del destinatario”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 248.

¹¹⁸⁰ “Alcuni provvedimenti non acquisiscono la loro piena efficacia sino a quando non intervenga l'*accettazione* del destinatario. Si tratta naturalmente di provvedimenti *favorevoli*, dato che non avrebbe senso richiedere una accettazione –che non verrebbe mai –di provvedimenti *sfavorevoli* ma necessari nell'interesse pubblico”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 141.

¹¹⁸¹ “Altre volte lo sfasamento tra il momento della perfezione e quello dell'efficacia è dovuto, come accennato, all'esigenza di consentire che sul provvedimento si svolga un previo *controllo*, cioè una attività di verifica dell'atto da parte di una diversa autorità, appartenente allo stesso o anche ad un diverso ente”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 138.

el poder de control no sea ejercitado, mediante el relativo procedimiento, en los términos y según la modalidad de la ley”.¹¹⁸² (Traducción propia).

Por último, parece adecuado remarcar que los actos de control pueden ser de diversas clases: “Pueden consistir en anulamientos, autorizaciones, aprobaciones, vistas, asentimientos, peticiones de nuevo examen, registraciones u órdenes. Tal actividad de control puede consentir en un verdadero y propio sub-procedimiento, que se injerta en aquel principal de emanación del acto”.¹¹⁸³ (Traducción propia).

¹¹⁸² “È l’efficacia del provvedimento che viene sospesa sino a che il potere di controllo non sia a sua volta esercitato, mediante il relativo procedimento, nei termini e con le modalità di legge”.
CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 454.

¹¹⁸³ “Gli atti di controllo sono considerati dalle norme come provvedimenti di vario tipo. Possono consistere in annullamenti, autorizzazioni, approvazioni, visti, assensi, richieste di riesame, registrazioni, ordini. Tale attività di controllo può costituire un vero e proprio sub-procedimento, che si innesta in quello principale di emanazione dell’atto”.
LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 248.

CAPÍTULO VI. EL TÉRMINO DEL PROCEDIMIENTO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU VIOLACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA.

Sumario. Capítulo VI. El término del procedimiento y las consecuencias de su violación en la legislación italiana. Introducción. Parte I. El término del procedimiento y el silencio de la Administración pública en Italia. Introducción. 1. El término del procedimiento en Italia. Introducción. 1.1. La importancia del tiempo en el procedimiento. 1.2. El término de conclusión del procedimiento. 2. La disciplina general del Silencio Administrativo en Italia. Introducción. 2.1. Clases de silencio administrativo. 2.1.1. El silencio incumplimiento, 2.1.2. El silencio significativo, 2.1.3. Silencio positivo, 2.1.4. Silencio negativo y 2.1.5. Otros tipos de silencio. 2.2. El silencio asenso o positivo. 2.3. El silencio negativo o deniego. 2.4. El recurso contra el silencio administrativo. Parte II. La responsabilidad de las Administraciones Públicas italianas por el retardo en la expedición de la decisión procedimental. Introducción. 3. El daño de retardo como consecuencia del desconocimiento de la obligación de resolver en un término determinado. Introducción. 3.1. La noción del daño de retardo. 3.2. Marco normativo del daño de retardo. 3.3. El daño de retardo como lesión a intereses jurídicos pretensivos y las tesis de la configuración del daño. 3.3.1. El daño a los intereses jurídicos pretensivos. 3.3.2. Teorías de los elementos necesarios para la configuración del daño. 3.3.2.1. El simple vencimiento del término como derecho procedimental autónomo o daño puro de retardo. 3.3.2.2. El incumplimiento del término como una violación necesaria de un bien de la vida. 3.4. Los supuestos de responsabilidad por retardo. 3.4.1. Verdadero daño de retardo por la decisión favorable tardía. 3.4.2. Decisión desfavorable tardía o daño de incerteza. 3.5. El nuevo régimen del daño de retardo contenido en La Ley 241 de 1990. 3.5.1. Consecuencias del retardo. 3.5.2. La obligación de indemnizar: 3.5.3. Cuestiones procesales. 3.5.4. El contenido del artículo 30 del Código de Proceso Administrativo o Decreto Legislativo del 2 de julio de 2010. 3.6. Elementos para que se configure la responsabilidad por retardo en el derecho italiano. 3.6.1. El daño injusto por el retardo en la decisión procedimental. 3.6.2. Sólo se reconoce el daño de retardo cuando la pretensión del particular hubiera sido positiva en caso de no ocurrir la demora. 3.6.3. La imputación a una Administración Pública en el daño de retardo. 3.6.4. El elemento subjetivo en el daño de retardo. 3.6.5. La relación de causalidad en el daño de retardo. 4. Principales lineamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad de las Administraciones públicas por el daño en Italia. 4.1. Lineamientos jurisprudenciales básicos en relación con el daño de retardo. 4.1.1. El reconocimiento del daño de retardo. 4.1.3.1. Corte Constitucional. 4.1.3.2. Consejo de Estado. 4.1.3.3. Audiencia Plenaria del Consejo de Estado. 4.1.2. Sólo puede lesionar intereses pretensivos. 4.1.3. El simple retardo no genera daño. 4.1.4. Está supeditado a la decisión positiva. 4.1.5. La determinación de la jurisdicción competente. 4.1.5.1. Corte de Casación. 4.1.5.2. Consejo de Estado. 4.2. La cuantificación del daño de retardo. 4.2.1. Determinación de la cuantía del daño con base en el instrumento de valoración subsidiaria prevista en el artículo 1226 del Código Civil italiano. 4.2.2. La fijación según los cálculos del demandante, ya que no fueron rebatidos por la contraparte. 4.2.3. Con base en el salario que el recurrente hubiera conseguido en calidad de vigilante entre las fechas de su dimisión y la fecha de la decisión, con algunas deducciones debidas a las condiciones particulares al caso. 4.3. Situaciones de daños de retardo concedidos por la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado italiano. 4.3.1. Retardo en la fijación de una tarifa. 4.3.2. Demora en la autorización de apertura de un establecimiento de venta de periódico en Roma. 4.3.3. La prueba del daño de retardo en la expedición de una decisión urbanística. 4.3.4. Retardo ocurrido dentro de un Concurso Público.

INTRODUCCIÓN.

El sexto capítulo de esta tesis doctoral se ocupa de los temas del término procedimental y del daño de retardo en Italia. Este apartado es de gran importancia porque presenta la figura del daño de retardo, que es un verdadero avance en el tema de la responsabilidad por dilaciones indebidas en el procedimiento Administrativo, al incorporar como consecuencia de la violación del término providencial una verdadera sanción a la Administración por los daños causados a los particulares.

A este avance llegó la doctrina al entender la importancia del tiempo en la actualidad tanto para la Administración pública¹¹⁸⁴, como para los particulares quienes encuentran en el tiempo uno de los más importantes bienes con el que cuentan. Los Administrados tendrán entonces un verdadero derecho subjetivo de buena administración al tiempo procedimental¹¹⁸⁵ que se pueden ver afectado por el comportamiento activo o pasivo de las Administraciones públicas italianas y naturalmente, estas lesiones pueden generar en algunos casos indemnizaciones¹¹⁸⁶; concretamente, en materia procedimental el tiempo de los particulares se ve afectado cuando la Administración desconoce el cumplimiento de los términos o plazos procedimentales.¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁴ “[...] parámetro indefectible de la cualidad misma y nudo esencial para garantizar los fundamentales principios de eficiencia, economía y eficacia de la acción administrativa”. (Traducción propia).

“[...] parametro indefettibile della qualità della stessa e snodo essenziale per intercettare i fondamentali principi di efficienza, economicità ed efficacia dell’azione amministrativa”.

PROVVIDENZA Andrea. “Il silenzio”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 328.

¹¹⁸⁵ “Nace en cabeza del sujeto-usuario un derecho (subjetivo) a una buena administración que se configura en la obligación de tener, un comportamiento correcto por la Administración Pública y providimientos regidos por la legalidad, imparcialidad y oportunidad administrativa dentro del respeto de la certeza de los tiempos del derecho”. (Traducción propia).

“Nasce in capo al soggetto-utente un diritto (soggettivo) ad una buona amministrazione che se configura nell’obbligo ad avere, un comportamento corretto della P.A. e provvedimenti costellati dalla legalità, imparzialità ed opportunità amministrativa nel rispetto della certezza dei tempi del diritto”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 65.

¹¹⁸⁶ “En síntesis, la incerteza en las relaciones entre la Administración y el ciudadano, a causa de la inobservancia de los términos de conclusión de los procedimientos, es una situación predecible de daño resarcible”. (Traducción propia).

“In sintesi, l’incertezza nei rapporti fra p.a. e cittadino, a causa dell’inosservanza dei termini di conclusione dei procedimenti, è una situazione foriera di danno risarcibile”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo*. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009. CEDAM. Padova. 2010. p. 97.

¹¹⁸⁷ “Si los intereses públicos, (*rectius* deberían) por su misma naturaleza, están encaminados a realizarse en tiempos (tendencialmente) rápidos y ciertos, análoga exigencia está conectada con la satisfacción de los intereses privados

La Ley 241 de 1990 desde su primera versión intentó contrarrestar la inercia de la Administración pública¹¹⁸⁸, incluyendo una disciplina sobre los términos de duración del procedimiento y el retardo provvedimento¹¹⁸⁹. No obstante, la obligación de resolver solamente se vio reforzada con la introducción del artículo 2-bis de la Ley 69 de 2009¹¹⁹⁰, donde se incorpora el daño de retardo como consecuencia del desconocimiento de los términos procedimentales.

Así, para efectos de este estudio, la profundización sobre el daño de retardo¹¹⁹¹ reviste especial importancia, puesto que éste es el mecanismo principal que se ha desarrollado en Italia para combatir las dilaciones indebidas procedimentales que se concretan en la producción de un daño ocasionado por las demoras, junto con el silencio administrativo.¹¹⁹²

envueltos en la adopción de las decisiones públicas; privados y empresas, de hecho, orientan su propio comportamiento en razón de los tiempos establecidos los cuales deben ser precisos y predeterminados”. (Traducción propia).

“Se gli interessi pubblici vanno (*rectius* andrebbero) per loro stessa natura perseguiti e realizzarsi in tempi (tendenzialmente) rapidi e certi, analoga esigenza è connessa al soddisfacimento degli interessi privati coinvolti dall’adozione pubblica; privati ed imprese, infatti, orientano il proprio comportamento in ragione di tempi che si attendono essere precisi e predeterminati”.

PROVIDENZA Andrea. “Il silenzio”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 328.

¹¹⁸⁸“La ley 241 se ha propuesto desde la versión originaria de 1990 contrarrestar la inercia administrativa durante el desarrollo de las competencias publicísticas (en particular la inercia en la emanación de provvedimenti encaminados hacia la ampliación de la esfera de los destinatarios del provvedimento)”. (Traducción propia).

“La legge 241 si è proposta sin dalla versione originaria del 1990 di contrastare l’inercia amministrativa nell’esplicazione di competenze pubblicistiche (in particolare l’inercia in ordine a la emanazione di provvedimenti rivolti a condurre, a domanda, all’ampliamento della sfera dei destinatari del provvedimento stesso)”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 85.

¹¹⁸⁹ “La disciplina relativa a la duración del procedimiento ha ofrecido la ocasión para establecer, a nivel de normas escritas, reglas sobre el tema de responsabilidad por el retardo en la emanación del provvedimento final”. (Traducción propia).

“La disciplina relativa alla durata del procedimento ha offerto l’occasione per offrire, a livello di normativa scritta, regole in tema di responsabilità per ritardo nell’emanazione del provvedimento finale”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 50.

¹¹⁹⁰ “La obligación impuesta por el citado artículo 2 L. 241/90 y l. 241/90 y s.m.i. (sucesivas modificaciones) de concluir el procedimiento mediante la adopción de un provvedimento expreso ha sido reforzada por lo dispuesto en el art. 2 bis, introducido, por la l. 69”. (Traducción propia).

“L’obbligo imposto dal citato art. 2 l. 241/90 e s.m.i. di concludere il procedimento mediante adozione di un provvedimento espreso é stato rafforzato dal disposto dell’art. 2 bis, introdotto dalla l. 69”

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo*. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009. CEDAM. Padova. 2010. pp. 55-56.

¹¹⁹¹ “Por la locución daño de retardo se entiende la lesión ocasionada por la Administración pública en razón de la inercia en la emanación de la decisión final del procedimiento (provvedimento)”. (Traducción propia).

“Con la locuzione danno da ritardo si intende la lesione cagionata dalla pubblica amministrazione in ragione della inercia nell’emanare il provvedimento”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 494.

¹¹⁹² “La presente disposición introduce expresamente en el ordenamiento jurídico actual un instrumento de tutela en contra de la inercia de la Administración pública que se adhiere a aquel representado por el persistente juicio en contra del silencio-negativo art. 2, ley n. 241/1990”. (Traducción propia).

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, corresponde presentar la estructura de este capítulo, el cual para facilitar su comprensión se compone de dos grandes partes, que son: I. El término del procedimiento y el silencio Administrativo y II. La responsabilidad de la Administración pública por el retardo en la expedición del provvedimento.

La primera gran parte, se subdivide en dos partes claramente diferenciadas que son: 1. El término del procedimiento (1.1. La importancia del tiempo en el procedimiento y 1.2. El término y la conclusión del procedimiento) y 2. La disciplina general del Silencio Administrativo en Italia (2.1. Clases de silencio administrativo, 2.2. El silencio asenso o positivo, 2.3. El silencio negativo o deniego y 2.4. El recurso contra el silencio administrativo).

A su vez, la segunda parte, se divide en: 3. El daño de retardo como consecuencia del desconocimiento de la obligación de resolver en un término determinado (3.1. La noción del daño de retardo, 3.2. Marco normativo del daño de retardo, 3.3. El daño de retardo como lesión a intereses jurídicos pretensivos y las tesis de la configuración del daño, 3.4. Los supuestos de responsabilidad por retardo, 3.5. El nuevo régimen del daño de retardo contenido en La Ley 241 de 1990, 3.6. Elementos para que se configure la responsabilidad por retardo en el derecho italiano) y 4. Principales lineamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad de las Administraciones públicas por el daño en Italia (4.1. Lineamientos jurisprudenciales básicos en relación con el daño de retardo, 4.2. La cuantificación del daño de retardo, 4.3. Situaciones de daños de retardo concedidos por la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado italiano).

“La presente disposizione inmette espressamente nell’ordinamento giuridico attuale uno strumento di tutela avverso l’inerzia della Pubblica Amministrazione che se affianca a quello rappresentato dal persistente giudizio avverso al silenzio-rifiuto art. 2, legge n. 241/1990”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 66.

PARTE I. EL TÉRMINO DEL PROCEDIMIENTO Y EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ITALIA.

INTRODUCCIÓN.

La tempestividad de las actuaciones administrativas presenta un gran valor tanto desde el punto de vista formal como el sustancial; puesto que, en términos formales, “[...] garantiza la certeza de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que entran en relación con el poder autoritario, y también en términos sustanciales, como instrumento de perseguimiento pronto, efectivo y eficaz de la acción administrativa”.¹¹⁹³ (Traducción propia).

De lo anterior, se puede observar que la obligatoriedad del cumplimiento de los términos procedimentales está fuertemente relacionada con algunos principios generales del Derecho Administrativo, tanto europeo como interno, como el de tempestividad, celeridad, el de eficiencia o el de buena administración.

Es oportuno aclarar que este capítulo se concentra en el análisis de las demoras en que incurre la Administración pública, en los procedimientos que se presentan como consecuencia de la iniciativa de parte y por ende, se tratan de intereses pretensivos que amplían la esfera jurídica de los privados.

Por regla general las solicitudes de los asociados que originan los procedimientos administrativos, deben concluirse bien sea con una decisión negativa o positiva de la

¹¹⁹³ “[...] a garanzia cioè della certezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini che vengono in rapporto con il potere autoritativo, ma anche in termini sostanziali, come strumento di perseguimento pronto, effettivo ed efficace dell’azione amministrativa”.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione per omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 167.

Amministrazione¹¹⁹⁴; sin embargo, como se ha visto en la práctica las Administraciones públicas en ocasiones incumplen esta obligación de resolver.

El desconocimiento del derecho a obtener una decisión final en un tiempo determinado, como agudamente observa el profesor Giandomenico Falcon, se puede producir en dos hipótesis: 1. Denegación explícita y 2. Inercia de la Administración. O es sus propias palabras: “La lesión del interés a obtener una decisión final procedimental (provvimento) favorable puede llegar o a través de una denegación explícita (provvimento de deniego, o si se quiere deniego de provvimento) o a través de la simple inercia de la Administración”.¹¹⁹⁵ (Traducción propia).

Como remedio ante las situaciones en que se presenta el desconocimiento de los términos procedimentales para decidir por parte de las Administraciones públicas italianas, se ha introducido la figura del silencio administrativo. Con lo cual, “[...] la legislación puede directamente *calificar* la omisión asimilándola a una decisión: o a una decisión negativa (así llamado *silenzio deniego*) o a una decisión positiva (así denominado *silenzio assenso*)”.¹¹⁹⁶ (Traducción propia).

En esta parte del escrito se hace referencia a la responsabilidad debida a la pasividad de la Administración que, al dejar vencer el término de la decisión procedimental, desconoce la obligación de resolver, causándole así una lesión al interesado en el procedimiento. Por esto, es necesario estudiar la regulación de los términos procedimentales y el principal remedio a su desconocimiento, es decir la figura del silencio administrativo.

¹¹⁹⁴ “Fuera de los casos de aplicación de la declaración de inicio de actividad, los procedimientos relativos a los actos permisivos, iniciados por una petición del interesado, deberán concluirse con la determinación, positiva o negativa, de la Administración”. (Traducción propia).

“Al di fuori dei casi di applicazione della dichiarazione di inizio attività, i procedimenti relativi agli atti permissivi, aperti da una domanda dell’interessato, dovrebbero concludersi con la determinazione, positiva o negativa, dell’amministrazione”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 130.

¹¹⁹⁵ “La lesione dell’interesse a ottenere un provvedimento favorevole può avvenire o attraverso un esplicito diniego (provvedimento di diniego, o si se vuole diniego di provvedimento) o attraverso la semplice inerzia dell’amministrazione”.

FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 123.

¹¹⁹⁶ “Oppure, la legislazione può direttamente *qualificare* l’omissione assimilandola ad una decisione: o ad una decisione negativa (cosiddetto *silenzio diniego*), o ad una decisione positiva (cosiddetto *silenzio assenso*)”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 131.

Partiendo de las anteriores consideraciones, parece metodológicamente adecuado estructurar este capítulo en dos partes: La primera, desarrollará el tema del término procedimental en Italia y la segunda, profundizará el argumento del silencio administrativo.

1. EL TÉRMINO DEL PROCEDIMIENTO EN ITALIA.

Introducción.

La determinación de términos claros para el desarrollo de los procedimientos administrativos en Italia se ha edificado siguiendo las directivas de la Comunidad Europea y algunas intervenciones normativas¹¹⁹⁷; por primera vez, con la Ley 241 de 1990¹¹⁹⁸, la cual se ha visto sujeta a posteriores variaciones y finalmente, se debe advertir como lo expresa Alberto de Roberto que: “La disciplina introducida por la Ley N. 69 del 2009 e integrativa de la Ley 241 de 1990, contiene nuevas disposiciones en el tema de los términos procedimentales”.¹¹⁹⁹ (Traducción propia).

¹¹⁹⁷ “Se trata de un interés sin duda estimulado por la previsión, contenida en el art. 2 de la ley n. 241/1991, del principio de certeza temporal de la conclusión del procedimiento, alimentado por numerosas intervenciones normativas, subsiguientes en el curso de los años noventa, que han dedicado particular atención a la temporalidad procedimental”. (Traducción propia).

“Si tratta de un interesse senza dubbio stimolato dalla previsione, da parte dell’art. 2 de la legge n. 241/1991, del principio della certezza temporale della conclusione del procedimento, ma poi alimentato dai numerosi interventi normativi, susseguitisi nel corso degli anni novanta, cha hanno dedicato particolare attenzione alla tempistica procedimentale”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 319.

¹¹⁹⁸ “Antes de la ley n. 241, de hecho, las leyes administrativas de sector no tenían establecido algún término final para los procedimientos señalados. Sólo ocasionalmente se introducían términos para la emanación del procedimiento y la mayoría de las veces la previsión de un término era instrumental al objetivo de atribuir al silencio el significado de acogimiento o de rechazo de la solicitud”. . (Traducción propia).

“Prima della legge n.241, infatti, le leggi amministrative di settore non prevedevano di regola alcun termine finale per i procedimenti in esse disciplinati. Solo occasionalmente esse introducevano termini per l’emanazione di provvedimenti e il più delle volte la previsione di un termine era strumentale all’obiettivo di attribuire al silenzio il significato di accoglimento o di rigetto dell’istanza”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 8.

¹¹⁹⁹ “La disciplina introdotta della legge n. 69 de 2009, modificativa ed integrativa della legge n. 241 del 1990, reca nuove disposizioni in tema di termini del procedimento”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. pp. 41-42.

De igual manera, en este proceso de construcción se debe destacar la fuerte influencia jurisprudencial; puesto que, se han seguido las orientaciones tanto de las Cortes internas como las de la Corte de Justicia Europea¹²⁰⁰ con lo que se ha permitido desarrollar el tema de la certeza temporal.

Con base en lo anterior, para analizar correctamente el término del procedimiento en Italia este apartado se subdivide en dos puntos que son: 1.1. La importancia del tiempo en el procedimiento y 1.2. El término de conclusión del procedimiento.

1.1. La importancia del tiempo en el procedimiento.

Hace algún tiempo se consideraba que las demoras procedimentales en que incurren las Administraciones públicas eran inherentes a la actividad administrativa desarrollada por la prestación de los servicios y por tanto, debían ser soportadas por los ciudadanos. Por esto, la Administración por regla general no estaba obligada a resolver y tan sólo sería responsable frente a los actos vinculados.¹²⁰¹

Esta situación fue cambiando a medida que se redimensionó la valoración del tiempo entendiéndolo como uno de los bienes más preciados que tienen los particulares en la actualidad; el cual, puede ser realmente afectado por las demoras procedimentales en que incurre la Administración y por esto, resulta claro que estas lesiones no deben ser soportadas por los particulares.

¹²⁰⁰ “Del análisis de la jurisprudencia comunitaria, emerge con claridad el constante reconocimiento del principio que impone a la Administración concluir el procedimiento dentro de un término razonable”.

“Dall’analisi della giurisprudenza comunitaria, emerge con chiarezza il costante riconoscimento del principio che impone all’amministrazione di concludere il procedimento entro un termine ragionevole”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 239.

¹²⁰¹ “Anteriormente, la Administración no tenía la obligación de resolver a menos que se tratase de actos vinculados”. (Traducción propia).

“Anteriormente, l’Amministrazione non aveva l’obbligo di provvedere a meno che non si trattasse di atti vincolati”. MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Corso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009. p. 282.

En esta nueva perspectiva, que ha sido objeto de un creciente interés tanto por la doctrina como la jurisprudencia en los últimos años¹²⁰², ha cambiado la relación entre el ejercicio del poder administrativo y los términos procedimentales haciendo que: “El término adquiera por tanto el significado, que también en este caso es coherente con el sistema total, de instrumento dirigido a reequilibrar una situación de otro modo fuertemente desbalanceada a favor de la Administración pública. La Administración de señora y soberana del tiempo es degradada a la posición de quien es tenido a medir el tiempo de su propia actuación a las exigencias de los otros”.¹²⁰³ (Traducción propia).

Del mismo modo, se ha fortalecido el papel asignado al término durante el procedimiento, atribuyéndole principalmente un papel garantizador de las prerrogativas de los ciudadanos que se dirige al logro de tres puntos que son: primero, dotar de mayor certeza la duración del procedimiento¹²⁰⁴; segundo, hacer practicable la obligación de resolver¹²⁰⁵ y en definitiva, se busca conseguir una mejor Administración pública.¹²⁰⁶

¹²⁰² “El tiempo de la acción administrativa y, en particular, la relación entre el ejercicio, del poder administrativo y los términos del procedimiento, ha estado, en el curso de los últimos años, en el centro de un creciente interés por parte de la doctrina y de la jurisprudencia”. (Traducción propia).

“Il tempo dell’azione amministrativa e, in particolare, il rapporto tra l’esercizio, del potere amministrativo e i termini del procedimento, è stato, nel corso degli ultimi anni, al centro di un crescente interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 319.

¹²⁰³ “Il termine acquista pertanto il significato, che anche in questo caso è coerente con il sistema complessivo, di strumento volto a riequilibrare una situazione altrimenti fortemente sbilanciata a favore della pubblica amministrazione. L’amministrazione da signora e sovrana del tempo degrada nella posizione di chi è tenuto a commisurare il tempo del proprio agire alla esigenze altrui”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 37.

¹²⁰⁴ “[...] la predeterminación del término para la emanación del procedimiento está dirigida a garantizar a los ciudadanos la certeza de la duración del procedimiento”. (Traducción propia).

“[...] predeterminazione del termine per l’emanazione del provvedimento sia diretta a garantire ai cittadini la certezza della durata del procedimento...”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 47.

¹²⁰⁵ “El respeto a la obligación de proveer sería difícilmente verificable, y su violación difícilmente sancionable, si no fuese posible definir el momento dentro del cual la decisión debe ser emanada”. (Traducción propia).

“Il rispetto dell’obbligo di provvedere sarebbe difficilmente verificabile, e la sua violazione difficilmente sanzionabile, se non fosse possibile individuare il momento entro el quale il provvedimento deve essere emanato”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo*. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 242.

¹²⁰⁶ “[...] el término juega también una función de tipo organizadora tendiente así a hacer más célere y eficiente la acción administrativa en interés de la misma Administración pública”. (Traducción propia).

“[...] il termine svolge anche una funzione di tipo organizzatorio tendente cioè a rendere più celere ed efficiente l’azione amministrativa nell’interesse della stessa pubblica amministrazione”.

De todo lo anterior, se puede concluir que existe realmente un derecho autónomo al término procedimental, que no depende de ningún otro principio (buena fe, confianza, eficiencia) o derecho (debido procedimiento o defensa); puesto que, “[e]l derecho al término encuentra su fundamento inmediato en las normas sobre la duración del procedimiento y no tiene necesidad de otro sustento”.¹²⁰⁷ (Traducción propia).

Para fortalecer la argumentación, se puede observar como el derecho al término procedimental presenta características propias que permiten diferenciarlo de otras situaciones procedimentales “[...] porque no es funcional a la formación del procedimiento; el respeto del término no se refleja en el contenido de la decisión final, ni podría recibir otra tutela de aquella resarcitoria, salvo en el caso de ser perentorio, cuyo vencimiento priva a la Administración del poder de proveer”.¹²⁰⁸ (Traducción propia).

Profundizando, concretamente en los procesos a petición de parte se deben hacer dos salvedades fundamentales: Por una parte, dejar por sentado que, al lado de ejercitar la función administrativa radica en la cabeza de la Administración la obligación de pronunciarse sobre la petición¹²⁰⁹ y por el otro, que “[...] la función del término se aprecia no sólo en relación con el interés en obtener la utilidad solicitada en tiempo debido; sino también, en relación al interés a

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 38.

¹²⁰⁷ “Per questo pare superfluo qualificare la situazione dell'interessato riguardo all'osservanza del termine come affidamento, nel senso di aspettativa - suscitata dall'altrui comportamento - a che la condotta successiva sia coerente con quella già posta in essere'. Il diritto al termine trova fondamento immediato nelle norme sulla durata del procedimento, e non ha bisogno di altro sostegno”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 48.

¹²⁰⁸ “[...] perché esso non é funzionale alla formazione del provvedimento; il rispetto del termine non ha riflessi per il contenuto della decisione finale, né potrebbe ricevere altra tutela che quella risarcitoria, salvo nel caso di termine perentorio, la cui scadenza privi l'amministrazione del potere di provvedere”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. pp. 48-49.

¹²⁰⁹ “[...] al lado del poder-deber de ejercitar la función Administrativa, la cual está relacionada con una situación jurídica de interés legítimo pretensivo fundada sobre la denominada norma de acción, surge en cabeza de la Administración pública una verdadera y propia obligación de pronunciarse sobre la petición”. (Traducción propia).

“[...] accanto al potere-dovere di esercitare la funzione amministrativa, al quale è correlata una situazione giuridica di interesse legittimo pretensivo fondata sulle cosiddette norme d'azione, sorge in capo alla pubblica, amministrazione un vero e proprio obbligo di pronunciarsi sull'istanza”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 28.

que la incerteza al éxito de la petición termine dentro del tiempo establecido”.¹²¹⁰ (Traducción propia).

1.2. El término de conclusión del procedimiento.

La conclusión¹²¹¹ del procedimiento es un tema fundamental para el derecho administrativo, puesto que de no realizarse realmente puede lesionar profundamente los derechos y los intereses de los particulares.¹²¹² En Italia la obligación de concluir el procedimiento está desarrollada en el artículo 2¹²¹³ de la Ley 241 de 1990, el cual fue sujeto a numerosas innovaciones por la Ley 69 de 2009¹²¹⁴, quedando con el siguiente tenor literal:

¹²¹⁰ “[...] nei procedimenti a istanza di parte, la funzione del termine si apprezza; non solo in relazione all’interesse ad ottenere l’utilità richiesta (ove spettante) a tempo debito, ma anche in relazione all’interesse a che l’incerteza in ordine all’esito dell’istanza sia contenuta entro il tempo stabilito”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹²¹¹ “En sentido propio, el procedimiento se concluye con la emanación del último acto de la serie procedimental, que no necesariamente coincide con la decisión: se piensa en los actos de control o a la aceptación del interesado, que siguen a la emanación de la decisión. Del otro lado, hasta que no se perfecciona la así denominada fase integrativa de la eficacia, el procedimiento no produce efectos, de modo que el procedimiento no puede ciertamente decirse concluso”. (Traducción propia).

“In senso proprio, il procedimento si conclude con la emanazione dell’ultimo atto della serie procedimentale, che non necesariamente coincide con il provvedimento: si pensi agli atti di controllo o all’accettazione dell’interessato, che seguono l’emanazione del provvedimento. D’altro canto, fino a che non si perfeziona la c.d. fase integrativa dell’efficacia, il provvedimento non produce effetti, sicché il procedimento non può certo dirsi concluso”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. pp. 411-412.

¹²¹² “Se puede dar por sentado que el término para la conclusión del procedimiento administrativo es puesto a favor de los intereses de los destinatarios de los efectos del procedimiento, sea que el procedimiento inicie de oficio o a petición de parte”. (Traducción propia).

“Si può dare per acquisito che il termine per la conclusione del procedimento amministrativo é posto nell’interesse dei destinatari degli effetti del provvedimento, sia che il procedimento inizi cl’ufficio, sia che esso si apra su istanza di parte”. TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 47.

¹²¹³ “[...] cuando el procedimiento provenga obligatoriamente de una petición o deba ser iniciado de oficio, la Administración tiene el deber de concluirlo con una decisión expresa (y no tácita o implícita en el contenido de los demás procedimientos): por tanto, cuando surge la obligación de proceder, surge también aquella de proveer.” (Traducción propia).

“[...] quando il procedimento consegua obbligatoriamente a una istanza o debba essere iniziato d’ufficio, l’amministrazione ha il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso (e non tacito o implicito nel contenuto di altri provvedimenti): dunque, quando sorge l’obbligo di procedere, sorge anche quello di provvedere”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo*. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 242.

¹²¹⁴ “En cambio de una sustitución del artículo, la nueva disposición introduce numerosas innovaciones: se comprende, por tanto, como el nuevo texto del art. 2 tal vez sea el punto de la reforma en exámen que ha sido objeto de mayores consideraciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia”. (Traducción propia).

“Oltre che una radicale sostituzione dell’articolo, la nuova disposizione reca numerose innovazioni: si comprende pertanto, come il nuovo testo dell’art. 2 sia forse il punto della riforma in esame che è stato oggetto di maggiore considerazione da parte della dottrina e della giurisprudenza”.

“Art. 2. Conclusión del procedimiento.

1. Cuando el procedimiento conste de una instancia, o deba ser iniciado de oficio, la Administración pública tiene el deber de concluirlo mediante la adopción de una decisión expresa.
2. En los casos en los que las leyes o reglamentos de los que los numerales 3, 4 y 5 no proveen un término diverso, los procedimientos administrativos de competencia de la Administración estatal y de los entes públicos nacionales deben concluirse dentro del término de 30 días.
3. Con uno o más decretos del Presidente del Consejo de ministros, adoptados en el sentido del artículo 17, numeral 3, de la ley 23 de agosto de 1998, n. 400, sobre la propuesta del Ministro competente y de acuerdo con los ministros de la Administración Pública y la Innovación y para la simplificación normativa, son establecidos los términos no superiores a noventa días dentro de los cuales deben concluir los procedimientos de su propia competencia.
4. En los casos en los cuales, teniendo en cuenta la viabilidad del tiempo bajo los perfiles de la organización administrativa, de la naturaleza jurídica de los intereses públicos tutelados y de la particular complejidad del procedimiento, son indispensablemente términos superiores a noventa días para la conclusión de los procedimientos de competencia de las Administraciones estatales y de los entes públicos nacionales, de los decretos que se ocupa el numeral 3 son adoptados sobre la propuesta también de los Ministros para la Administración pública y la innovación y para la simplificación normativa y previa deliberación del Consejo de ministros. Los términos allí previstos no pueden, en todo caso, superar los ciento ochenta días, con la sola exclusión de los procedimientos de adquisición de la ciudadanía italiana y de aquellos concernientes a la inmigración.
5. Hecho lo previsto por las específicas disposiciones normativas, la autoridad de garantía y de vigilancia disciplinan, de conformidad con el propio ordenamiento, los términos de conclusión de los procedimientos de la respectiva competencia.
6. Los términos para la conclusión del procedimiento transcurren desde el inicio de oficio o desde el recibimiento de la demanda, si el procedimiento es a iniciativa de parte.
7. Sujeto a lo previsto del art. 17, los términos de los numerales 2, 3, 4 y 5 del presente artículo pueden ser suspendidos, por una sola vez y por un período no superior a treinta días, para la adquisición de información o de certificación relativa a hechos, estados o calidad o cualidad no atestadas en documentos ya en posesión de la Administración misma o no directamente adquirible en otras administraciones públicas. Se aplican las disposiciones del art. 14, numeral 2.
8. Salvo los casos de silencio positivo, transcurridos los términos para la conclusión del procedimiento, el recurso contra el silencio de la Administración, al sentido del artículo 21- bis de la Ley 6 de diciembre de 1971, n. 1034, puede ser propuesto también sin necesidad de advertencia a la Administración incumplidora, hasta que perdure el incumplimiento y de todas formas, no más de un año del vencimiento de los términos contenidos en los un numerales 2 o 3 del presente artículo. El juez Administrativo puede conocer la validez de la instancia. Y con sujeción a la reproprobabilidad de la instancia de inicio del procedimiento donde concurran los presupuestos.
9. La falta de la emanación de la decisión procedimental en los términos constituye un elemento de valoración de la responsabilidad directiva”.¹²¹⁵ (Traducción propia).

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 55.

¹²¹⁵ “Articolo 2. (Conclusione del procedimento).

1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.
2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni.
3. Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione

Este artículo de gran extensión, constituido por nueve numerales, señala los parámetros temporales que deben seguir las Administraciones públicas para concluir los procedimientos administrativos que deban adelantar; hablándose así, concretamente de una duración cierta y conocida.¹²¹⁶ Teniendo en cuenta lo anterior se hará una breve referencia a sus apartados principales a continuación.

El numeral 1 consagra la obligación de resolver expresamente por parte de la Administración pública, en los procesos de única instancia y en los de oficio¹²¹⁷; es decir, además, de dar respuesta, debe hacerlo de manera clara, específica y dentro de un término razonable.¹²¹⁸

e l'innovazione e per la semplificazione normativa, sono individuati i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini non superiori a novanta giorni entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza.

4. Nei casi in cui, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, sono indispensabili termini superiori a novanta giorni per la conclusione dei procedimenti di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, i decreti di cui al comma 3 sono adottati su proposta anche dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei ministri. I termini ivi previsti non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione.

5. Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza.

6. I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.

7. Fatto salvo quanto previsto dall'art. 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'art. 14, comma 2.

8. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

9. La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹²¹⁶ “A los mismos propósitos, además, la ley plantea una especial atención a la exigencia de que el procedimiento tenga una duración *cierta y conocida*”. (Traducción propia).

“Agli stessi scopi, inoltre, la legge pone una particolare attenzione alla esigenza che il procedimento abbia una durata *certa e conoscibile*”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 70.

¹²¹⁷ “El artículo 2 de la ley de procedimiento, en el numeral 1, establece la obligación para la Administración Pública de concluir el procedimiento administrativo con la adopción de una decisión expresa. Tal obligación se aplica indistintamente sea en el caso de los procedimientos iniciados a instancia de parte como para aquellos que se instauran a iniciativa de la misma A.P., es decir, de oficio”. (Traducción propia).

En seguida, el numeral 2 establece un término general de 30 días para concluir los procedimientos de competencia de la Administración estatal y de los entes públicos nacionales, si no se prevé uno diverso en los casos en que las leyes o los reglamentos lo impongan en las hipótesis de los numerales 3, 4 y 5. De este modo, “[s]e reduce *ex lege* a treinta días el término – anteriormente fijado en 90 días- destinado a aplicarse todas las veces que faltan específicas disposiciones relativas a su duración”.¹²¹⁹ (Traducción propia).

A renglón seguido, los numerales 3 y 4 imponen un término de máximo 90 días para concluir los procedimientos de competencia del Presidente del Consejo de ministros, o los propuestos por los ministros para la Administración Pública y la Innovación y para la Simplificación normativa, según el numeral 3 del artículo 17 de la Ley 400 del 23 de agosto de 1998; así mismo, precisa que éste término sólo podrá ser ampliado a 180 días máximo (excepto en procedimientos de ciudadanía e inmigración).

Por su parte en el numeral 5 se prevé la posibilidad de que las autoridades de garantía y de vigilancia puedan regular los términos de conclusión de sus procedimientos, sin desconocer las específicas normas sobre la materia.

“L’art. 2 della legge sul procedimento, al comma 1, sancisce l’obbligo per la pubblica amministrazione di concludere il procedimento amministrativo con l’adozione di un provvedimento espresso. Tale obbligo si applica indistintamente sia nel caso di procedimenti iniziati ad istanza di parte che per quelli avviati ad iniziativa della stessa P.A., e quindi d’ufficio”. DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 181.

¹²¹⁸ “Al legislador, entonces, no le basta solamente que el procedimiento se concluya con la adopción de una decisión expresa, sino le interesa también que a este último (en el cual se manifiesta el ejercicio del poder) se realice en un <<tiempo razonable>>, preferiblemente según la racionalidad apreciada directamente por la Administración interesada o sea según una <<racionalidad de sistema>>”. (Traducción propia).

“Al legislatore, dunque, non basta soltanto che il procedimento si concluda con l’adozione di un provvedimento espresso, ma interessa anche che a quest’ultimo (in cui si manifesta l’esercizio del potere) si pervenga in un <<tempo ragionevole>>, preferibilmente secondo la ragionevolezza apprezzata direttamente dall’amministrazione interessata ovvero secondo una <<ragionevolezza di sistema>>”.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione per omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 168.

¹²¹⁹ “Resta ridotto *ex lege* a trenta giorni il termine –in precedenza fissato in novanta giorni –destinado a trovare applicazione tutte le volte che manchino specifiche disposizioni relativi alla sua durata”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 45

El numeral 6 reviste gran importancia puesto que determina el momento de iniciación para contabilizar los términos en que debe decidir la Administración; los cuales, empezarán a contar dependiendo de la forma de su iniciación. De este modo, se deben diferenciar dos situaciones: Si los procedimientos son iniciados de oficio, contarán desde el momento en que comiencen¹²²⁰; pero en caso, de que sean iniciados a petición de parte computarán desde la recepción de la demanda.

A continuación el numeral 7 admite la posibilidad de suspender los términos, contenidos en los numerales 2, 3, 4 y 5. Como lo explica el profesor Giandomenico Falcon: “El numeral 7 disciplina la suspensión de tales términos, para las hipótesis que deban ser adquiridas valoraciones técnicas de ciertos órganos o entes, u obtención de documentos”.¹²²¹ (Traducción propia).

Muy interesante es el numeral 8 al sostener que en los casos de silencio no positivo (o negativo) cuando transcurran los términos se podrá hacer uso del recurso contra el silencio sin necesidad de advertir previamente a la Administración incumplidora, mientras perdure el incumplimiento y no se supere el término de un año.¹²²² Es interesante, ver además, como el juez Administrativo será el llamado a conocer la validez.

¹²²⁰ “En los procedimientos *ex officio* la formulación legislativa puede entenderse correcta sólo en los casos en los cuales la Administración –llamada a operar de iniciativa propia- dispone de poderes discrecionales en cuanto al momento del inicio del procedimiento. Si en cambio, la ley fija la fecha dentro de la cual el procedimiento de oficio deba ser obligatoriamente promovido se debe constatar el incumplimiento de la Administración a partir del momento de ésta última- llamada a iniciar el procedimiento- no lo inicie”. (Traducción propia).

“Nel caso di procedure *ex officio* la formulazione legislativa può ritenersi corretta solo nei casi nei quali sia dato rilevare che l’amministrazione –chiamata ad operare di propria iniziativa- dispone di poteri discrezionali quanto al momento di avvio della procedura. Se è invece, la legge a fissare la data entro la quale il procedimento di ufficio deve essere obbligatoriamente promosso è da ravvisare l’inadempienza amministrativa dell’amministrazione e partire dal momento in cui quest’ultima- tenuta ad avviare la procedura- non vi provveda”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 47.

¹²²¹ “Il comma 7 disciplina la sospensione di tali termini per le ipotesi in cui debbano essere acquisite valutazioni tecniche di appositi organi o enti, o acquisiti documenti”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 70.

¹²²² “El recurso contra el silencio (incumplimiento) de la Administración se caracteriza en suma no ya sólo como un instrumento de reconocimiento de la omisión, cuanto, más bien como medio, establecido por el ordenamiento jurídico para calificar la omisión ya realizada como incumplimiento y de este modo, para hacer cumplir la obligación de la Administración de resolver”. (Traducción propia).

“Il ricorso avverso il silenzio (inadempienza) dell’amministrazione si caratterizza insomma non già solo come strumento di ricognizione dell’omissione, quanto piuttosto come mezzo, apprestato dall’ordinamento, per qualificare l’omissione già realizzata come inadempimento imputabile e quindi per fare accertare l’obbligo dell’amministrazione di provvedere”.

El numeral 9 advierte que la falta de la decisión procedimental dentro del término establecido; o sea, el incumplimiento en la conclusión del procedimiento podrá dar lugar a valorar la responsabilidad por el daño de retardo¹²²³, como se verá más adelante con mayor detenimiento.¹²²⁴ Al lado de esto, se debe tener presente que la obligación de resolver subsiste a pesar del vencimiento del término, puesto que el interés del particular en obtener la respuesta de la Administración no desaparece.¹²²⁵

2. LA DISCIPLINA GENERAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN ITALIA.

Introducción.

SALTELLI, Carlo. "La responsabilità dell'amministrazione per omissione o ritardo nell'esercizio del potere". En *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. pp. 168-169.

¹²²³ "Un último perfil relevante de la disciplina contenida en la L. 69/2009 en relación con los tiempos de conclusión del procedimiento es dada por la introducción del texto normativo incorporada en la L. 241/1990 del artículo 2 bis, el cual trata específicamente las <<consecuencias por el retardo de la Administración en la conclusión del procedimiento>>. (Traducción propia).

"Un ulteriore profilo rilevante della disciplina contenuta nella L. 69/2009 in relazione ai tempi di conclusione del procedimento è dato dall'introduzione nel tessuto normativo di cui alla L. 241/1990 dell'art. 2 bis, il quale disciplina specificamente le <<conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento>>".

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 183.

¹²²⁴ "En particular después de las modificaciones introducidas por la l. n. 69 del 2009, la ley n. 241 de 1991, se establece que las Administraciones Públicas están obligadas <<al resarcimiento del daño injusto ocasionado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento>>". (Traducción propia).

"In particolare dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009, la legge n. 241 de 1991 prevede che le pubbliche amministrazioni siano tenute <<al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento>>".

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 70.

¹²²⁵ "Es lógico retener que, en tanto el deber de la Administración pública de proveer, en cuanto perdura también después del vencimiento del término previsto para aquel tipo de procedimiento, en cabeza de quienes han propuesto la petición, el interés a obtener el cumplimiento de forma específica (emanación de la decisión final del procedimiento), sin perjuicio de otros perfiles de relevancia en el retardo por el incumplimiento (a los fines, por ejemplo, como se dirá, del resarcimiento del daño)". (Traducción propia).

"É per tanto logico ritenere che, in tanto permane il dovere della pubblica amministrazione di provvedere, in quanto perdura anche dopo la scadenza del termine previsto per quel tipo di procedimento, in capo a colui che ha proposto l'istanza, l'interesse a ottenere l'adempimento in forma specifica (emanazione del provvedimento), fermi restando altri profili di rilevanza del ritardo nell'adempimento (ai fini, per esempio, come si dirà, del risarcimento del danno)".

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. pp. 40-41.

La figura del silencio administrativo surgió en Italia con la finalidad de solucionar los casos en que no se producía el pronunciamiento esperado por parte de la Administración ante la solicitud del particular (es decir cuando la Administración permanecía silente)¹²²⁶ y concretamente, para poder dotar al peticionario de la posibilidad de iniciar el proceso administrativo a pesar de la inercia de la persona pública.¹²²⁷

La figura del silencio administrativo se debe entender, entonces, como uno de los remedios que ha establecido el derecho administrativo para defender los derechos de los particulares y poder combatir la patológica inercia de las entidades del Estado.¹²²⁸

Para puntualizar el contenido del silencio administrativo resulta conveniente seguir el pensamiento de Sabino Casese quien sostiene que: “El comportamiento inerte de la Administración, en orden a la emanación de un acto, es definido como *silencio*. Puede tratarse de la decisión o de un acto instrumental: en todo caso, el resultado es la falta de la emanación de la decisión y, entonces, la violación de la obligación de proveer”.¹²²⁹ (Traducción propia).

¹²²⁶ “El término silencio, en el derecho administrativo, se refiere tradicionalmente a las instituciones encaminadas a la remoción o previsión de los efectos negativos de la inercia de la Administración Pública, en vista de la tutela de los sujetos interesados en la emanación de un acto administrativo”. (Traducción propia).

“Il termine silenzio, nel diritto amministrativo, si riferisce tradizionalmente agli istituti preposti alla rimozione o alla prevenzione degli effetti negativi dell’inerzia della pubblica amministrazione, in vista della tutela dei soggetti interessati all’emanazione di un atto amministrativo”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 321.

¹²²⁷ “La figura del silencio nació en Italia en el ámbito de la justicia administrativa para remediar la inercia de la Administración en la apelación presentada por el privado”. (Traducción propia).

“La figura del silenzio è nata nell’ambito della giustizia amministrativa per ovviare all’inerzia dell’amministrazione a seguito di ricorso presentato dal privato”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. pp. 411-499.

¹²²⁸ “En la actualidad el sistema de los así denominados remedios contra el *silentium* que establece el ordenamiento constituye un importante logro en términos de certeza del derecho y de salvaguardia de los ciudadanos con respecto a los comportamientos patológicos o, de todas formas, impedimentos a los intereses privados desplegados por la Administración”. (Traducción propia).

“L’odierno sistema de cosiddetti rimedi *contra silentium* apprestati dall’ordinamento costituisce un importante traguardo raggiunto in termini di certezza del diritto e di salvaguardia dei cittadini rispetto a comportamenti patologici o, comunque, ostativi degli interessi privati posti in essere dalla Pubblica Amministrazione”.

PROVVIDENZA Andrea. “Il silenzio”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. pp. 329-330.

¹²²⁹ “Il comportamento inerte dell’amministrazione, in ordine all’emanazione di un atto, è definito *silenzio*. Può trattarsi del provvedimento o di un atto strumentale: in ogni caso, il risultato è la mancata emanazione del provvedimento e, quindi, la violazione dell’obbligo di provvedere”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo*. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. pp. 311-312.

2.1. Clases de silencio Administrativo.

La doctrina administrativista italiana ha identificado diversos tipos de silencio administrativo, que se pueden presentar como consecuencia de la pasividad de la Administración pública, que son el silencio incumplimiento, el silencio significativo, el silencio positivo, el silencio negativo, el silencio rechazo y el silencio devolutivo. Como lo afirma Marco Angelone: “Todas las variantes exhiben como común denominador un comportamiento omisivo de la Administración Pública, pero se diferencian profundamente los unos de los otros en cuanto a los efectos”.¹²³⁰ (Traducción propia).

Por cuestiones metodológicas en este escrito se clasifican los tipos de silencios en cinco categorías; es decir, se trabaja el silencio incumplimiento, el silencio significativo independientemente de sus dos especies que son el silencio positivo y en negativo (las cuales se estudiarán con mucho más detenimiento posteriormente) y se hará una quinta categoría denominada otros tipos de silencio donde se incluirán el silencio desconocimiento y el devolutivo. En síntesis, la clasificación que se seguirá es la siguiente: 2.1.1. El silencio incumplimiento, 2.1.2. El silencio significativo, 2.1.3. Silencio positivo, 2.1.4. Silencio negativo y 2.1.5. Otros tipos de silencio.

2.1.1. El silencio incumplimiento: El silencio incumplimiento se presenta cuando el ordenamiento jurídico no atribuye un significado concreto o consecuencia jurídica a la falta de decisión, por parte del órgano público encargado del procedimiento, dentro del tiempo máximo establecido y por tanto, se presentará un incumplimiento de un deber jurídico.¹²³¹ (Traducción propia).

¹²³⁰ “Tutte le varianti esibiscono quale comune denominatore un comportamento omissivo della pubblica amministrazione, ma si differenziano profondamente le une dalle altre quanto ad origine ed effetti”. ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. pp. 39-40.

¹²³¹ “Es claro que, por más que puedan ser numerosas las hipótesis de silencio *calificadas* como decisiones negativas o positivas, subsiste siempre el problema relativo a las hipótesis remanentes, aquellas en las cuales ante el <<silencio>> de la Administración no se ha asignado algún significado, y en las cuales entonces no asumirá otro valor que el de *incumplimiento* de un deber jurídico”. (Traducción propia).

“È chiaro tuttavia che, per quanto possano essere numerose le ipotesi di silenzio *qualificato* come decisione negativa o positiva, esiste pur sempre il problema relativo alle ipotesi rimanenti, quelle in cui <<silenzio>> dell’amministrazione non

En estos casos no se producen efectos equivalentes a los que se obtendrían mediante la decisión del procedimiento¹²³²; sino que, la inercia de la Administración hace que se presente una flagrante violación de la obligación de resolver o proveer.¹²³³

Cuando se configura el silencio incumplimiento, como claramente lo explica Marcello Clarich, se mantiene el estado de incerteza en que se encuentra el particular, pero con el vencimiento del término la falta de certeza se convierte en ilícita¹²³⁴ y de esta manera, se ha dotado al particular de la posibilidad de accionar contra este tipo de silencio para poder constreñir la Administración a decidir.¹²³⁵

La acción contra el silencio incumplimiento, que intenta aminorar los perjudiciales efectos de la inercia administrativa, fue introducida por la Ley 2005 de 2000 para que el particular pudiera

è assegnato alcun significato, e nelle quali dunque esso non assume altro valore che quello di *inadempimento* di un dovere giuridico”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 131.

¹²³² “En tales hipótesis, frente al inútil trascurso del término sin que la Administración haya expedido la decisión (y sin necesidad de posterior advertencia) salvo en los casos del silencio desconocimiento, se forma el así denominado silencio incumplimiento, que no produce efectos equivalentes a aquellos de una decisión procedimental”. (Traducción propia).

“In tali ipotesi, a fronte dell'inutile decorso del termine senza che l'amministrazione abbia emanato il provvedimento (e senza necessità di ulteriore diffide) salvi i casi di silenzio rigetto, si forma il c.d. silenzio inadempimento, che non produce effetti equipollenti a quelli di un provvedimento”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 412.

¹²³³ “No hay duda que es sólo en presencia de una obligación de proveer que la inercia de la administración asume relevancia jurídica *sub specie* de silencio-incumplimiento”. (Traducción propia).

“Non vi è dubbio che è solo in presenza di un obbligo di provvedere che l'inerzia dell'amministrazione assume rilevanza giuridica *sub specie* di silenzio-rifiuto”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 275.

¹²³⁴ “La decadenza del término no hace venir a menos la incerteza en orden al acogimiento o el rechazo de la petición. Produce solamente el efecto específico de volver ilícito el estado de incerteza”. (Traducción propia).

“La scadenza del termine non fa venir meno l'incertezza in ordine all'accoglimento o al rigetto dell'istanza. Produce soltanto l'effetto specifico di rendere illecito lo stato di incertezza”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. pp. 154-155.

¹²³⁵ “El principal instrumento es el recurso contra el silencio-incumplimiento, como instrumento para constreñir a la Administración Pública a pronunciarse sobre la petición. Se trata de un remedio eficaz, también en consideración del hecho de que en algún caso el Juez Administrativo pueda pronunciarse sobre la fundamentación de la petición presentada por el privado”. (Traducción propia).

“Il principale strumento è il ricorso avverso il silenzio-inadempimento, quale strumento per costringere la P.A. a pronunciarsi sull'istanza. Si tratta di un remedio particolarmente efficace, anche in considerazione del fatto che in alcuni casi il G.A. può pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza presentata dal privato”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 273.

obtener un remedio jurisdiccional.¹²³⁶ Esta Ley modificó la Ley 241 de 1990 estableciendo su procedencia en el artículo 2, específicamente en el numeral 8.¹²³⁷

En lo que atañe a algunas de sus características esenciales, siguiendo a Roberto Giovagnoli, se deben destacar las siguientes tres: 1. La acción solamente se refiere al silencio incumplimiento en sentido estricto y la conocerá el juez administrativo¹²³⁸; 2. Al ser una acción declarativa y de condena, no requiere advertencia previa y se extiende su término decadal

¹²³⁶ “Con la ley n. 2005 del 2000 está finalmente intervenida una disciplina positiva: no del fenómeno del silencio en sí, que permanese obviamente un fenómeno patológico, sino del modo en que el interesado pueda obtener un remedio jurisdiccional: cuando de frente a una petición la Administración permanezca inerte –así, como precisa el numeral 5 del artículo 2 de la l. 241 de 1990, no decida dentro del los términos puestos para la conclusión del procedimiento y tal inercia no sea expresamente calificada como decisión negativa o como silencio asenso, el interesado podrá reaccionar a través de una acción especial, establecida en el artículo 21-bis de la l. n. 1034 de 1971”. (Traducción propia).

“Con la legge n. 2005 del 2000 è finalmente intervenuta una disciplina positiva: non del fenomeno del silenzio in sé, che rimane ovviamente un fenomeno patologico, ma del modo in cui l’interessato possa ottenere un rimedio giurisdizionale: ove di fronte ad una istanza l’amministrazione rimanga inerte –cioè, come precisa il comma 5 dell’art. 2 della l.n. 241 del 1990, non provveda entro i termini posti per la conclusione del procedimento- e tale inercia non sia espressamente qualificata come decisione negativa o come silenzio assenso, l’interessato potrà reagire attraverso una apposita azione, disciplinata dall’art. 21 – bis della l. n. 1034 de 1971”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 131.

¹²³⁷ “Artículo 2. (Conclusión del procedimiento).

8. Salvo los casos de silencio positivo, transcurridos los términos para la conclusión del procedimiento, el recurso contra el silencio de la Administración, al sentido del artículo 21- bis de la Ley 6 de diciembre de 1971, n. 1034, puede ser propuesto también sin necesidad de advertencia a la Administración incumplidora, hasta que perdure el incumplimiento y de todas formas, no más de un año del vencimiento de los términos contenidos en los un numerales 2 o 3 del presente artículo. El juez Administrativo puede conocer la validez de la instancia. Y con sujeción a la reproprobabilidad de la instancia de inicio del procedimiento donde concurren los presupuestos”. (Traducción propia).

“Articolo 2. (Conclusione del procedimento).

8. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell’amministrazione, ai sensi dell’articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all’amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l’inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell’istanza. È fatta salva la riproponibilità dell’istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹²³⁸ “Finalmente se destaca –como la jurisprudencia ha correctamente puntualizado- que el nuevo rito abreviado incumbe solo al silencio-incumplimiento en el sentido técnico, o sea el comportamiento omisivo que se desarrolla en frente de una petición directa de hacer valer una posición de interés legítimo, y no sólo la inercia de la A.P. en frente de una petición directa encaminada a hacer valer un derecho subjetivo (en la jurisdicción exclusiva del Juez Administrativo)”. (Traducción propia).

“Va infine rilevato –come la giurisprudenza ha corretamente puntualizzato- che il nuovo rito abbreviato riguarda solo il silenzio-rifiuto in senso tecnico, ossia il comportamento omissivo che matura a fronte di un’istanza diretta a far valere una posizione di interesse legittimo, e non anche la inercia della P.A. a fronte di un’istanza diretta a far valere un diritto soggettivo (nella giurisdizione esclusiva del G.A.)”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 313.

hasta por un año¹²³⁹ y 3. La interposición del recurso en la práctica se acompaña de la pretensión de reparación del daño sufrido por el retardo.¹²⁴⁰

2.1.2. *El silencio significativo*: En términos generales la doctrina administrativista italiana ha denominado silencio significativo (también denominado procedimental o decisorio¹²⁴¹) a aquellos casos en que el ordenamiento jurídico le atribuye a una consecuencia procedimental a una inactividad o inercia proveniente de una de las Administraciones públicas.¹²⁴² Concretamente, en el “[...] silencio significativo (silenzio-assenso, silenzio diniego), en silencio asenso en el cual la omisión está legamente equiparada a una decisión, sea del silencio-negativo consiguiente al trascurso de noventa días para la decisión del recurso jerárquico”.¹²⁴³ (Traducción propia).

¹²³⁹ “Tomando nota que el recurso contra el silencio-incumplimiento no constituye una acción impugnatoria, sino una declarativa y de condena, el texto de la reforma prevé, entonces, que la reactiva demanda judicial no sea más sobrepuesta a la carga de la advertencia previa (que deviene ahora facultativa), y, en lugar del estricto término decadencial de 60 días, introduce un término *largo* de un año, transcurrido el cual, todavía, el privado no pierde la posibilidad de tutela”. (Traducción propia).

“Predendo atto che il ricorso avverso il silenzio-rifiuto non costituisce una azione impugnatoria, ma una azione dichiarativa e di condanna, il testo di riforma prevede, quindi, che la relativa domanda giudiziale non sia più sottoposta all’onore della previa diffida (che diviene ora facoltativa), e, in luogo dello stringente termine decadenziale di 60 giorni, introduce termine *lungo* di un anno, decorso il quale, tuttavia, il privato non perde ogni possibilità di tutela”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 291.

¹²⁴⁰ “La interposición del recurso en contra del silencio-incumplimiento, en la praxis forense, se acompaña a menudo a la petición de restauración del daño patrimonial sufrido por el efecto de la omitida o retardada adopción de la decisión final idónea a incidir positivamente sobre la esfera jurídica del recurrente”. (Traducción propia).

“La proposizione del ricorso avverso il silenzio-rifiuto, nella prassi forense, si accompagna sovente alla richiesta di ristoro del danno patrimoniale subito per effetto dell’omessa o ritardata adozione del provvedimento idoneo a incidere positivamente sulla sfera giuridica del ricorrente”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 322.

¹²⁴¹ “El silencio-positivo y el silencio-negativo entran en la categoría del silencio a.d. significativo (denominado también <<de la decisión procedimental>> o <<decisorio>>”. (Traducción propia).

“Il silenzio-assenso y el silencio-deniego rientrano en la categoría del silencio c.d. significativo (detto anche <<provvedimentale>> o <<decisorio>>”.

ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. p. 40

¹²⁴² El silencio significativo se presenta cuando “[...] el ordenamiento atribuye a la inercia un determinado valor procedimental”. (Traducción propia).

“[...] l’ordinamento collega all’inerzia un determinato valore provvedimentoale”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 500.

¹²⁴³ “[...] silenzio significativo (silenzio-assenso, silenzio-diniego), in cui l’ommissione è legalmente equiparata ad un provvedimento, sia del silenzio-rigetto conseguente al decorso dei novanta giorni per la decisione del ricorso gerarchico”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 310.

Al hacer referencia a la naturaleza del silencio significativo resulta muy pertinente traer a colación la ilustradora aclaración de Elio Casetta quien afirma que: “Aunque no se trata del ejercicio positivo de un poder, su formación da lugar a una situación del todo similar a aquella que se verificaría en caso de una decisión expresa, donde, desaparece el acto administrativo, pero no se esfuma la subsistencia de los efectos equivalentes a aquellos de la decisión procedimental”.¹²⁴⁴ (Traducción propia).

En adición, se debe precisar que los efectos asignados a la decisión en los casos en que se produce un silencio significativo, ante la pretensión de los particulares, pueden ser favorable (producción del silencio administrativo positivo) o desfavorable (configuración del silencio administrativo negativo).¹²⁴⁵

2.1.3. El silencio positivo: El silencio positivo o silencio asenso se configura cuando transcurrido el plazo establecido sin que la Administración se haya pronunciado sobre la petición se considera que la solicitud ha sido reconocida.¹²⁴⁶

Entre los dos tipos de silencio administrativo significativo existentes el silencio positivo es más favorable en los procesos a petición de parte, puesto que el particular obtiene los efectos que pretendía con su solicitud inicial¹²⁴⁷ y en la actualidad, es la regla general que se presenta ante la inactividad pública.¹²⁴⁸

¹²⁴⁴ “Il silenzio significativo è di origine legislativa e non giurisprudenziale. Pur non trattandosi di esercizio in positivo di un potere, la sua formazione dà luogo ad una situazione del tutto simile a quella che si verificherebbe in caso di provvedimento espresso, onde pur, se scompare l’atto amministrativo, non sfuma la sussistenza di effetti equipollenti a quelli provvedimenti”.
CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 500.

¹²⁴⁵ “En las hipótesis de silencio-significativo, el ordenamiento liga al transcurso del término la producción de un efecto equivalente a la emanación de un decisión favorable (silencio positivo) o de deniego (silencio-deniego) en consecuencia a la petición de un privado titular de un interés pretensivo”. (Traducción propia).

“Nell’ipotesi di silenzio-significativo, l’ordinamento collega al decorso del termine la produzione di un effetto equipollente all’emanazione di un provvedimento favorevole (silenzio-assenso) o di diniego (silenzio-diniego) a seguito di istanza del privato titolare di un interesse pretensivo”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 500.

¹²⁴⁶ “Se trata del silencio-asenso, que consiste en una calificación jurídica formal del silencio, en el sentido que, transcurrido el término de decidir sin que la A.P. se haya pronunciado, la petición realizada por el privado se considera acogida”. (Traducción propia).

“Si tratta del silenzio-assenso, che consiste in una qualificazione giuridica formale del silenzio, nel senso che, decorso il termine di provvedere senza che la P.A. si sia pronunciata, l’istanza presentata dal privato si considera accolta”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 335.

¹²⁴⁷ “Para los procedimientos a petición de parte, la solución más satisfactoria para el recurrente es aquella de ligar el transcurso del término la producción de los efectos de la decisión solicitada: es el silencio-assenso”. (Traducción propia).

Sobre este tema se profundizará en páginas posteriores, por lo que para lograr una mayor cercanía al tema, es conveniente remitirse a ellas.

2.1.4. Silencio negativo: El silencio administrativo negativo o deniego surgió como solución a la inercia de las Administraciones públicas con el objetivo de que se formara un acto tácito que pusiera fin a la vía gubernativa¹²⁴⁹ y que permitiera al particular recurrir ante el Juez Administrativo.¹²⁵⁰

El silencio negativo o incumplimiento es un mero hecho al que el derecho le reconoce ciertas implicaciones en el mundo jurídico, el cual se encuentra contenido en la actualidad en la lectura conjunta de los art. 2 y 20 de la Ley 241 de 1990.¹²⁵¹ El contenido del silencio negativo se tratará con detenimiento en párrafos posteriores, a los cuales se debe dirigir el lector.

“Per i procedimenti a istanza di parte, la soluzione più soddisfacente per il richiedente è quella di ricollegare al decorso del termine la produzione degli effetti del provvedimento richiesto: e il *silenzio-assenso*.”

CASSESE, Sabino. Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 312.

¹²⁴⁸ “Se releva inmediatamente que, al menos sobre el papel, la regla que se aplica salvo disposición en contrario cuando la Administración permanece inerte, es aquella del silencio-assenso, que es una de las tipologías de silencio significativo”. (Traducción propia).

“Va immediatamente rilevato che, almeno sulla carta, la regola da applicare salvo disposizione contraria quando l’amministrazione rimane inerte, è quella del silenzio-assenso, che è una delle tipologie del silenzio significativo”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 499.

¹²⁴⁹ “La expresión <<silencio negativo>> recuerda el origen de la institución, cuando la jurisprudencia interpretava la inercia como un acto negativo tácito, con el fin de configurar un acto impugnabile [...]”. (Traducción propia).

“L’espressione <<silenzio rifiuto>> richiama le origine dell’istituto, quando la giurisprudenza interpretava l’inerzia come atto negativo tacito, al fine di configurare un atto impugnabile davanti al giudice amministrativo”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 321.

¹²⁵⁰ “También en ausencia de normas explícitas, el silencio de la Administración frente a una solicitud del privado constituye un incumplimiento (se habla de *silencio incumplimiento*), contra el cual el interesado puede recurrir ante el juez administrativo a partir del vencimiento del término del procedimiento”. (Traducción propia).

“Anche in assenza di norme esplicite, il silenzio dell’amministrazione a fronte di una domanda del privato costituisce inadempimento (si parla appunto, di *silenzio-inadempimento*), contro il quale l’interessato può ricorrere al giudice amministrativo a partire de la scadenza del termine del procedimento”.

CASSESE, Sabino. Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 313.

¹²⁵¹ “El silencio incumplimiento (o silencio negativo) es un mero hecho. Su campo de aplicación se obtiene de la lectura del art. 2 en combinación con lo dispues en el art. 20”. (Traducción propia).

“Il silenzio-inadempimento (o silenzio-rifiuto) è un mero fatto. Il suo campo di applicazione si ricava dalla lettura dell’art. 2 in combinato disposto con l’art. 20”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 505.

2.1.5. *Otros tipos de silencio*: Al lado de los casos de silencio significativo analizados, en el derecho administrativo italiano existen otras dos clases de silencio administrativo que son: El silencio desconocimiento (*silenzio-rigetto*) y el silencio devolutivo (*silenzio- devolutivo*).

2.1.5.1. Silencio desconocimiento: En los textos italianos se hace referencia a otra clase de silencio, el silencio desconocimiento o rechazo (*silenzio-rigetto*), que se genera cuando la Administración pública no se pronuncia sobre el recurso a un acto no definitivo interpuesto por el particular durante el trámite del procedimiento administrativo.¹²⁵² Este silencio está regulado en el D.p.r. 1199/1971 el cual precisa que el recurso se entiende rechazado trascurridos 90 días desde su presentación.¹²⁵³

Su importancia está claramente destacada por Roberto Chieppa y Roberto Giovagnoli para quienes, “[e]l silencio desconocimiento constituye un instrumento para la efectividad de la tutela del ciudadano en frente a la Administración Pública: al permitir al ciudadano que ha propuesto un recurso administrativo recurrir en sede jurisdiccional, también en los casos en que la Administración no haya proveído sobre el recurso administrativo”.¹²⁵⁴ (Traducción propia).

2.1.5.2. Silencio devolutivo: Este silencio contenido dentro de los artículos 16 y 17 de la Ley 241 de 1990 se presenta dentro de los procedimientos en que la Administración está obligada

¹²⁵² “El silencio-rechazo se vincula, en cambio, al comportamiento negligente desplegado por el órgano investido no de una simple petición, sino de un recurso administrativo jerárquico”. (Traducción propia).

“Il silenzio-rigetto si ricollega, invece, al comportamento neghittoso tenuto dell’organo investito non di una semplice istanza, ma di un ricorso amministrativo gerarchico”.

ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. pp. 40-41.

¹²⁵³ “El silencio-rechazo se forma en los casos en los que la Administración, a la cual ha estado dirigido un recurso administrativo, se mantenga inerte. Hoy la su regulación esta establecida en el d.p.r. 1199/1971, el cual dispone que el recurso se entiende rechazado transcurridos noventa días desde la presentación del recurso jerárquico”. (Traducción propia).

“Il silenzio-rigetto si forma nei casi in cui l’amministrazione, alla quale sia stato indirizzato un ricorso amministrativo, rimanga inerte. Oggi la disciplina è stabilita dal d.p.r. 1199/1971, il quale dispone che il ricorso si ritiene respinto trascorsi novanta giorni dalla presentazione del ricorso gerarchico”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo*. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 507.

¹²⁵⁴ “Con l’espressione <<silenzio-rigetto>> si fa riferimento alla mancata pronuncia sul ricorso gerarchico avverso atti non definitivi. Il silenzio-rigetto costituisce uno strumento per la effettività della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione: consente, infatti, al cittadino che abbia proposto un ricorso amministrativo, di ricorrere in sede giurisdizionale anche se l’amministrazione adita non abbia provveduto sul ricorso amministrativo”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 342.

a solicitar un parecer o una valoración a otra entidad para lograr la correcta adopción de una decisión y la otra entidad no lo hace.¹²⁵⁵

De esta manera, pese a la omisión de la entidad, será necesario completar el procedimiento y como lo precisa Federico del Giudice: “En tales casos, el responsable del procedimiento debe solicitar nuevamente estas evaluaciones técnicas a otros órganos de la Administración pública o a entes públicos dotados de cualificación y capacidad técnica equivalente o a instituciones universitarias”.¹²⁵⁶ (Traducción propia).

2.2. El silencio asenso o positivo.

El silencio asenso o positivo se configura en los casos en que se otorga un significado favorable a la petición de los particulares; es decir, se considera estimada su solicitud con lo que el privado puede empezar a materializarla. En estos casos, se entiende hecha una valoración preliminar abstracta de la compatibilidad de la actividad privada solicitada con el interés

¹²⁵⁵ “Una tipología de silencio es aquella regulada en los artículos 16 y 17, L. 241/1990: la cual precisa que el trascurso del término concierne al sujeto público precedente a completar el procedimiento aún en ausencia de un parecer obligatorio (art. 16), o de dirigirse ante otra Administración con la finalidad de obtener una valoración técnica no realizada por la Administración a la cual ha sido inicialmente solicitada”. (Traducción propia).

“Una tipologia differente di silenzio è quella disciplinata agli art. 16 e 17, l. 241/1990: l’inutile decorso del termine consente al soggetto pubblico precedente di completare il procedimento pur in assenza di un parere obbligatorio (art. 16), ovvero di rivolgersi ad un’altra amministrazione al fine di ottenere una valutazione tecnica non resa dall’amministrazione alla quale è stata inizialmente richiesta”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 507.

¹²⁵⁶ “La figura del silenzio devolutivo (art. 17) che comporta la possibilità di richiedere ad altri organi valutazione tecniche di necessaria acquisizione ai fini dell’adozione del provvedimento finale, che quelli precedentemente aditi non abbiano effettuato. In tali casi, il responsabile del procedimento deve richiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell’amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari. Tale principio non si applica in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini;”.

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 188.

público¹²⁵⁷, ligándose así la inercia a los intereses previstos en la ley y deseados por el particular.¹²⁵⁸

El silencio asenso es el remedio preventivo¹²⁵⁹ ante la inercia administrativa que más beneficia los intereses del peticionario; puesto que, como lo explica Elio Casetta, “[...] se trata de un resultado directamente favorable sobre el plano sustancial, mientras que en los otros casos de silencio la ventaja es únicamente aquella de poder acudir ante el juez administrativo”¹²⁶⁰. (Traducción propia). O como lo precisa Giandomenico Falcon: “Tales hipótesis privilegian los intereses del recurrente, que se mantienen en definitiva satisfechos (aunque cada peticionario preferiría un consenso expreso), con un posible detrimento del interés público, a la tutela del cual el procedimiento y su decisión final están encaminados”.¹²⁶¹ (Traducción propia).

¹²⁵⁷ “El presupuesto del silencio-positivo es aquel según el cual la ley efectúa una valoración preliminar abstracta de la compatibilidad de la actividad privada (como está prefigurada en la petición) con el interés público”. (Traducción propia).

“Il presupposto del silenzio-assenso è quello secondo cui la legge effettua una preliminare valutazione astratta della compatibilità dell’attività privata (come prefigurata nella istanza) con l’interesse pubblico”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 501.

¹²⁵⁸ “En este caso, de hecho, a diferencia de aquello que acontece en el silencio-negativo, el ordenamiento liga a la inercia ocurrida a esos intereses previstos en abstracto por la ley y concretamente deseados por el privado con la presentación de la petición”. (Traducción propia).

“In questo caso, infatti, a differenza di quel che accade nel silenzio-rifiuto, l’ordinamento ricollega all’inerzia il venire in essere di quell’assetto di interessi previsto in astratto dalla legge e concretamente voluto dal privato con la presentazione dell’istanza”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 335.

¹²⁵⁹ “Al lado del silencio-negativo, que es un remedio de tipo sucesivo, dirigido a remover los efectos negativos de la inercia, el ordenamiento conoce un remedio preventivo que consiste en la eliminación de la misma posibilidad que el retardo en la conclusión del procedimiento produzca efectos negativos en cabeza del sujeto interesado en la emanación del acto”. (Traducción propia).

“Accanto al silenzio-rifiuto, che è un rimedio di tipo successivo, diretto a rimuovere gli effetti negativi dell’inerzia, l’ordinamento conosce un rimedio preventivo che consiste nella eliminazione della stessa possibilità che il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all’emanazione dell’atto”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 335.

¹²⁶⁰ “[...] si tratta di un risultato direttamente favorevole sul piano sostanziale, mentre negli altri casi di silenzio il vantaggio è unicamente quello di potere adire il giudice amministrativo”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 500.

¹²⁶¹ “Tale ipotesi privilegia l’interesse dei richidenti, che rimane in definitiva soddisfatto (pur se ogni richidente preferirebbe un consenso espresso), potenziale scapito dell’interesse pubblico, alla tutela del quale il procedimento ed il provvedimento conclusivo sono finalizzati”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 132.

Con la introducción de la Ley 80 de 2005¹²⁶², concretamente el artículo 20¹²⁶³, la operatividad del silencio asenso ha sido convertida en la regla general en las hipótesis en las que se ha superado el término de conclusión procedimental por la pasividad de las Administraciones Públicas.¹²⁶⁴ En concreto la figura del silencio positivo se aplica a “[...] los procedimientos a

¹²⁶² “A diferencia de lo que ocurría en el pasado, a partir de la emanación de la Ley n. 15 del 2005, se concede al silencio positivo un campo de operatividad de una extensión mucho más amplia”. (Traducción propia).

“A differenza di quanto avveniva in passato, a decorrere dall’emanazione della legge n. 15 del 2005, risulta accordato al silenzio-assenso un campo di operatività di assai più ampia estensione”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 89.

¹²⁶³ “Artículo 20. Silencio positivo.

1. Hecha la salvedad sobre la aplicación del artículo 19, en los procedimientos a petición de parte para la expedición de la decisión administrativa el silencio de la Administración competente equivale a la decisión de acogimiento de la petición, sin necesidad de ulteriores peticiones o advertencias, si la misma Administración no comunica al interesado, dentro del término establecido en el artículo 2, numeral 2 o 3, la decisión negativa, o cuando no procede en el sentido del numeral 2.

2. La Administración competente puede convocar, dentro de treinta días de la presentación de la petición de los que trata el numeral 1, una conferencia de servicios en el sentido del título IV, también teniendo en cuenta las situaciones jurídicas subjetivas de los intervinientes.

3. En los casos en que el silencio de la Administración equivale al acogimiento de la solicitud, la Administración competente puede asumir la determinación en vía de autotutela, en el sentido de los artículos 21-quinquies e 21-nonies.

4. Las disposiciones del presente artículo no se aplican a los actos y procedimientos concernientes al patrimonio cultural y paisajístico, el ambiente, la defensa nacional, la seguridad pública y la inmigración, la salud pública, y los casos en que la ley califica el silencio de la Administración como rechazo de la solicitud, también aquellos actos y procedimientos identificados con uno o más decretos del Presidente del Consejo de los Ministros, sobre la propuesta del Ministro para la Función Pública, de acuerdo con los Ministros competentes.

5. Se aplican los artículos 2, numeral 7, y 10-bis”. (Traducción propia).

“Articolo 20. (Silenzio assenso).

1. Fatta salva l’applicazione dell’articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell’amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all’interessato, nel termine di cui all’articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.

2. L’amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell’istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati.

3. Nei casi in cui il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l’amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l’ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l’immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l’adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell’amministrazione come rigetto dell’istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.

5. Si applicano gli articoli 2, comma 7, e 10-bis”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹²⁶⁴ “Se trata de una novedad de grandísimo impacto. El silencio positivo, hasta ahora previsto solamente en casos determinados (por reglamento gubernativo en ejecución del viejo texto del art. 20) está destinado a convertirse en la <<regla>> en caso de inercia de la P.A. superado el término para la conclusión del procedimiento”. (Traducción propia).

“Si tratta di una novità di gradissimo impatto. Il silenzio-assenso, finora previsto soltanto in casi determinati (dal regolamento gubernativo di attuazione del vecchio testo dell’art. 20) è destinato a diventare la <<regola>> in caso di inercia della P.A. protratta oltre il termine per la conclusione del procedimento”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 337.

iniciativa de parte, en los cuales la discrecionalidad de la Administración es ausente o muy limitada y la decisión administrativa tiene esencialmente una función de control en orden a la subsistencia de los presupuestos requeridos por la norma para la producción de un cierto efecto jurídico”.¹²⁶⁵ (Traducción propia).

Conscientes de esto, a la regla general de la configuración del silencio positivo se le han hecho importantes excepciones contenidas en el numeral 4; situaciones en las que, debido a sus características, la Administración debe resolver expresamente la solicitud de los particulares.¹²⁶⁶ A éstas nos referiremos a continuación al analizar la figura del silencio administrativo negativo.

En todo caso como lo señala Giandomenico Falcon: “Se recuerda de hecho que también en los casos en que se haya previsto que valga como positivo la autoridad administrativa tiene el deber de proveer de modo expreso”.¹²⁶⁷ (Traducción propia).

2.3. El silencio negativo o deniego.

El silencio negativo que fue la solución original que se le dio al particular para afrontar la inactividad administrativa¹²⁶⁸, al permitirle recurrir ante el juez administrativo en los casos en que se incumpla con la obligación de resolver; se conserva, en el ordenamiento jurídico italiano y a

¹²⁶⁵ “Si tratta, in sostanza, di procedimenti a iniziativa di parte, nei quali la discrezionalità dell’amministrazione è assente o molto limitata e il provvedimento amministrativo ha essenzialmente una funzione di controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dalle norme per la produzione di un certo effetto giuridico”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo*. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 312.

¹²⁶⁶ “Estas excepciones corresponde al campo según el cual la Administración debe proveer expresamente sobre la petición del privado”. (Traducción propia).

“Queste eccezioni corrispondono all’area in ordine alla quale l’amministrazione dovrebbe provvedere espressamente su istanza del privato”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 501.

¹²⁶⁷ “Si ricordi infatti che anche nei casi in cui è previsto valga come assenso l’autorità amministrativa ha il dovere di provvedere in modo espresso”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 133.

¹²⁶⁸ “Desde la primera aparición en el ordenamiento (inicio del siglo XX apenas transcurso) y por la duración de otro siglo el silencio negativo se ha manifestado como remedio general en contra de la inercia de la Administración (el silencio positivo encontrara, en vez, aplicación, en aquel sistema, sólo en los casos previstos en la ley)”. (Traducción propia).

“Sin dalla prima apparizione nell’ordinamento (inizio del secolo XX da poco decorso) e per la durata di oltre un secolo il silenzio-rifiuto si è manifestato come rimedio generale nei riguardi dell’inercia amministrativa (il silenzio-assenso trovava, invece, applicazione, in quel sistema, solo nei casi previsti dalla legge)”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 91.

pesar de la aparente introducción como regla general del silencio positivo, en la práctica los casos más importantes se continúan resolviendo negativamente.

Este tipo de silencio rechazo es importante para el particular puesto que le permite cesar la situación de incerteza en la que se haya inmerso el solicitante; puesto que, llegado el plazo se entiende la voluntad de la entidad de no acoger la petición y por tanto, permitiéndole iniciar el proceso administrativo.¹²⁶⁹ Pese a esto, no es tan favorable como el silencio asenso o positivo, donde el interesado obtiene inmediatamente lo que buscaba en su pretensión inicial.¹²⁷⁰

Para encontrar los casos de silencio administrativo negativo es necesario combinar los contenidos del artículo 20 en su numeral 4¹²⁷¹ y el artículo 2 numeral 8¹²⁷² de la Ley 241 de 1990.

¹²⁶⁹ “En este último caso la decadencia del término hace venir a menos ex lege la situación de incerteza. Formándose el silencio (deniego o rechazo), la Administración, sea en modo tácito y por ficción jurídica, ha ya decidido manifestando la voluntad de no acoger la petición y de dejar inmodificado el activo de los intereses”. (Traducción propia).

“In quest'ultimo caso la scadenza del termine fa venir meno ex lege la situazione di incertezza. Formatosi il silenzio (diniego o rigetto), l'amministrazione, sia pur in modo tacito e per fictio juris, ha già provveduto manifestando la volontà di non accogliere l'istanza e di lasciare inmodificato l'assetto degli interessi”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 153.

¹²⁷⁰ “Más natural, aunque menos favorable al interesado, es la solución inversa, aquella de inferir del silencio la voluntad de la Administración de no emanar la decisión procedimental (positiva) solicitada, equiparándola a la decisión negativa”. (Traducción propia).

“Più naturale, anche se meno favorevole all'interessato, è la soluzione inversa, quella di desumere dal silenzio la volontà dell'amministrazione di non emanare il provvedimento (positivo) richiesto, equiparandolo al provvedimento negativo. Il silenzio-rifiuto, infatti è la soluzione più frequente”.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo 1. Istituzioni di diritto amministrativo*. Terza edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 312.

¹²⁷¹ “Artículo 20. (Silencio positivo).

4. Las disposiciones del presente artículo no se aplican a los actos y procedimientos concernientes al patrimonio cultural y paisajístico, el ambiente, la defensa nacional, la seguridad pública y la inmigración, la salud pública, y los casos en que la ley califica el silencio de la Administración como rechazo de la solicitud, también aquellos actos y procedimientos identificados con uno o más decretos del Presidente del Consejo de los Ministros, sobre la propuesta del Ministro para la Función Pública, de acuerdo con los Ministros competentes”. (Traducción propia).

“Articolo 20. (Silenzio assenso).

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹²⁷² “Artículo 2. (Conclusión del procedimiento).

8. Salvo los casos de silencio asenso, transcurrido los términos para la conclusión del procedimiento, el recurso contra el silencio de la administración, contenido en el artículo 21-bis de la Ley 6 de diciembre de 1971, no. 1034, puede ser propuesto también sin necesidad de una advertencia a la Administración incumplidora, hasta que continúe el incumplimiento y en ningún caso mayor a un año del vencimiento de los términos establecidos en el numeral 2 o 3 del presente artículo. [...]. (Traducción propia).

De lo anterior, se puede inferir como lo observa Elio Casseta que la aplicación del silencio administrativo negativo:

“[...] concierne a las hipótesis en las que la Administración, sobre la cual recae el deber jurídico de actuar emanando un acto administrativo a continuación de la petición, omite de proveer conclusivamente en los <<procedimientos concernientes al patrimonio cultural y paisajístico, los ambientales, los de defensa nacional, la seguridad pública e inmigración, la salud y la seguridad, en los casos en que la normatividad comunitaria impone la adopción de procedimientos administrativos formales, también en relación a los procedimientos afines con uno o más decretos del Presidente del Consejo de Ministros, sobre la propuesta del ministro para la función pública, de acuerdo con los ministros competentes”.¹²⁷³ (Traducción propia).

Antes de continuar, es pertinente citar las palabras del profesor Giandomenico Falcon en cuanto a la pérdida de significado de la calificación del silencio administrativo como negativo, resultado del establecimiento de la acción en contra del silencio al considerar que:

“Se nota en cambio que la sola utilidad de una calificación negativa –que obviamente no satisfaga de hecho los intereses de una decisión positiva, consiste en el hecho de que ésta abre una vía cierta de *impugnación* de la (pseudo) decisión negativa. Estas calificaciones constituyen una ventaja cuando no existía una acción contra el silencio fácilmente ejercitable, mas ahora, después de la introducción de tal acción, parece haber perdido significado”.¹²⁷⁴ (Traducción propia).

“Articolo 2. (Conclusione del procedimento).

8. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. [...]

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹²⁷³ “[...] concerne le ipotesi in cui l'amministrazione, sulla quale grava il dovere giuridico di agire emanando un atto amministrativo a seguito di istanza, ometta di provvedere a conclusione di <<procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità>>, nei casi in cui la normatività comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, nonché in relazione ai procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro per la funzione pubblica, di concerto con i ministri competenti”.

CASSETTA, Elio. *Manuali di Diritto amministrativo*. Undicesima edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009. p. 506.

¹²⁷⁴ “Si noti però che la sola utilità di una qualificazione *negativa* del silenzio –che ovviamente non soddisfa affatto gli interessi ad una decisione positiva- consiste nel fatto che essa apre una via certa *impugnazione* della (pseudo) decisione negativa. Queste qualificazione costituiva un vantaggio quando non esisteva una azione avverso il silenzio facilmente esercitabile, ma ora, dopo l'introduzione di tale azione, sembra aver perduto significato”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 132.

2.4. El recurso contra el silencio administrativo.

El recurso contra el silencio administrativo es un remedio que se le da a los particulares para poder defenderse frente a la inercia de la Administración.¹²⁷⁵ Como lo explica Maria Vipiana: “Para quien examina el texto de la l.n. 241, la consecuencia de la omisión de la conclusión del procedimiento que se encuentra en primer lugar es el recurso jurisdiccional contra el silencio: por consiguiente una consecuencia de orden procesal, que en realidad debería ser posterior y secundaria respecto a consecuencias de orden sustancial”.¹²⁷⁶ (Traducción propia).

Se debe hacer una especial referencia al Decreto Legislativo 2 de julio de 2010 n. 104, que reordena el Proceso Administrativo y vendrá a ser el nuevo Código de Proceso Administrativo italiano; el cual, toca el tema del Silencio Administrativo en los artículos 31 y 117, por lo que es conveniente hacer referencia a éstos.

En este orden de ideas, corresponde hacer una breve referencia a los tres primeros numerales del artículo 31 el cual en su tenor literal preceptúa:

“Art. 31. Acción contra el silencio y la declaratoria de nulidad”.

1. Transcurridos los términos para la conclusión del procedimiento administrativo, que el interesado puede solicitar el cumplimiento de la obligación de resolver a la Administración. 2. La acción puede ser propuesta hasta que perdure el incumplimiento y, en todo caso, no más de una año del vencimiento del término de conclusión del procedimiento. Está sujeta a la reproponabilidad de la acción de la petición de inicio del procedimiento cuando concurren los presupuestos. 3. El juez puede pronunciarse sobre los fundamentos de la pretensión aducida en el juicio sólo cuando se trata de actividad vinculada o cuando resulta que no quedan márgenes adicionales en el ejercicio de la discrecionalidad y no son necesarias el cumplimiento de instrucciones que deban ser cumplidas por la Administración. [...]”.¹²⁷⁷ (Traducción propia).

¹²⁷⁵ “Transcurrido inútilmente el término para la conclusión del procedimiento administrativo el ciudadano podrá recurrir ante el juez administrativo, en sede de jurisdicción exclusiva, a través del instrumento jurisdiccional previsto en el art. 21-bis, de la ley TAR”. (Traducción propia).

“Trascorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento amministrativo il cittadino potrà ricorrere al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, attraverso lo strumento giurisdizionale previsto dall’art. 21-bis, legge TAR”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione proceduralizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 69.

¹²⁷⁶ “Per chi prende in esame il testo della l. n. 241, la conseguenza dell’omessa conclusione del procedimento che se trova per prima è il ricorso giurisdizionale avverso il silenzio: quindi una conseguenza di ordine processuale, che per il vero, dovrebbe essere ulteriore e secondaria rispetto a conseguenze di ordine sostanziale”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 85.

¹²⁷⁷ “Art. 31 Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità.

1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l’accertamento dell’obbligo dell’amministrazione di provvedere. 2. L’azione può essere proposta fintanto che perdura l’inadempimento

En cuanto a estos tres numerales resulta conveniente hacer las siguientes precisiones, a cada uno de ellos:

El numeral uno preceptúa que éste recurso se puede interponer en los casos en que trascurren los términos para la conclusión del procedimiento; pero adicionalmente, se debe cumplir la condición de que no se configure un silencio administrativo positivo.

El numeral segundo fijó un término de un año para proponer la acción contra el silencio administrativo. “El término anual sirve para evitar que la situación incierta se prolongue *sine die*: sin embargo, incluso después del transcurso del año, el privado podrá solicitar la activación de un nuevo procedimiento administrativo y, si la Administración no adoptará tempestivamente el provvedimento, contra el silencio incumplimiento será proponible otro recurso ante juez administrativo dentro del año siguiente”.¹²⁷⁸ (Traducción propia).

Por su parte, el numeral tres soluciona uno de los grandes debates de la doctrina puesto que como lo explica Andrea Provvidenza: “Por otro lado parece definitivamente aclarado que el juez pueda llegar a un pronunciamiento, también, sobre la fundamentación de la pretensión sustancial solicitada por el privado”.¹²⁷⁹ (Traducción propia).

Hechas las anteriores salvedades, es pertinente realizar otras observaciones en cuanto al artículo 117, particularmente en cuanto a sus dos primeros numerales los cuales están fuertemente relacionados con el artículo 31 y que literalmente establece:

e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. 3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. [...]”.

<http://gazzette.comune.jesi.an.it/2010/156/5.htm>

¹²⁷⁸ “Il termine annuale serve ad evitare che la situazione incerta si protragga *sine die*: tuttavia, pur dopo il decorso dell'anno, il privato potrà chiedere l'attivazione di un nuovo procedimento amministrativo e, se l'amministrazione non adotterà tempestivamente il provvedimento, contro l'ulteriore silenzio inadempimento sarà proponibile un altro ricorso al giudice amministrativo entro il successivo anno”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 79.

¹²⁷⁹ “Per altro verso pare definitivamente acclarato che il giudice possa giungere ad una pronuncia anche sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta dal privato”.

PROVVIDENZA Andrea. “Il silenzio”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 357.

“Art. 117. El recurso contra el silencio.

1. El recurso contra el silencio se propone, también sin previo requerimiento, con acto notificado a la Administración y al menos al contrainteresado en términos del artículo 31, numeral 2.
2. El recurso será decidido por sentencia de forma simplificada y en caso de total o parcial acogimiento el juez ordena a la Administración de proveer dentro de un término no superior, por norma, a treinta días [...].¹²⁸⁰ (Traducción propia).

El primer numeral dice que el recurso se puede proponer sin requerimiento (diffida) el cual es un gran avance en la materia; por su parte, en cuanto al segundo numeral, se debe destacar que: “En caso de acogimiento total o parcial, el juez ordenará a la Administración reticente a proveer en el término asignado; éste último—según lo previsto en el numeral 2 del artículo que se está comentando será <<por norma>> igual a treinta días, lo que significa que el Colegio podrá indicar uno diferente en razón a la peculiaridad del caso”.¹²⁸¹ (Traducción propia).

Por último, pero de gran importancia es pertinente recordar que las acciones contra el silencio y la de resarcimiento del daño se pueden solicitar conjuntamente según el numeral 4 del artículo 30 del Código de Proceso Administrativo. O como, lo explica Gianluca Festa: “Entonces, en caso de irrespeto del término previsto para un procedimiento, el dañado podrá proponer conjuntamente a la acción contra el silencio, aquella para el resarcimiento del daño en un único proceso”.¹²⁸² (Traducción propia).

¹²⁸⁰ “Art. 117. Ricorsi avverso il silenzio.

1. Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all’amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all’articolo 31, comma 2.

2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all’amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni”.

<http://gazzette.comune.jesi.an.it/2010/156/5.htm>

¹²⁸¹ “In caso di accoglimento, totale o parziale, il giudice adito ordinerà all’amministrazione renitente di provvedere nel termine assegnato; quest’ultimo —secondo quanto previsto dal comma 2 dell’articolo in commento sarà <<di norma>> pari a trenta giorni, il che significa che il Collegio potrà indicarne uno differente in ragione delle peculiarità del caso”.

PROVIDENZA Andrea. “Il silenzio”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 357.

¹²⁸² “Quindi, in caso di mancato rispetto del termine previsto per un procedimento, il danneggiato potrà proporre congiuntamente all’azione avverso il silenzio, quella per il risarcimento del danno in un unico processo”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 88.

PARTE II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ITALIANAS POR EL RETARDO EN LA EXPEDICIÓN DE LA DECISIÓN PROCEDIMENTAL.

INTRODUCCIÓN.

Por regla general a la Administración le corresponde la “[...] determinación del momento más oportuno para la emanación de la decisión del procedimiento administrativo, salvo que la ley prevea expresamente un término de decadencia para el ejercicio del poder mismo”.¹²⁸³ (Traducción propia). De lo anterior, se desprende que en los casos en que el plazo esté determinado y sea incumplido, se generará alguna consecuencia para la entidad que ha permitido el vencimiento del término.

Adicionalmente, en los artículos del Código Civil que regulan el tema de las obligaciones entre los particulares se encuentra establecido que: “El retardo en el cumplimiento de las obligaciones expone al deudor a la responsabilidad por los daños derivados del retardo”.¹²⁸⁴ (Traducción propia). Por esto, se podría enmarcar en una posible hipótesis de las incluidas en el artículo 2043 que regula la responsabilidad extracontractual de las personas privadas.

Además, las normas italianas (y europeas) reconocen a los particulares una serie de derechos dentro de los procedimientos administrativos, de los cuales se debe destacar la prerrogativa de tener una respuesta dentro de un término¹²⁸⁵; sin embargo, se debe tener siempre

¹²⁸³ “[...] determinazione del momento più opportuno per l’emanazione del provvedimento amministrativo, salvo che la legge preveda espressamente un termine di decadenza per l’esercizio del potere stesso”.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione per omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 163.

¹²⁸⁴ “Il ritardo nell’adempimento dell’obbligazione espone il debitore alla responsabilità per i danni derivanti dal ritardo”. CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 285.

¹²⁸⁵ “El legislador acertadamente ha acogido los múltiples orientamientos jurisprudenciales, que extendidos en el tiempo, han constantemente afirmando un elevado nivel de garantías hacia el ciudadano, el cual debe poder confiar en la certeza, la calidad y la tempestividad de la acción administrativa”. (Traducción propia).

“Il legislatore ha ben inteso recepire i molteplici orientamenti giurisprudenziali, che stratificati nel tempo, hanno costantemente affermato un elevato livello di garanzia del cittadino che deve poter confidare nella certezza della qualità e tempestività dell’azione amministrativa”.

presente que el derecho al término tiene unas características que los diferencia de los otros derecho procedimentales”.¹²⁸⁶ (Traducción propia).

Basados en las consideraciones antedichas, los administrativistas italianos han desarrollado un concepto de responsabilidad pública en los casos en que se presente una decisión procedimental con retardo, introduciendo algunas modificaciones; puesto que, como lo precisa Carlo Saltelli “[...] debe observarse que el fundamento de tal responsabilidad no puede ser reconducido *sic et simpliciter* al paradigma del artículo 2043 c.c., debiendo incluir también el artículo 97 de la Constitución en particular el principio de buen funcionamiento”.¹²⁸⁷ (Traducción propia).

Es así como, se ha fortalecido la tesis según la cual algunos retardos que se presentan en los procedimientos administrativos pueden causar graves perjuicios a las personas, cuando las entidades del Estado no cumplen con los términos establecidos para producir su acto administrativo o decisión final. Si este retardo es injustificado o irrazonable se debe proceder a reparar el daño causado al interesado por medio de una indemnización.

Para abordar metódicamente el tema de la responsabilidad por el retardo en la decisión procedimental por parte del Estado y sus demás entes, este capítulo será dividido dos grandes partes que son: 3. El daño de retardo como consecuencia del desconocimiento de la obligación de resolver y 4. Principales lineamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas por el daño de retardo en Italia.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 66.

¹²⁸⁶ “Aunque incluido en la categoría de los derechos procedimentales, el derecho al término presenta características que lo diferencian de los otros derechos, y que justifican conclusiones en parte diversa respecto a las condiciones para su autónoma resarcibilidad”. (Traducción propia).

“Benche incluso nella categoria dei diritti procedimentali, il diritto al termine presenta caratteri che lo differenziano dagli altri diritti, e che giustificano conclusioni in parte diverse riguardo alle condizioni per la sua autonoma risarcibilità”. TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 47.

¹²⁸⁷ “[...] deve osservarsi che il fondamento di tale responsabilità non può essere ricollegato *sic et simpliciter* al paradigma dell'articolo 2043 c.c., dovendo aversi riguardo anche all'articolo 97 della Costituzione e in particolare al principio di buon andamento”.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell'amministrazione por omissione o ritardo nell'esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 178.

3. EL DAÑO DE RETARDO COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER EN UN TÉRMINO DETERMINADO.

Introducción.

El reconocimiento del daño de retardo es una de las innovaciones introducidas en el artículo 2 bis de la Ley 69 de 2009, titulado consecuencias del retardo por la conclusión del procedimiento.¹²⁸⁸ Este artículo es un gran avance puesto que le atribuye al incumplimiento de la obligación de resolver una verdadera consecuencia jurídica consistente en el deber jurídico de indemnizar al particular al cual se le ha privado de su decisión dentro del término legalmente establecido sin una justa causa.

Antes de entrar a desarrollar esta parte del escrito, como se desprende de las ideas de Gianclaudio Festa se debe tener en cuenta que el nuevo marco normativo parte de las siguientes premisas para el resarcimiento del daño de retardo; la primera, es que es necesaria la presencia de una expectativa sobre un bien de la vida para que se produzca la lesión¹²⁸⁹ y la segunda, que la carga probatoria para el particular consiste en demostrar la relación causal del daño de retardo o de la omisión sufrida por el comportamiento de la Administración.¹²⁹⁰

¹²⁸⁸ “En realidad, el título no está formulado en modo preciso, porque el artículo nuevo se ocupa no de todas las consecuencias del retardo, sino de una solamente, el resarcimiento del daño de retardo”. (Traducción propia).

“In realtà, la rubrica non pare formulata in modo preciso, perché tale nuovo articolo si occupa non di tutte le conseguenze del ritardo, ma di una soltanto, il risarcimento del danno da ritardo”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 76.

¹²⁸⁹ “También después de las novedades legislativas incluidas en la ley 19 de junio de 2009, n. 69, del cual el art. 7, numeral 1, lite. c), ha introducido el art. 2-bis ley 7 de agosto de 1990, n. 241, no puede prescindirse de la expectativa sobre el bien de la vida para poder reconocer la tutela resarcitoria del daño de retardo por la acción administrativa”. (Traducción propia).

“Anche dopo la novella legislativa di cui alla legge 19 giugno 2009, n. 69, il cui art. 7, comma 1, lett. c), ha introdotto l’art. 2-bis legge 7 agosto 1990, n. 241, non può prescindersi dalla spettanza del bene vita per poter riconoscere una tutela risarcitoria al danno da ritardo dell’azione amministrativa”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 80.

¹²⁹⁰ “Tal cuestión prescribe que la inobservancia del término procedimental, sea como retardo o como falta de adopción del provvedimento, comporta solamente la carga para el ciudadano de probar la relación causal del daño de retardo o de la omisión sufrida por la falta de la emanación del provvedimento final”. (Traducción propia).

“Tale assunto prescribe che l’inosservanza del termine procedimentale, sia come ritardo che come mancata adozione del provvedimento, comporta solamente l’onere per il cittadino di provare il rapporto causale del danno dal ritardo o dell’omissione subito per la mancata emanazione del provvedimento finale”.

Una vez presentadas las anteriores salvedades, es adecuado para poder aproximarse al régimen de responsabilidad formal por daño de retardo de las Administraciones Públicas italianas incorporado en el ordenamiento jurídico italiano actual, concentrarse inicialmente en el estudio de varios puntos clave o temas básicos que son: 3.1. La noción del daño de retardo; 3.2. Marco normativo del daño de retardo; 3.3. El daño de retardo como lesión a intereses jurídicos pretensivos y las tesis de la configuración del daño; 3.4. Los supuestos de responsabilidad por retardo; 3.5. El nuevo régimen del daño de retardo contenido en La Ley 241 de 1990 y 3.6. Elementos para que se configure la responsabilidad por retardo en el derecho italiano.

3.1. Noción de daño de retardo.

Lo primero, como es natural, consiste en aproximarse a la definición de daño de retardo que está siendo utilizada en el ordenamiento jurídico italiano y para esto, parece preciso transcribir las acertadas palabras de Francesca Trimachi para quien: “El daño de retardo se asocia al tiempo transcurrido entre el vencimiento del término y la emanación de la decisión favorable, y corresponde al perjuicio consistente en el retardo con el cual se ha conseguido la última solicitud”.¹²⁹¹ (Traducción propia).

Es pertinente, siguiendo a Alessio Liberati, reconocer que el daño de retardo solamente se configurará en los casos en que al particular se le estén desconociendo intereses pretensivos; puesto que, si se trata de intereses opositivos serán unas hipótesis de daño de disturbo¹²⁹² o daño

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 76.

¹²⁹¹ “Il danno di ritardo si associa al tempo trascorso tra la scadenza del termine e l’emanazione del provvedimento favorevole, e corrisponde al pregiudizio conseguente al ritardo con il quale è stata conseguita l’utilità richiesta”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹²⁹² “El daño de disturbo ha seguido, en orden de tiempo, al daño de retardo. Esto lo hace presentar connotaciones diversas del daño de retardo. [...] En particular el daño de disturbo se produce cuando la lesión recae sobre posiciones de interés legítimo opositivos”. (Traducción propia).

“Il danno da disturbo ha seguito, in ordine di tempo, il danno da ritardo. Esso presenta connotazioni diverse dal danno di ritardo. [...] In particolare il danno da disturbo si ha quando la lesione insiste su posizioni di interesse legittimo opositivo”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 503.

intrusivo¹²⁹³. Ejemplos de dicho daño se encuentran en las Sentencias del Consejo de Estado No. 1261 del 24 de febrero de 2004¹²⁹⁴ y en la decisión No. 04237 de 2009.¹²⁹⁵

Así mismo, la definición del daño de retardo no se debe simplificar erróneamente haciéndola coincidir con el momento en que es produce el vencimiento del término; sino, como lo aclara Giandomenico Falcon “[...] requiere de una evaluación concreta del momento en el cual se produzca la concreta posibilidad de decidir y de las razones –eventualmente no imputables a la

¹²⁹³ “El cual viene individualizado en la ilegítima intrusión de la Administración respecto a las posiciones jurídicas consolidadas del privado”. (Traducción propia).

“Esso viene individuato nella illegittima intrusione della amministrazione rispetto a consolidate posizione giuridiche del privato”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 504.

¹²⁹⁴ Un ejemplo, del daño de disturbio está contenido en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 24 de febrero de 2004, donde se reconocen los daños a una empresa constructora que tuvo que suspender sus trabajos de construcción, previamente autorizados, por la declaración de los bienes del apelante como de notable interés público, por medio de un Decreto del Ministerio de Bienes Culturales y Ambientales del 6 de octubre de 1996.

En la cual se precisa que: “Los recurrentes, en substancia, no accionan para obtener la restauración por el retardo ilegítimo con el cual la P.A. habría, en hipótesis, emanado una decisión final procedimental ampliativa de su esfera jurídica; al contrario, en cuando ya titulares de una posición inicial cualificada (representanda por el de a desarrollar – sobre el presupuesto de la autorización, a su favor de realizar la concesión urbanística- trabajos de construcción de ciertos inmuebles), hacen valer la pretensión de ser resarcidos del daño de disturbio, sufrido a causa de la intervención que efectuó el Decreto del Minsiterio de los bienes culturales y ambientales del 6.10.1996 [...]”. (Traducción propia).

“I recorrenti, in sotanza, non agiscono per ottenere il ristoro del ritardo illegittimo con cui la P.A. avrebbe, in ipotesi, emanato un provvedimento ampliativo della loro sfera giuridica; al contrario, in quanto già titolari di un’iniziale posizione qualificata (rappresentata dal diritto a svolgere –sul presupposto del rilascio, in loro favore di regolare concessione edilizia- lavori di costruzione di taluni immobili, fanno valere la pretesa ad essere risarciti del danno da disturbo, subito a causa dell’intervenuta adozione del decreto del Ministero dei beni culturali e ambientali del 6.10.1996 [...]”.

Sentencia del Consejo de Estado italiano. No. 1261 del 24 de febrero de 2004.

www.giustizia-amministrativa.it

¹²⁹⁵ El otro ejemplo, se refiere a la demora en que incurrió la Pública Administración de la Región de la Campania en la expedición de la decisión final de un procedimiento donde una clínica solicitaba la expedición de una acreditación provisoria para poder desempeñar sus actividades.

En esta ocasión el Consejo de Estado afirmó, para que se presente el daño de disturbio o intrusivo es necesario que:

“En cuanto a los presupuestos y a las condiciones necesarias para admitir la resarcibilidad, con referencia al daño de disturbio, el orientamiento prevalente, al cual el Colegio intenta uniformarse, observa que, en el caso de los procedimientos administrativos en que participan intereses de tipo opositivo, la lesión de interés explica ex se la lesión al bien de la vida preexistente a la decisión afectada por vicios de ilegitimidad, entonces la comprobación de la circunstancia de que la P.A. ha actuado antijurídicamente de por si mismo implica la consolidación de un daño injusto en la esfera jurídica del del privado”. (Traducción propia).

“Quanto ai presupposti e alle condizioni necessari per ammeterne la risarcibilità, con riferimento al danno di disturbo, l’orientamento prevalente, cui il Collegio intende uniformarsi, oserve che, nel caso di procedimenti amministrativi coinvolgente interesse di tipo opositivo, la lesione dell’interesse implica ex se la lesione del bene della vita preesistente al provvedimento affetto da vizi di illegittimità, sicchè l’accertamento della circostanza che la P.A. ha agito non iure di per se stesso implica la consolidazione di un danno ingiusto nella sfera giuridica del privato”.

Sentencia del Consejo de Estado italiano. No. 04237 del 19 de mayo de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

Administración- por las cuales tal momento no coincide siempre con aquel abstractamente previsto”.¹²⁹⁶ (Traducción propia).

Partiendo de lo anteriormente expresado, para que se produzca un verdadero daño por la demora, es necesario que el daño sea injusto y que realmente cause una lesión al particular; es decir, si el solo vencimiento del término no ocasiona ningún verdadero menoscabo a los derechos o intereses pretensivos del particular no se configurará el primer requisito, el del daño injusto y por ende, no habría responsabilidad de la Administración.

Así mismo, se debe advertir como lo afirma Gianclaudio Festa que en estos días tan sólo se reconocen los daños cuando el resultado del procedimiento en caso de que se hubiera dictado fuera positivo o como el mismo lo explica: “En el estado actual de la legislación, no es resarcible el daño de retardo, así separado de la demostración judicial del merecimiento de tutela del interés pretensivo que se pretende hacer valer, con la consecuencia que el eventual daño no sea resarcible cuando la Administración haya adoptado, aunque con notable retardo, un provvedimento, que permanece inimpugnado, con contenido negativo para el interesado”.¹²⁹⁷ (Traducción propia).

Finalmente, como lo destaca Francesca Trimarchi: “Si hay daño de retardo, el interesado podrá solicitar que su situación patrimonial sea puesta en la condición en la cual se hubiese encontrado si la decisión procedimental favorable se hubiere dictado dentro del término”.¹²⁹⁸ (Traducción propia).

¹²⁹⁶ “Inoltre il *ritardo* non può farsi coincidire con la meccanica scadenza dei termini assegnati in via generale, ma richiede una valutazione concreta del momento in cui si produca la concreta possibilità di provvedere e delle ragioni – eventualmente non imputabili all’amministrazione- per le quali tale momento non coincida con quello astrattamente previsto”.

FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 125.

¹²⁹⁷ “Allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno da ritardo, cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell’interesse pretensivo fatto valere, con la conseguenza che l’eventuale danno non è risarcibile quando l’amministrazione abbia adottato, ancorché con notevole ritardo, un provvedimento, rimasto inoppugnato, dal contenuto negativo per l’interessato”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 66.

¹²⁹⁸ “Se c’è danno da ritardo, l’interessato potrà chiedere che la sua situazione patrimoniale sia messa nella condizione nella quale si sarebbe trovata se il provvedimento favorevole fosse stato rilasciato entro il termine”.

3.2. Marco normativo del daño del retardo.

El reconocimiento del daño de retardo es una consecuencia natural del desarrollo de la responsabilidad formal, lo que ha permitido su desarrollo partiendo de diversos fundamentos jurídicos en Italia. Entre ellos se deben destacar los Principios Constitucionales¹²⁹⁹, los de Derecho Administrativo Italiano¹³⁰⁰ (especialmente los incluidos en la Ley 241 de 1991¹³⁰¹), los de Derecho Administrativo Europeo¹³⁰² y los avances en materia de responsabilidad del Estado por las irracionales duraciones de los procesos.¹³⁰³

Más concretamente, la doctrina y la jurisprudencia italiana, se han valido de dos fuentes jurídicas normativas para el esbozo del daño de retardo que son: Por una parte, la posibilidad de que se genere la responsabilidad por el retardo del deudor, concretamente de las entidades de derecho público, está contenida en el artículo 1218 del C.C.¹³⁰⁴ y por la otra parte, que “[l]a ley de procedimiento administrativo provee un término general (de 90 días) dentro del cual el procedimiento debe ser llevado a conclusión con una decisión (provvedimento) expresa, en las

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹²⁹⁹ Por ejemplo, los principios constitucionales de buen funcionamiento (art. 97) y de responsabilidad (art. 28). <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

¹³⁰⁰ Entre los cuales es pertinente recordar los de: Eficiencia, eficacia, buen funcionamiento y el de adecuación. CASSETA, Elio. *Compendio di diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Nona Edizione. Milano. 2009.

¹³⁰¹ “Art. 1.1. La actividad administrativa persigue los fines determinados en la ley y está regida por los criterios de economía, de eficacia, de imparcialidad, de publicidad y de transparencia [...]”. (Traducción propia).

“Art.1.1. L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza [...]”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹³⁰² Principalmente los de buena Administración y el de tempestividad.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell’analisi giurisprudenziale*. CEDAM. Università degli studi di Trento. Padova. 2009.

¹³⁰³ DE MARZO, Giuseppe e altri. *Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*. CEDAM. Padova. 2008.

¹³⁰⁴ “Art. 1218. Responsabilidad del deudor.

El deudor que no sigue la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, sino prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por la imposibilidad de la prestación derivada de una causa a él imputable”. (Traducción propia).

“Art. 1218 Responsabilità del debitore.

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

hipótesis en las cuales ni la ley, ni los reglamentos o los actos de organización establezcan una duración temporal diversa”.¹³⁰⁵ (Traducción propia).

En adición, se debe hacer referencia a que la responsabilidad por daño de retardo de las Administraciones Públicas italianas ha sido establecida textualmente en la Ley 69 de 2009, modificatoria de la Ley 241 de 1990, concretamente en el artículo 7 en el numeral 9. (Tema que por su gran importancia será tratado en un apartado posterior).

3.3. El daño de retardo como lesión a intereses jurídicos pretensivos y las tesis de la configuración del daño.

Una vez definido el concepto de daño de retardo que se seguirá en éste escrito, corresponde delimitar que su existencia se restringe a las situaciones en que se presenten ataques sobre los intereses pretensivos e introducir las dos posibles teorías para que se configure el daño de retraso.

3.3.1. El daño a los intereses jurídicos pretensivos.

Se debe reiterar que “[...] el daño de retardo se presentará en las lesiones a las que el privado se vea sometido, en el caso que se comprometan sus intereses pretensivos”¹³⁰⁶ (Traducción propia); en los casos que se trate de otros tipos de intereses, como los opositivos, se pasará inmediatamente a evaluar la existencia de otras clases de perjuicios.¹³⁰⁷

¹³⁰⁵ “La legge sul procedimento amministrativo prevede un termine generale (di 90 giorni) entro il quale il procedimento deve essere portato a conclusione con un provvedimento espresso, nell’ipotesi in cui né la legge, né i regolamenti o gli atti di organizzazione stabiliscano una cadenza temporale diversa” (art. 2, legge n. 241/1990)”.
CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 285.

¹³⁰⁶ “[...] il danno da ritardo è individuato nella lesione che il privato subisce nel caso di compromissione dell’interesse pretensivo”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 493.

¹³⁰⁷ “Es diferente, en el caso de los intereses opositivos (oppositivi), en el cual tiene una posición jurídica ya reconocida, pero legítimamente restringida, la jurisprudencia doctrinal ha establecido una figura diversa, denominada daño de disturbio, consistente propiamente en la injusta restricción de una posición jurídica subjetiva ya existente”. (Traducción propia).

Además, en la actualidad se ha definido como sede natural de los daños de retardo la del juez administrativo; por tanto, las mayores dificultades se presentan en relación con la definición de los presupuestos para que se origine la responsabilidad por retardo en la actividad de las Administraciones Públicas italianas.¹³⁰⁸

3.3.2. Teorías de los elementos necesarios para la configuración del daño.

La principal cuestión de la responsabilidad por el daño de retardo, consiste en determinar si la producción del retardo como simple incumplimiento del plazo genera la responsabilidad de los entes públicos o es necesaria la constatación de alguna condición adicional. Estos interrogantes se han transformado en las dos tesis que serán presentadas a continuación.

3.3.2.1. El simple vencimiento del término como derecho procedimental autónomo o daño puro de retardo: Los defensores de esta postura consideran que el vencimiento del término lesiona directamente los derechos que tienen los ciudadanos dentro del procedimiento y de esta manera, el daño se produce inmediatamente en el momento en que se incumple el plazo legalmente determinado.

Esta tesis presupone “[...] la equivalente ordenación (equiordinazione) y la recíproca autonomía entre los intereses sustanciales del bien de la vida y los intereses al respecto del término conclusivo del procedimiento, incluyendo ampliamente, en este lugar, los daños de cada

“Diversamente, nel caso di interesse oppositivo, nel quale cioè il privato vanta una posizione jurídica già riconosciuta, ma legittimamente compressa, la giurisprudenza dottrinale ha individuato una figura diversa, denominata danno da disturbo, consistente proprio nella ingiusta compormissione di una posizione giuridica soggetiva già esistente”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 494.

¹³⁰⁸ “Mientras aparece ahora pacífica la subsistencia de la jurisdicción del juez administrativo para cada hipótesis de daño de retardo, menor certeza tienen los presupuestos de la responsabilidad de la Administración por el retardo en su acción administrativa”. (Traducción propia).

“Mentre appare ormai pacifica la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo per ogni ipotesi di danno di ritardo, minore certezze vi sono sui presupposti della responsabilità dell’amministrazioni per i ritardi nella sua azione amministrativa”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 590.

perjuicio derivantes del retardo en el ejercicio de la función administrativa”.¹³⁰⁹ (Traducción propia).

Este enfoque según el cual existe un derecho procedimental al cumplimiento del plazo, autónomo a la lesión de un bien de la vida, no ha sido avalada por la jurisprudencia¹³¹⁰, la cual exige junto al vencimiento del plazo la atribución a un bien de la vida.

3.3.2.2. El incumplimiento del término como una violación necesaria de un bien de la vida: Esta tesis sostiene, por el contrario, que el daño no se producirá por el sólo trascurso del tiempo, sino que es necesario que se presente la violación de un interés legítimo relacionado con un bien de la vida, para que realmente se produzca la violación de un derecho.

Como lo precisa Guido Corso “[...] la resarcibilidad estará, por ende, circunscrita a los solos casos en los que se demuestre la atribución a un bien de la vida, sin constituir al contrario título de la pretensión al restauo de la sola violación de los intereses procedimentales a la certeza de la relación jurídica de derecho público”.¹³¹¹ (Traducción propia).

Como se verá más adelante, la tesis de la atribución de la demora a una violación a algún bien de la vida es la que actualmente está orientando el pensamiento jurídico italiano.

¹³⁰⁹ “[...] l’equiordinazione e la reciproca autonomia fra l’interesse sostanziale al bene della vita e l’interesse al rispetto del termine conclusivo del procedimento, ricomprende ampiamente in questa posta di danno ogni pregiudizio derivante dal ritardo esercizio della funzione amministrativa”.

CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 286.

¹³¹⁰ “Parte de la jurisprudencia ha aclarado que no es suficiente el mero retardo para configurar la lesión”. (Traducción propia).

“Parte della giurisprudenza ha chiarito che non è sufficiente il mero ritardo per configurare la lesione”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 497.

¹³¹¹ “[...] la risarcibilità viene, perciò, circoscritta ai soli casi in cui si dimostri la spettanza del bene della vita, non costituendo altrimenti titolo della pretesa al ristoro la sola violazione dell’interesse procedimentale alla certezza dei rapporti giuridici di diritto pubblico”.

CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 286.

3.4. Los supuestos de responsabilidad por retardo.

A continuación se presentarán los supuestos que se han desarrollado doctrinariamente sobre el daño de retardo (*danno da ritardo*), advirtiendo que no todos han sido acogidos por la jurisprudencia y de este modo, algunas de las demoras descritas no originaran la responsabilidad de las Administraciones Públicas.

En este orden de ideas, se debe dejar por sentado que existen dos casos en que se producen daños por las demoras en la decisión procedimental, los cuales han sido denominados como daño de retardo y daño de incerteza. Precisamente, “[...] el daño de retardo subsiste si la decisión tardía es favorable; mientras que, la decisión negativa emitida fuera del término podría, en vez, dar lugar a daño de incerteza”.¹³¹² (Traducción propia).

3.4.1. Verdadero daño de retardo por la decisión favorable tardía.

El primer caso que se debe estudiar es cuando “[...] en ausencia de una decisión procedimental ilegítima, el privado invoca la tutela resarcitoria por los daños consiguientes al retardo con los cuales la Administración ha adoptado una decisión procedimental a él favorable; pero, emanada sólo con retardo respecto al término previsto para aquel procedimiento determinado (ej., concesión edificatoria expedida con notable retado)”.¹³¹³ (Traducción propia).

Estas situaciones hacen referencia a los casos en que el procedimiento ha sido legítimo, pero el daño se produce porque se ha afectado a los particulares con la demora. El hecho de recibir una decisión favorable aunque sea tardía es una ventaja para el particular; sin embargo,

¹³¹² “Al contrario, il danno di ritardo sussiste se il provvedimento tardivo è favorevole; il provvedimento negativo emesso oltre il termine potrebbe, invece dar luogo a danno di incertezza. Le due ipotesi di danno sono diverse sia nei presupposti, sia nel rispettivo contenuto”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 51.

¹³¹³ “[...] in assenza di un provvedimento illegittimo, il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento (es., concessione edilizia rilasciata in notevole ritardo)”. CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 577.

esto no hace que se restablezca la situación de equilibrio y concretamente, el patrimonio de la persona que se ha visto afectada por el retardo.

3.4.2. Decisión desfavorable tardía o daño de incerteza.

Hay casos en que se puede recibir daños por el retardo aunque la decisión final sea negativa, pero esto no se deberá a la decisión desfavorable, sino al desconocimiento del plazo de resolver por parte de las Administraciones Públicas italianas, es decir, por el retardo en la producción de la decisión.¹³¹⁴ Por ejemplo, el “[...] deniego de la concesión edilicia, legítimo más adoptado fuera del término previsto, o falta de definición de la petición del privado en ausencia de un valoración atribuible a un bien de la vida)”.¹³¹⁵ (Traducción propia).

Este tipo de lesión ocasionada al particular, doctrinariamente, se ha denominado daño de incerteza, que será “[...] aquel sufrido por haber renunciado a la utilización alternativa de recursos, en el tiempo sucesivo al vencimiento del término”.¹³¹⁶ (Traducción propia).

El perjuicio económico se causará debido a que si el particular hubiese tenido su decisión a tiempo podría desmovilizar los bienes o capitales que mantuvo en espera de la decisión o simplemente hubiese podido invertir en otra actividad; es decir, “[...] los elementos de tomar en

¹³¹⁴ “Donde, en vez, la legítima decisión sobre la atribución conduzca a un éxito negativo, una cuestión de responsabilidad podrá pedirse no en razón de la falta de conseguimento del resultado positivo, sino en el eventual carácter en sí y por sí ilícito de retardo con el cual se es recibida la determinación legítimamente negativa”. (Traducción propia).

“Ove, invece, la legittima decisione sulla spettanza conduca a un esito negativo, una questione di responsabilità potrà porsi non in ragione del mancato conseguimento del risultato positivo, ma nell’eventuale carattere in sé e per sé illecito dal ritardo con il quale si è pervenuti alla determinazione legittimamente negativa”.

FALCON, Giandomenico. “La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 125.

¹³¹⁵ “[...] anche nell’ipotesi in cui il provvedimento amministrativo, legittimo ma adottato con ritardo, sia sfavorevole per il privato, potendo quest’ ultimo aver subito dei danni per non aver ottenuto il tempestivo esame della propria istanza e per non aver quindi appreso, entro i termini previsti, della non accoglibilità della stessa (es., diniego di concessione edilizia, legittimo, ma adottato ben oltre il termine previsto, oppure mancata definizione dell’istanza del privato in assenza di un accertamento della spettanza del bene de la vita)”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. pp. 577-578.

¹³¹⁶ “È danno da incerteza quello subito per aver rinunciato ad impieghi alternativi di risorse, nel tempo successivo alla scadenza del termine”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

consideración son aquellos que constituyen el interés negativo, así la pérdida que se hubiera evitado si el procedimiento se hubiese concluido dentro del término”.¹³¹⁷ “Por esto, el daño de incerteza subsiste cuando la decisión procedimental niega la utilidad pedida”.¹³¹⁸ (Traducción propia).

Desafortunadamente, en la práctica, la jurisprudencia no reconoce los daños ocasionados por las demoras en las decisiones procedimentales con resultado desfavorable (daño de incerteza). Por ejemplo, en los fallos del Consejo de Estado de la Audiencia Plenaria No. 7 del 15 de septiembre de 2005¹³¹⁹ o en la Sentencia No. 4330 del 17 de junio de 2008¹³²⁰.

Esto ha ocasionado algunas fuertes críticas doctrinales y de alguna parte de la jurisprudencia¹³²¹; puesto que, como afirma Roberto Chieppa, con esta tendencia de los jueces, se

¹³¹⁷ “[...] gli elementi da prendere in considerazione sono quelli che costituiscono l’interesse negativo, cioè le perdite che sarebbero state evitate se il procedimento fosse concluso entro il termine”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹³¹⁸ “Per questo, il danno da incertezza sussiste quando il provvedimento nega l’utilità richiesta”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹³¹⁹ “Tal situación no es absolutamente configurable en el caso, puesto que –prescindiendo de cualquier perfil adicional en cuanto a los requisitos para poder considerar realizado el incumplimiento- resulta incontrovertible que las decisiones procedimentales adoptadas con retardo resultarán de carácter negativo para la sociedad y que sus situaciones se han convertido en intangibles por la omisión de proposición de cualquier acto impugnatorio”. (Traducción propia).

“Tale situazione non è assolutamente configurabile nella specie, posto che –a prescindere da qualunque ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l’inadempienza – risulta incontrovertibile che i provvedimenti adottati in ritardo risultano di carattere negativo per la società e che le loro statuizioni sono divenuti intangibili per la omessa proposizione di qualunque impugnativa”.

Consiglio di Stato. Audenza Plenaria. Decisione 15 settembre 2005. N. 7.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/Elencoplenarie.asp>

¹³²⁰ “No es reconocible una pretensión normativamente cualificada, sólo en términos de *chance* directamente derivables de una disposición legislativa, en que en su interior se puedan encontrar justificaciones y nexos axiológicos con la falta de ejercicio del poder planificadorio, decisiones de negocios las que comprometan recursos de ulteriores inversiones, el sacrificio de otras concretas oportunidades económicas para privilegiar aquellas conexas a la futura actividad planificatoria, al disfrute de <<circunstancias favorables>>”. (Traducción propia).

“Non è cioè riscontrabile una pretesa normativamente qualificata, anche solo in termini di *chance* direttamente derivabili dal disposto legislativo, al cui interno possano trovare giustificazione, e quindi nesso eziologico con il mancato esercizio del potere pianificatorio, decisioni imprenditoriali quali l’impegno di risorse in investimenti ulteriori, il sacrificio di altre concrete opportunità economiche per privilegiare quelle connesse alla futura attività pianificatoria, lo sfruttamento di <<circostanze favorevoli>>”.

Consiglio di Stato. Sezione VI. No. 4330 del 17 de junio de 2008.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/Elencoplenarie.asp>

¹³²¹ “No han faltado, por otra parte, voces jurisprudenciales en el sentido opuesto: en particular, toma de posiciones tendientes a excluir la importancia, del caso en exámen, de la falta de la previa demostración de la legitimidad o ilegitimidad de la acción Administrativa y propensas a adscribir la ilegitimidad <<a la violación de una norma

está desconociendo que “[...] el tiempo es un bien de la vida para el privado y no puede ser, en abstracto, excluido que el retardo también en recibir una decisión final desfavorable pueda acarrear una consecuencia negativa en el perfil patrimonial”.¹³²² (Traducción propia).

3.5. El nuevo régimen del daño de retardo contenido en La Ley 241 de 1990, modificado por la Ley 69 de 18 de junio de 2009 y las variaciones introducidas por el Nuevo Código de Proceso Administrativo o Decreto 2 de julio de 2010.

En esta parte del texto es indispensable hacer referencia a la Ley 69 del 18 de junio de 2009 que disciplina la conclusión del procedimiento administrativo y concretamente, introduce importantes variaciones sobre el tema del reconocimiento de la responsabilidad civil por retardo de las Administraciones Públicas italianas. Así, mismo al recentísimo Código Procesal Administrativo italiano que introduce profundos cambios en cuanto al contenido de la acción para el resarcimiento del daño.¹³²³

El tema de la conclusión del procedimiento ha sido estudiado anteriormente en este texto, por lo que ahora se trabajará concretamente el contenido del artículo 2 numeral 2 Bis de la Ley 241 de 1990, que introduce otras importantes innovaciones que son: Las consecuencias del retardo, la obligación de indemnizar y las cuestiones procesales.

procedimental propriamente referida al esercizio del potere>>, con la conseguenza de la apariencia de un comportamento illegittimo indipendentemente del contenuto del provvedimento tardío”. (Traducción propia).

“Non sono mancate, peraltro, voci giurisprudenziali nel senso opposto: in particolare, prese di posizione volte ad escludere la rilevanza, nella fattispecie in esame, del mancanto previo accertamento della legittimità o dell’legittimità dell’azione amministrativa e propense ad ascrivere l’ilegittimità <<alla violazione di una norma procedimentale propriamente riferibile all’esercizio del potere>>, con la conseguenza della ravvisabilità di un comportamento illegittimo indipendentemente dai contenuti del provvedimento tardivo”. VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 96.

¹³²² “È stata, invece, oggetto di critiche l’esclusione in assoluta della risarcibilità dei danni subiti per non aver saputo nei tempi fissati dalla legge se una determinata istanza poteva essere accolta, o meno, anche il tempo è un bene della vita per il privato e non può essere in astratto escluso che il ritardo anche nel ricevere un provvedimento sfavorevole possa comportare conseguenze negative anche sotto il profilo patrimoniale (ad es., non aver optato per altre soluzioni, in attesa della risposta tardiva della P.A.)”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. pp. 579-580.

¹³²³ “Sobre la materia de la acción resarcitoria ha intervenido el recentísimo código del proceso administrativo que ha integrado sobre la disciplina dictada por la ley n. 69/2009”. (Traducción propia).

“Sull’esperienza dell’azione risarcitoria è intervenuto il recentissimo codice del processo amministrativo, che ha integrato la disciplina dettata dalla legge n. 69/2009”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 87.

3.5.1. *Consecuencias del retardo.*

Las consecuencias del retardo han sido introducidas por la Ley 69 del 18 de junio de 2009 con las que el legislador pretendía hacer realmente operante el término de conclusión del procedimiento al dotar de responsabilidad jurídica a las situaciones en que se presentaban incumplimientos por parte de las Administraciones Públicas italianas.

Precisamente, el artículo 2 Bis atribuye una consecuencia real a los supuestos de incumplimiento procedimental, con el fin de que cesen las violaciones que se presentaban en la práctica de estos términos; puesto que, como no había ningún tipo de responsabilidad por parte de los funcionarios de las entidades públicas, simplemente los desconocían. Con esto, “[e]l mero retardo en la definición del procedimiento puede, por lo tanto, ser fuente de daño resarcible, prescindiendo de cualquier valoración sobre la atribución a un bien de la vida solicitado por el privado”.¹³²⁴ (Traducción propia).

El artículo está compuesto de dos numerales los cuales deben ser abordados independientemente a continuación.

3.5.2. *La obligación de indemnizar.*

El primer numeral es el que establece claramente la responsabilidad de las Administraciones públicas por los perjuicios injustos que les causen a los particulares. Su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 2-bis. Consecuencias por el retardo de la Administración en la conclusión del procedimiento.

1. La Administración pública y los sujetos contenidos en el art. 1, numeral 1-ter, están obligados al resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento”.¹³²⁵ (Traducción propia).

¹³²⁴ “Il mero ritardo nella definizione del procedimento può, quindi, essere fonte di danno risarcibile, a prescindere da qualsiasi valutazione sulla spettanza del bene della vita chiesto dal privato”.
GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 325.

¹³²⁵ “Articolo 2-bis. Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento.

De la lectura del numeral es interesante observar como la responsabilidad no solo incumbe a las entidades estatales, sino que se extiende a los sujetos privados encargados del ejercicio de una actividad administrativa¹³²⁶, quienes serán responsables de los perjuicios ocasionados por el retardo en la decisión procedimental.¹³²⁷

Es pertinente introducir las observaciones de Roberto Giovanogli quien acertadamente considera que la norma no prevé una indemnización automática del incumplimiento. “Debe, por tanto, retenerse que el privado tendrá la carga de probar los perjuicios patrimoniales padecidos a causa de la violación del término de conclusión del procedimiento y el resarcimiento podrá ser reconocido sólo para restaurar el daño efectivamente demostrado”.¹³²⁸ (Traducción propia).

Igualmente, se precisan los elementos necesarios para que se configuren la responsabilidad por el retardo, que para mayor claridad se han dividido en cinco que son: El daño injusto, la favorabilidad de la decisión, la imputación, la culpa y relación de causalidad. Sobre este tema se tratará posteriormente.

1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹³²⁶ “Art. 1.1.-ter. Los sujetos privados encargados del ejercicio de una actividad administrativa garantizarán el respeto de los principios contenidos en el numeral 1”.

“Art.1.1-ter. I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹³²⁷ “Es relevante únicamente la inercia de un poder de naturaleza autoritativa y la falta de emanación de la decisión procedimental en el tiempo prefijado; así, un retardo asume relevancia jurídica porque ha derivado de la falta de tempestividad en el ejercicio del poder”. (Traducción propia).

“Rileva unicamente l’inerzia a un potere di natura autoritativo e la mancata emanazione del provvedimento nei tempi prefissati, cioè un ritardo che assume giuridica rilevanza perché derivante dal mancato tempestivo esercizio del predetto potere”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 502.

¹³²⁸ “Deve, pertanto, ritenersi che il privato avrà l’onere di provare i pregiudizi patrimoniali patiti a causa della violazione del termine di conclusione del procedimento e il risarcimento potrà essere riconosciuto solo per ristorare i danni effettivamente dimostrati”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 324.

3.5.3. Cuestiones procesales.

Ahora corresponde revisar el numeral 2 del artículo 2 bis de la Ley 241 de 1990, igualmente introducido por la Ley 69 de 2009, que dispone:

“Artículo 2-bis. Consecuencias por el retardo de la Administración en la conclusión del procedimiento.

2. Las controversias relativas a la aplicación del presente artículo son atribuibles a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo. El derecho al resarcimiento de daño se prescribe en 5 años”.¹³²⁹
(Traducción propia).

Este numeral se ocupa de dos temas procesales de gran importancia para la cuestión del retardo; el primero, sobre a la jurisdicción a la que se debe acudir para pedir el resarcimiento del daño y el segundo, el término de la prescripción de la acción para reclamar los perjuicios ocasionados por el retardo.

En cuanto al tema de la jurisdicción es otro de los grandes avances que presenta este artículo al zanjar las posibles controversias, atribuyendo rotundamente el conocimiento de los procesos de responsabilidad por retardo al Juez Administrativo. “Parecería casi que el legislador hubiese acogido las directrices de aquella doctrina según la cual el privado que presente una petición a la A.P. es titular de dos diversas situaciones subjetivas: el interés legítimo pretensivo a que su petición sea acogida y el derecho subjetivo al respeto del término del procedimiento”.¹³³⁰
(Traducción propia).

Por su parte, el término de prescripción de la acción será de 5 años¹³³¹, contados a partir de la fecha en que se presente el incumplimiento por parte de las Administraciones; en otras

¹³²⁹ “Articolo 2-bis. Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento.

2. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni”.
<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹³³⁰ “Semberebbe quasi che il legislatore abbia accolto l'insegnamento di quella dottrina secondo cui il privato che presenta una istanza alla P.A. é titolare di due diverse situazioni soggettive: l'interesse legittimo pretensivo a che la sua istanza venga accolta; il diritto soggettivo al rispetto del termine del procedimento”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 325.

¹³³¹ “Pasando a los aspectos de corte más procesal, se debe señalar que la acción de responsabilidad patrimonial por falta o retardada emanación del provvedimento prescribe en el término de un quinquenio”. (Traducción propia).

palabras, desde que se venza el plazo para la decisión del procedimiento configurándose el retraso. Con lo que para Roberto Giovagnoli: “[...] el término de la prescripción quinquenal parecería confirmar el encuadramiento de la responsabilidad en cuestión en el ámbito extracontractual”.¹³³² (Traducción propia).

3.5.4. El contenido del artículo 30 del Código de Procedo Administrativo o Decreto Legislativo del 2 de julio de 2010.

El Decreto Legislativo del 2 de julio de 2010 introduce importantes variaciones en el tema del daño de retardo sobre todo en cuanto a la cuestión procesal y por ende, es importante hacer puntual referencia al contenido de los artículos 30, 117 y 133.

El artículo 30 del o Código del Procedo Administrativo italiano desarrolla el tema de la Acción de condena y dispone literalmente en su texto que:

“Art. 30. Acción de condena.

1. La acción de condena puede ser propuesta contextualmente con otra acción, sólo en los casos de jurisdicción exclusiva y en los casos de que trata el siguiente artículo, también en vía autónoma.
2. Puede ser solicitada la condena a la reparación del daño injusto derivante del ilegítimo ejercicio o de la falta de aquella obligatoria. En los casos de jurisdicción exclusiva también puede ser solicitado el resarcimiento del daño de lesión de derechos subjetivos. Subsistiendo los presupuestos previstos en el art. 2058 del código civil, puede ser solicitado el resarcimiento del daño en forma específica.
3. La demanda de resarcimiento por lesiones a intereses legítimos debe ser propuesta dentro del término de decadencia de cuarenta días contados desde el día en el que el hecho se verificó o sea desde el conocimiento del provvedimento si el daño deriva directamente de éste. En la determinación del resarcimiento el juez evalúa todas las circunstancias de hecho y el comportamiento total de las partes, y de toda forma, excluye el resarcimiento de los daños que se hubieran podido evitar usando la ordinaria diligencia, también a través de la utilización de los instrumentos de tutela preventivos.
4. Para el resarcimiento del eventual daño que el recurrente compruebe haber sufrido como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento, el término establecido en el numeral 3 no incia a transcurrir mientras que perdure el incumplimiento. El término del numeral 3 comienza, de todos modos, a transcurrir después de un año desde el vencimiento del término para proveer.

“Passando ad aspetti di taglio più procesuale, va rilevato che la azione di responsabilità patrimoniale per mancata o ritardata emanazione del provvedimento si prescrive nel termine di un quinquennio”.

DE ROBERTO, Alberto. *L'attività Pubblicistica dell'Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. p. 53.

¹³³² “[...] il termine di prescrizione quinquennale sembra confermare l'inquadramento della responsabilità in questione nell'ambito extracontrattuale”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 325.

5. En el caso en el cual se haya propuesto la acción de nulidad la demanda resarcitoria puede ser formulada en el curso del juicio o, en todo caso, hasta ciennoventa días del pasado a juicio de la relativa sentencia.
6. De cada demanda de condena al resarcimiento de los daños por lesiones de intereses legítimos o, en materia de jurisdicción exclusiva, de derechos subjetivos conoce exclusivamente el juez administrativo¹³³³ (Traducción propia).

Del contenido del anterior artículo se deben destacar las siguientes ideas introducidas en el Código de Proceso Administrativo que son de gran importancia para entender el manejo que da el derecho italiano ante la inactividad de las Administraciones públicas que no resuelven dentro del tiempo preestablecido:

En cuanto al numeral uno, se debe destacar la posibilidad de proponer la acción de condena de manera conjunta o autónoma, de lo que se desprende la compatibilidad de los mecanismos para luchar contra la inercia administrativa, la de la acción contra el silencio y la de reparación del daño de retardo.

Por su parte el numeral 2 precisa que es posible solicitar la reparación de daños injustos por lesiones a derechos subjetivos por la falta de ejercicio o inactividad de las Administraciones públicas.

¹³³³ “Art. 30. Azione di condanna

1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.
 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.
 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.
 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.
 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.
 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo”.
- <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2010/156/5.htm>

Refiriéndose al contenido del numeral 3 se debe reconocer que “[i]mportantísima es la novedad consistente en la reducción del término decadencial de 120 días dentro de los cuales será posible solicitar el resarcimiento”.¹³³⁴ (Traducción propia).

Del numeral 4 se debe destacar que introduce “[...] una hipótesis específica en la cual el término de ciento veinte días, previsto en el numeral 3, no decorre mientras perdure el incumplimiento y que empieza a computarse después de un año de la decadencia del término para decidir”.¹³³⁵ (Traducción propia).

El numeral 5, siguiendo Vincenzo Cerulli, dispone que “[l]a autonomía de la acción resarcitoria respecto a aquella de nulidad se mantiene, también, en los casos en los cuales la situación dañosa deriva de la falta de ejercicio del poder en los términos prescritos o en un tiempo razonable”.¹³³⁶ (Traducción propia).

Adicionalmente, el numeral 6 dispone, para lo concerniente en este trabajo, que de la acción de resarcimiento del daño de retardo conoce el Juez Administrativo, finalizando la controversia que sobre este tema se presentaba.

En este momento corresponde analizar otros dos artículos del nuevo Código de procedimiento administrativo que están fuertemente relacionados con el artículo 30, que hemos expuesto anteriormente, los cuales son el 117 y el 133. Por un lado, el artículo 117 que se ocupa del tema del recurso contra el silencio administrativo, donde en su numeral 6¹³³⁷ dice que pueden

¹³³⁴ “Importantissima è la novità costituita dal ridotto termine decadenziale di centoventi giorni entro il quale è possibile chiedere il risarcimento”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 88.

¹³³⁵ “[...] una specifica ipotesi nella quale il termine di centoventi giorni, previsto dal comma 3, non decorre sino al perdurare dell’inadempimento, che inizia a computarsi dopo un anno dalla scadenza del termine del provvedere”.

FESTA, Gianclaudio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 88.

¹³³⁶ CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Lineamenti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. p. 563.

¹³³⁷ “Art. 117. Recurso contra el silencio.

6. Si la acción de resarcimiento del daño en el sentido del artículo 30 numeral 4, está propuesta conjuntamente con aquella contenida en el presente artículo, el juez puede conducir con el trámite especial la acción contra el silencio y llevar por medio del rito ordinario la demanda resarcitoria”. (Traducción propia).

“Art. 117 Ricorsi avverso il silenzio.

ser propuestas conjuntamente la acción contra el silencio y la acción reparatoria y por el otro lado, el artículo 133 en su numeral 1¹³³⁸ que atribuya al juez administrativo el conocimiento exclusivo de la acción resarcitoria.

3.6. Elementos para que se configure la responsabilidad por retardo en el derecho italiano.

En concreto para que se presente la responsabilidad de la Administración por retardo es necesario que converjan cinco elementos; los cuales, como se observó están determinados en la Ley 69 de 2009, exactamente en el numeral 1 del artículo 2 Bis. Estos son: 3.6.1. El daño injusto; 3.6.2. La decisión hubiese sido positiva; 3.6.3. La imputación; 3.6.4. El elemento subjetivo y 3.6.5. La relación de causalidad; los cuales, serán estudiados a continuación.

3.6.1. El daño injusto por el retardo en la decisión procedimental.

El primer elemento que se debe constatar es la ocurrencia de un daño, que presupone la existencia de un hecho que haya sido ocasionado por alguna de las Administraciones Públicas. Adicionalmente, requiere que se haya lesionado algún interés legítimo del particular; debido a que, “[...] el interés legítimo pretensivo lesionado por el retardo o la inercia de la Administración Pública atiene a la misma posición sustancial lesionada por la eventual decisión negativa, considerada en un diverso momento de la acción”.¹³³⁹ (Traducción propia).

6. Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria”.

<http://gazzette.comune.jesi.an.it/2010/156/5.htm>

¹³³⁸ “Art. 133. Materia de jurisdicción exclusiva.

1. Son attribuídas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo, salvo posterior previsionone legales: a) las controversias en materia de: 1) resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento administrativo;”. (Traducción propia).

“Art. 133. Materie di giurisdizione esclusiva.

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: a) le controversie in materia di: 1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo;”

<http://gazzette.comune.jesi.an.it/2010/156/5.htm>

¹³³⁹ “[...] l'interesse legittimo pretensivo leso dal ritardo o dall'inercia della pubblica amministrazione atiene alla medesima posizione sostanziale lesa dall'eventuale provvedimento negativo, riguardata in un diverso momento dell'azione”.

Pasando a un análisis más puntual se observa que al tratarse concretamente de un daño de retardo la lesión será inevitablemente consecuencia de una inactividad o comportamiento pasivo de la entidad de derecho público consistente en no haber emitido la decisión procedimental dentro del término preestablecido.

Así mismo, se debe observar que el daño debe ser injusto; o sea, se debe demostrar que el ciudadano no estaba obligado a soportar el retardo y que realmente se le ha causado un perjuicio. En otras palabras, en el derecho italiano se ha acogido la tesis que postula “[...] la no resarcibilidad del daño de retardo puro”.¹³⁴⁰ (Traducción propia).

Para cerrar, se debe precisar que al momento de reparar sólo se reconocerán los daños efectivamente demostrados. “Por ejemplo, una empresa que pide una autorización para la apertura de una planta industrial de notables dimensiones puede tener un interés particularmente relevante en conocer, en breve tiempo, la respuesta de la Administración, porque tiene inmovilizados ingentes capitales que podría invertir en otra parte”.¹³⁴¹ (Traducción propia).

3.6.2. Sólo se reconoce el daño de retardo cuando la pretensión del particular hubiera sido positiva en caso de no ocurrir la demora.

Aunque parezca reiterativo, por la importancia del tema, es imprescindible insistir en que para la configuración del daño de retardo es necesario que la decisión hubiese sido positiva si se hubiera producido a tiempo; o sea, no habrá daño de retardo si la decisión tardía en todo caso fuese negativa.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione por omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 177.

¹³⁴⁰ “[...] la non risarcibilità del danno di ritardo puro”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 499.

¹³⁴¹ “Ad esempio, una impresa che chiede una autorizzazione per l’apertura di un impianto industriale di notevoli dimensioni può avere un interesse particolarmente rilevante a conoscere, in tempi brevi, la risposta dell’Amministrazione, perché tiene immobilizzati ingenti capitali che potrebbe investire altrove”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 324.

Es así, como el Consejo de Estado en una reciente Sentencia del 2 de marzo de 2009 considera que:

“Se ha ya dicho, de hecho, que la comprobación judicial de la ilegitimidad del silencio, unida al nuevo ejercicio de la función Administrativa en sentido favorable al interesado, representado en la reparación del daño proveniente del retardo por la decisión procedimental favorable, son elementos constitutivos de la especie dañosa; de esto, se deduce la prejudicialidad, en sentido lógico antes que en sentido procesal, del juicio de comprobación de la ilegitimidad del silencio y consiguientemente la inexigibilidad jurídica (que impiden el transcurso del término de prescripción en el sentido del art. 2935 del Cod. Cil.) de la incorporación de la acción encaminada hacia la reparación del daño de retardo antes de la conclusión positiva de aquel paréntesis jurisdiccional”.¹³⁴² (Traducción propia).

3.6.3. La imputación a una Administración Pública en el daño de retardo.

El segundo elemento es la imputación entendiéndola como la posibilidad de atribuir una omisión específica a un sujeto que tenía la obligación de resolver dentro de un término determinado y no lo hizo.

Según la norma, como se ha precisado anteriormente, deben responder por la inobservancia de los términos de conclusión de los procedimientos las entidades públicas; incluyendo, además, a los particulares que tengan que realizar actividades administrativas.

Lo anterior significa, en la práctica, que las Administraciones Públicas italianas serán responsables civilmente por la omisión en la resolución final del procedimiento o daño de retardo realizado por: 1. Las entidades públicas; 2. Sus agentes fácilmente identificables; 3. Aquellos otros sujetos a los que se les demuestre alguna relación de servicio con la entidad pública y 4. Las personas privadas que realizan actividades administrativas; las cuales, deben ser vigiladas por alguna entidad de Derecho público.

¹³⁴² “Si è già detto, infatti, che l’accertamento giudiziale dell’illegittimità del silenzio, unitamente al nuovo esercizio della funzione amministrativa in senso favorevole all’interessato, rappresentano nella riparazione del danno da ritardato rilascio di provvedimento favorevole elementi costitutivi della fattispecie dannosa; da ciò discende la pregiudizialità, in senso logico prima ancora che in senso processuale, del giudizio di accertamento della illegittimità del silenzio, e conseguentemente l’inesigibilità giuridica (ostativa al decorso del termine prescrizione ai sensi dell’art. 2935 cod. civ.) della incardinazione dell’azione finalizzata alla riparazione del danno da ritardo prima della positiva conclusione di quella parentesi giurisdizionale”.

Sentencia del Consejo de Estado del 2 de marzo de 2009
www.giustizia-amministrativa.it

3.6.4. El elemento subjetivo en el daño de retardo.

El elemento subjetivo (culpa o dolo) por su importancia se analizará como un elemento independiente de los otros elementos objetivos, aunque se podría estudiar conjuntamente con la imputación. Para la constatación de la presencia de la culpa o dolo se debe entender, como se ha precisado previamente, una culpa objetivizada o culpa del aparato, separándose ampliamente de la visión civilista que la interpreta como un elemento psicológico.

Por esto, como lo explica Carlos Satelli, con relación a la adopción de una decisión procedimental, extensible a los casos de daño de retardo, es necesario insertarla en: “[...] el sistema delineado en el artículo 2043 ss, c.c., según el cual la imputación no puede constatarse con base en el mero dato objetivo de ilegitimidad de la decisión, debiendo verificarse también que la predicha adopción (no sólo la ejecución del acto impugnado) haya ocurrido con violación de las reglas de imparcialidad, de corrección y de buena administración”.¹³⁴³ (Traducción propia).

También, como lo precisó el Consejo de Estado en la Sentencia No. 4239 de 2001 refiriéndose a la equivalencia entre la presencia de la culpa y la violación de las reglas de imparcialidad, corrección y de buena administración: “Se trata de parámetros algo elásticos, que evidencian significativos elementos de distinción con respecto a la culpa en sentido tradicional, así como se deduce de del artículo 43 del Código Penal (el cual forma, realmente, objeto de modernas e interesantes lecturas interpretativas, que evidencian una nueva y articulada configuración”.¹³⁴⁴ (Traducción propia).

¹³⁴³ “[...] intervenuto l’annullamento del provvedimento amministrativo, ai fini dell’ammissibilità dell’azione di risarcimento del danno, deve valutarsi la sussistenza dell’elemento psicologico della colpa: ciò in quanto la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all’adozione di un provvedimento illegittimo deve essere inserita nel sistema delineato dagli articolo 2043 ss, c.c., in base al quale l’imputazione non può avvenire in base al mero dato oggettivo dell’illegittimità del provvedimento, dovendo verificarsi anche che la predetta adozione (nonchè l’esecuzione dell’atto impugnato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correzione e buona amministrazione”.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione per omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 159

¹³⁴⁴ “Si tratta di parametri alquanto elastici, che evidenziano significativi elementi di distinzione rispetto alla colpa in senso tradizionale, così come desumibile dall’articolo 43 del codice penale (il quale pure forma oggetto di moderne ed interessanti letture interpretative, che ne evidenziano una nuova ed articolata configurazione)”.

Sentencia del Consejo de Estado italiano. No. 4239 de 2001.

www.giustizia-amministrativa.it

Antes de proceder a otra cuestión, es pertinente resaltar el importante cambio jurisprudencial que se ha producido en la Corte de Casación y en el Consejo de Estado italiano sobre el tema de la culpa, en los casos de daño de decisión final del procedimiento puesto que: “Antes de la sentencia 500 de 1999, la jurisprudencia sostenía que la culpa subsistía *in re ipsa* en la misma ilegitimidad procesal presente en el acto administrativo (Cass. Civ., sez. un., 22 maggio 1984 n. 5361)”¹³⁴⁵ (Traducción propia) y posteriormente, a partir de la Sentencia 500 de 1999¹³⁴⁶, ha previsto que la ilegitimidad procesal será un requisito necesario pero no suficiente para la existencia de la responsabilidad.¹³⁴⁷ El Consejo de Estado se distancia un poco de este criterio sosteniendo que la ilegitimidad del acto es normalmente un índice la culpa.¹³⁴⁸

3.6.5. La relación de causalidad en el daño de retardo.

Corresponde hacer referencia al último elementos necesario para que se genere la responsabilidad del Estado o sea el del nexos causal; que, en términos generales se define como la relación causa-efecto entre el la imputación (culpabilística) y el daño ocurrido.

¹³⁴⁵ “Prima della sentenza 500/1999, la giurisprudenza riteneva la colpa sussistente *in re ipsa* nella stessa illegittimità processualmente accertata dall’atto amministrativo (Cass.civ., sez. un., 22 maggio 1984 n. 5361)”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 591.

¹³⁴⁶ Sentenza Cassazione. Sezione Unite. 20-07-1999. No. 500.

¹³⁴⁷ Debido a que la Sentencia de la Corte de Casación 500 de 1999 es trascendental para el desarrollo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en Italia, ésta Sentencia se ha analizado con mayor detenimiento anteriormente.

¹³⁴⁸ “El Consejo de Estado se ha, en parte, separado de tal criterio, utilizando el parámetro de la gravedad de la violación cometida por la Administración, también a la luz de la amplitud de las valoraciones discrecionales remitidas al órgano, de los precedentes jurisprudenciales, de las condiciones concretas y del aporte eventualmente dado por los particulares dentro del procedimiento (Cons. Estado, secc. IV, 14 de junio de 2001 n. 3169), o recurriendo a la simplificaciones probatorias (presunciones) contenidas por el ordenamiento procesal, en modo que la ilegitimidad del acto considerado lesivo del interés del recurrente puede representar, en la normalidad de los casos, el índice (grave, preciso y concordante) de la culpa de la Administración”. (Traducción propia).

“Il Consiglio di Stato si è in parte discostato da tale criterio, utilizzando il parametro della gravità della violazione commessa dall’amministrazione, anche alla luce dell’ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all’organo dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell’apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento (Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001 n. 3169), o ricorrendo alle semplificazioni probatorie (presunzioni) consentite dall’ordinamento processuale, in modo che l’illegittimità dell’atto ritenuto lesivo dell’interesse del ricorrente può rappresentare, nella normalità dei casi, l’indice (grave, preciso e concordante) della colpa dell’amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239)”.

CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009. p. 591.

Adicionalmente, se debe precisar que propiamente en los casos de actividad de procedimiento administrativo el nexo de causalidad se debe comprobar de manera particular.¹³⁴⁹ En el daño de retardo propiamente dicho se traduce en que la lesión se haya producido por la omisión de una entidad de derecho público al desconocer el término de la decisión procedimental.

Siguiendo a Francesca Trimarchi, se debe dejar por sentado, que la relación de causalidad en los casos de responsabilidad formal o procedimental no tiene necesidad de ser demostrada.¹³⁵⁰ Puesto que, el mismo retardo en el cumplimiento de la expedición de la decisión es suficiente para que se compruebe la causalidad.

4. PRINCIPALES LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR EL DAÑO DE RETARDO EN ITALIA.

Introducción.

Para aclarar la concepción imperante en Italia sobre la responsabilidad de las entidades estatales por el daño de retardo, es necesario analizar las directrices que ha emitido la jurisprudencia más reciente, principalmente la fijada por la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, las cuales presentan algunas diferencias y similitudes, como se describirá a continuación.

¹³⁴⁹ “De hecho será necesario indagar la relevancia causal que la violación del derecho asume en la determinación del contenido del acto”. (Traducción propia).

“Infatti, sarà necessario indagare la rilevanza causale che le violazioni del diritto assumo nella determinazione del contenuto dell’atto”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 582.

¹³⁵⁰ “El nexo causal entre la decisión final del procedimiento (provvedimento) y evento lesivo (privación de un bien, denegación de una utilidad) se podría decir *in re ipsa*, y no tiene necesidad de demostración. Por esto, la indagación sobre la relación de causalidad no desarrolla una función apreciable, si está referida a la verificación del nexo entre el hecho (la decisión final procedimental) y el evento (los efectos jurídicos producidos por la decisión final)”. (Traducción propia).

“Il nesso causale tra provvedimento e evento lesivo (privazione di un bene, diniego di un’utilità) si potrebbe dire *in re ipsa*, e non ha bisogno di dimostrazione. Per questo, l’indagine sul rapporto di causalità non svolge una funzione apprezzabile, se essa viene riferita alla verifica del nesso tra il fatto (il provvedimento) e l’evento (gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento)”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. pp. 62-63.

Los perfiles que han orientado los desarrollos jurisprudenciales en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas por el daño de retardo están contenidos en la Ordenanza del Consejo de Estado, Secc. IV, 7 marzo 2005, n. 875. Por esto, resulta interesante transcribir la puntual descripción que realiza Roberto Giovagnoli sobre la materia para quien:

“La ordenanza de remisión prevé una reconstrucción del daño de retardo entendido como <<daño consiguiente a la violación del interés procedimental con respecto a los tiempos impuestos por el ordenamiento>>. Tal interés procedimental, que se funda sobre la exigencia de certeza en las relaciones con el ciudadano recurrente y que está ligado al éxito (positivo) del procedimiento y es atribuible a un más general deber de corrección procedimental impuesto a la Administración en el ejercicio de la potestad pública, que está relacionada con la tutela de la confianza del ciudadano que se pone en <<contacto>> con la Administración”.¹³⁵¹ (Traducción propia).

A continuación se deben hacer algunas alusiones puntuales al pensamiento jurídico esbozado por las Cortes italianas con el fin de entender, la forma práctica en que se ha reconocido el daño de retardo por parte de la jurisprudencia. Por ende, los temas que se presentarán en esta parte del escrito son los siguientes: 4.1. Lineamientos generales jurisprudenciales básicos en relación con el daño de retardo; 4.2. La cuantificación del daño de retardo y 4.3. Situaciones de daños de retardo concedidos por la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado italiano.

4.1. Lineamientos generales jurisprudenciales básicos en relación con el daño de retardo.

Resulta conveniente hacer algunas precisiones sobre la concepción del contenido del daño de retardo por parte de la rama judicial italiana. En este sentido, es conveniente evidenciar las siguientes conclusiones a las que la jurisprudencia ha llegado en cuanto a la posibilidad de que se genere responsabilidad de las Administraciones públicas por el daño de retardo y por tanto, poder indemnizar a los particulares: 4.1.1. El reconocimiento del daño de retardo, 4.1.2. Sólo puede lesionar intereses pretensivos, 4.1.3. El simple retardo no genera daño, 4.1.4. Está supeditado a la decisión positiva y 4.1.5. La determinación de la jurisdicción competente.

¹³⁵¹ “L’ordinanza di rimessione prospetta una ricostruzione del danno da ritardo inteso come <<danno conseguente alla violazione dell’interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall’ordinamento>>. Tale interesse procedimentale, che si fonda sull’esigenza di certezza nei rapporti tra cittadino richiedente e conseguibile all’esito (positivo) del procedimento ed è ascrivibile a un più generale dovere di correttezza procedimentale posto a carico dell’amministrazione nell’esercizio di pubbliche potestà, cui è correlata la tutela dell’affidamento del cittadino che viene a <<contatto>> con l’amministrazione”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. pp. 322-323.

4.1.1. El reconocimiento del daño de retardo.

Hay que dejar por sentado que en el derecho italiano, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, se acepta la posibilidad de que las Administraciones Públicas respondan patrimonialmente en los casos de retardo en sus decisiones procedimentales.

En este sentido, “[e]l daño, así, se sustanciará en el retardo que el privado ha debido sufrir para obtener la decisión procedimental a la cual legítimamente aspiraba. Sobre tal orientación se ha ya asentado la jurisprudencia, con posiciones sustancialmente unánimes”.¹³⁵² (Traducción propia).

4.1.2. Sólo puede lesionar intereses pretensivos.

La jurisprudencia es uniforme y reiterativa al afirmar que la responsabilidad por daño de retardo solamente se puede presentar sobre intereses legítimos pretensivos o en palabras de Alessio Liberati: “Con específica referencia la daño de retardo, la jurisprudencia es ahora pacífica al admitir que, en caso de interés pretensivo, el cual deja espacio a la discrecionalidad de la Administración, el resarcimiento puede ser admitido solo después que la Administración haya actuado, y a favor del privado lesionado, por el mismo poder”.¹³⁵³ (Traducción propia).

4.1.3. El simple retardo no genera daño.

Otro punto primordial consiste en que hay identidad de criterio entre las Cortes italianas en cuanto a que el simple retardo de la Administración como violación procedimental no general

¹³⁵² “Il danno, perciò, si sostanzierà nel ritardo che il privato ha dovuto subire per ottenere il provvedimento cui legittimamente aspirava. Su tale orientamento si è ormai assestata la giurisprudenza, con posizioni sostanzialmente unanimi”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 495.

¹³⁵³ “Con specifico riferimento al danno di ritardo, la giurisprudenza è ormai pacifica nell’ammettere che, in caso di interesse pretensivo, che lascia spazi di discrezionalità all’amministrazione, il risarcimento può essere ammesso solo dopo che l’amministrazione abbia esercitato, ed in favore del privato leso, il proprio potere”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 495.

la responsabilidad, sino simplemente es uno de los supuestos que se debe constatar. Sin embargo, se deben hacer algunos matices en este sentido:

4.1.3.1. Corte Constitucional: La Corte Constitucional, en su “[...] jurisprudencia (más reciente, Cons. St., sez. V, n. 1162/2009; sez. IV, n. 6242/2008) propende por la segunda noción, en la que se excluye que el puro y simple trascurso del término pueda ser causa del resarcimiento”.¹³⁵⁴ (Traducción propia). Pero, no somete la prosperidad de la petición a otra acción anterior en contra del incumplimiento.

4.1.3.2. Consejo de Estado: El Consejo de Estado coincide en la idea según la cual el sólo retardo no puede producir la responsabilidad; no obstante, a diferencia de la Corte Constitucional, el máximo tribunal administrativo considera que “[...] tiende a subordinar la prosperidad de la acción resarcitoria a la previa proposición del recurso en contra del silencio-incumplimiento de la A.P.”.¹³⁵⁵ (Traducción propia).

4.1.3.3. Audiencia Plenaria del Consejo de Estado: “Una sentencia de la plenaria Audiencia del Consejo del Estado, publicada el 15 de septiembre de 2005, n. 7, sucesivamente confirmada por una sesión simple, ha afirmado, por cuanto en esta sede interesa, que no es resarcible el daño de retardo en la decisión procedimental c.d. <<mero>>, debiéndose verificar si el bien de la vida final sometido al interés legítimo accionado sea el debido”.¹³⁵⁶ (Traducción propia).

¹³⁵⁴ “[...] giurisprudenza (da ultimo, Cons. St., sez. V, n. 1162/2009; sez. IV, n. 6242/2008) propende per la seconda nozione, per cui esclude che il puro e semplice decorso del termine possa essere causa di risarcimento”. CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 287.

¹³⁵⁵ “[...] tende a subordinare l’esperabilità dell’azione risarcitoria alla previa proposizione del ricorso avverso il silenzio-inadempimento della P.A.”. CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 287.

¹³⁵⁶ “Una sentenza plenaria dell’Adunanza del Consiglio di Stato, pubblicata il 15 di settembre 2005, n. 7, successivamente confermata da una sezione semplice, ha affermato, per quanto in questa sede interessa, che non è resarcibile il danno da ritardo provvedimento c.d. <<mero>>, dovendosi verificare se il bene della vita finale sotteso all’interesse legittimo azionato sia o meno dovuto”. LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 500.

4.1.4. *Está supeditado a la decisión positiva.*

Para la jurisprudencia es claro que el daño de retardo sólo se puede producir en los casos en que la decisión legítima tardía de la Administración resulte ser favorable al particular; es decir, no se reconoce la posibilidad de indemnizar el daño de incerteza.

Textualmente, la Audiencia Plenaria del Consejo de Estado italiano en una sentencia que analiza una demora en la decisión procedimental negativa afirma que “[...] el hecho del mencionado reconocimiento, por parte de la Administración comunal, en haberse pronunciado en retardo sobre tales prácticas no comporta, por sólo eso –como desearía la sociedad recurrente- la afirmación de su responsabilidad por daños”¹³⁵⁷. (Traducción propia).

En mismo sentido, la Corte Constitucional Italiana en una de sus más recientes sentencias explica que:

“En el estado actual de la legislación, no es resarcible el daño de retardo <<puro>>, así desprendido de la demostración judicial del merecimiento de la tutela del interés pretensivo que se pretende hacer valer y, por tanto, el eventual daño no es resarcible cuando la Administración ha adoptado, además con notable retardo, un decisión procedimental (permaneciendo inimpugnabile) por el contenido negativo para el interesado (Cons. St., sez. V., 2 marzo 2009 n. 1162)”¹³⁵⁸ (Traducción propia).

4.1.5. *La determinación de la jurisdicción competente.*

La jurisprudencia había precisado que la jurisdicción competente para conocer del daño de retardo, consecuencia del comportamiento inerte de las Administraciones Públicas italianas que

¹³⁵⁷ “[...] il fatto dell’ervenuto riconoscimento, da parte dell’amministrazione comunale, di aver pronunciato in ritardo su tali pratiche non comporta, per ciò solo –come vorrebbe la società ricorrente- l’affermazione della sua responsabilità per danni”.

Consiglio di Stato. Audenza Plenaria. Decisione 15 settembre 2005. N. 7.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/Elencoplenarie.asp>

¹³⁵⁸ “Allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno a ritardo <<puro>>, cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell’interesse pretensivo fatto valere e, pertanto, l’eventuale danno non è risarcibile quando l’Amministrazione abbia adottato, ancorchè con notevole ritardo, un provvedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l’interessato (Cons. St., sez. V., 2 marzo 2009 n. 1162)”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 499.

lesiona algún interés legítimo del particular¹³⁵⁹, es la del Juez Administrativo¹³⁶⁰. A continuación se presentarán dos sentencias recientes, una de la Corte de Casación y otra, del Consejo de Estado sobre la materia.

4.1.5.1. Corte de Casación: Sobre el tema de la jurisdicción competente, como lo rescata el profesor Alessio Liberati, la Corte de Casación en las decisiones n. 13659 y n. 13660 del 13 junio de 2006, “[...] ocupándose además expresamente del tema de la responsabilidad civil de la Administración pública conexas a la actividad decisoria del procedimiento, después de un largo *excursus* sobre la responsabilidad de los intereses legítimos, ha reconocido sustancialmente la subsistencia de la jurisdicción administrativa también en el caso de inercia o de silencio conectada con el ejercicio del poder”.¹³⁶¹ (Traducción propia).

4.1.5.2. Consejo de Estado: Así mismo, siguiendo Alessio Liberati, se puede ver como: “La puntual configuración del retardo u omisión del ejercicio del poder como manifestación del poder mismo (por tanto sobre un plano por así decirlo sustancial y no sólo procesal, a los fines del reparto de jurisdicción) ha sido recientemente bien evidenciada en la decisión del 29 de enero de 2008, n. 248 de la IV Sección del Consejo de Estado”.¹³⁶² (Traducción propia).

¹³⁵⁹ “El daño de retardo deriva de la falta de ejercicio de un poder autoritativo en el tiempo prefigurado en la norma de ley y, a los fines de la jurisdicción, no es relevante la circunstancia de que, dicho término, sea concurrente en un procedimiento expreso (de acogimiento de la instancia o de denegación) es decir que la Administración continua a mantener un comportamiento inerte (mero retardo)”. (Traducción propia).

“Il danno da ritardo deriva del mancato esercizio di un potere autoritativo nei tempi prefigurati da norme di legge e, ai fini della giurisdizione, non rileva la circostanza che, oltre il detto termine, sia intervenuto un provvedimento espresso (di accoglimento dell’istanza o di diniego) ovvero che l’amministrazione continui a serbare un comportamento inerte (mero ritardo)”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 502.

¹³⁶⁰ En la actualidad la Ley 69 de 2009 ha establecido claramente que la jurisdicción competente será la del juez administrativo.

¹³⁶¹ “[...] occupandosi per altro espressamente del tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione connessa ad attività provvedimentoale, dopo un lungo *excursus* sulla responsabilità degli interessi legittimi, ha poi sostanzialmente riconosciuto la sussistenza della giurisdizione amministrativa anche nel caso di inerzia o silenzio ricollegabile all’esercizio del potere”.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione por omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 175.

¹³⁶² “La puntuale configurazione del ritardo od omesso esercizio del potere come manifestazione del potere stesso (quindi su di un piano per così dire sostanziale e non solo processuale, ai fini cioè del riparto di giurisdizione) è stata recentemente bene evidenziata nella decisione 29 gennaio 2008, n. 248 della IV Sezione del Consiglio di Stato”.

4.2. La cuantificación del daño de retardo.

Quizá uno de los puntos más difíciles de resolver en la responsabilidad por retardo o daño de demora en la decisión procedimental es la cuantificación del daño; en otras palabras, la determinación de la indemnización que le deben conceder las Administraciones Públicas al particular, por el retardo en decidir su solicitud cuando tenía derecho a que fuese concedida o positiva.

Con miras a conocer como se está manejando el tema en la actualidad, a continuación se presentaran una serie de fallos del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos Regionales (TAR) italianos donde se ha reconocido el daño de retardo y se ha condenado a la Administración incumplidora al resarcimiento de la lesión fijando un monto determinado.

4.2.1. Determinación de la cuantía del daño con base en el instrumento de valoración subsidiaria prevista en el artículo 1226 del Código Civil italiano.

En este caso, contenido en la Sentencia 1162 de 2009¹³⁶³, el “Comune di Roma” niega la apertura de un local para vender periódicos en una calle, a una persona que tenía derecho a hacerlo, privándola de la posibilidad de beneficiarse económicamente por el desarrollo de esta actividad comercial.

En cuanto a la cuantificación del daño lo primero que aclara el Cuerpo Colegiado es su muy difícil determinación, señalando además, que no ha sido adecuada la manera de calcularlo por medio de los datos de la facturas, como previamente lo ha hecho el Tribunal Administrativo Regional del Lazio.

SALTELLI, Carlo. “La responsabilità dell’amministrazione por omissione o ritardo nell’esercizio del potere”. En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009. p. 176.

¹³⁶³ Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

Una vez se separa de las consideraciones del TAR del Lazio el Consejo de Estado italiano precisa que:

“A la luz de las consideraciones apenas desarrolladas, considera la Sección, en referencia al punto de la carga decretada, que para la cuantificación del daño, en el caso de examen, se debe razonablemente llegar a la utilización del instrumento subsidiario de la valoración equitativa previsto en el art. 1.226 cod.civ. (expresamente denominado, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, del art. 2056 cod. civ.); se refiere, de hecho, a un hipótesis típica en que el daño no se comprobar en su monto preciso”.¹³⁶⁴ (Traducción propia).

“En tal ámbito, teniendo en cuenta todas las circunstancias arriba indicadas, el Colegio está persuadido que una valoración congruente del daño sufrido por Pasquali pueda ser contenida en la cantidad de 15.000,00 Euro (Quincemil). A la liquidación de tal suma, debe entenderse expresada en el valor actual de la moneda y en consecuencia, no susceptible de ser posteriormente incrementada para la revaloración o intereses hasta la fecha de la presente decisión, el Comune de Roma proveerá a favor de Pasquali en el término de 90 días, transcurridos desde la comunicación en vía administrativa o de la notificación de la presente decisión”.¹³⁶⁵ (Traducción propia).

4.2.2. La fijación según los cálculos del demandante, ya que no fueron rebatidos por la contraparte.

En esta Sentencia del Tribunal Regional de Lombardía del 2006¹³⁶⁶, la cual tendremos la oportunidad de analizar nuevamente cuando es revisada por el Consejo de Estado No. 65 de 2009¹³⁶⁷, se presenta por el retardo en que incurre tanto el “Ente Nacional para la Aviación Civil” (ENAC) como el “Ministerio de los Transportes y de las Infraestructuras” en la determinación una tarifa.

¹³⁶⁴ “Alla luce delle considerazione appena svolte, ritiene la Sezione, in riforma sul punto della gravata pronuncia, che alla quantificazione del danno nel caso all’esame si deve ragionevolmente pervenire attingendo allo strumento sussidiario della valutazione equitativa previsto dall’art. 1.226 cod. civ. (per come espressamente richiamato, nell’ambito della disciplina della responsabilità aquiliana, dall’art. 2056 cod. civ.); si verte, infatti, in una típica ipotesi in cui il danno non può essere accertato nel suo preciso ammontare”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁶⁵ “In tale ambito, tenuto conto di tutte le suindicate circostanze, il Collegio è persuaso che una valutazione congrua del danno risentito dalla Pasquali possa essere contenuta nella misura di Euro 15.000,00 (quindicimila). Alla liquidazione di tale somma, da intendersi espressa ai valori attuali della moneta e quindi non suscettibili di essere ulteriormente incrementata per rivalutazione ed interessi fino alla data della presente decisione, il Comune di Roma provvederà in favore della Pasquali nelle termine di 90 giorni, decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa ovvero dalla notificazione della presente decisione”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁶⁶ Sentencia N. 2114 de 2006 del Tribunal Administrativo Regional de Lombardía.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁶⁷ Sentencia del Consejo de Estado. No. 65 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

Después de reconocer la responsabilidad de la Administración Pública por el daño de retardo, causado por su inactividad entre las fechas del 1 de enero de 2001 a 25 de junio de 2003, para la cuantificación del daño el TAR de Lombardía tuvo en cuenta los siguientes criterios:

“En conclusión, el recurso debe ser en parte acogido (con relación a la demanda de reparación por el perjuicio derivante del predicho retardo y con relación a la impugnación de la cláusula de la nota de la ENAC con fecha 11/06/2003 y en parte, rechazado (con relación a la contestada cuantificación en 2.07 euros correspondientes)”.¹³⁶⁸ (Traducción propia).

“Tal importe, a la luz de los prospectos de cálculo presentados por la sociedad instante y no discutidos por la defensa adversaria, resultan equivalente a 9.823.127 (nueve millones ochocientos veintitrés mil ciento veintisiete).

Tratándose de un crédito de valoración, el derecho a la reevaluación económica, en alternativa a los intereses legales, está condicionado a la prueba de que el retardo en el pago provoque un daño mayor de aquel restaurado por los intereses legales, pero tal prueba no ha estado alegada en el caso en específico.

Al predicho importe están, por tanto, adjuntos los intereses legales, calculados desde la fecha de la maduración del crédito hasta la fecha de su satisfacción”.¹³⁶⁹ (Traducción propia).

4.2.3. Con base en el salario que el recurrente hubiera conseguido en calidad de vigilante entre las fechas de su dimisión y la fecha de la decisión, con algunas deducciones debidas a las condiciones particulares al caso.

Otro caso que al que vale la pena hacer referencia está contenido en la Sentencia No. 01409 de 2009 del Tribunal Administrativo Regional para la Puglia¹³⁷⁰, en que se determina la cuantía del daño de retardo ocasionado en un concurso público dentro del cual se ha descalificado

¹³⁶⁸ “In conclusione, il ricorso deve essere in parte accolto (in relazione alla domanda di ristoro per il pregiudizio derivante del predetto ritardo e in relazione all’impugnazione della clausola della nota dell’Enac in data 11/06/2003 e in parte respinto (in relazione alla contestata quantificazione in euro 2.07 del corrispettivo)”.

Sentencia No. 2114 de 2006 del Tribunal Administrativo Regional de Lombardía.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁶⁹ “Tale importo, alla luce dei prospetti di calcolo presentati dalla società istante e non contestati dalla difesa avversaria, risulta pari ad euro 9.823.127 (novemillioni ottocentoventiremila centoventisette).

Trattandosi di credito di valuta, il diritto alla rivalutazione monetaria, in alternativa agli interessi legali, è condizionato alla prova che il ritardo pagamento provochi un danno maggiore di quello ristorato dagli interessi legali, ma tale prova non è stata fornita nel caso di specie.

Al predetto importe vanno pertanto aggiunti gli interessi legale, calcolati dalla data di maturazione del credito fino alla data del soddisfito”.

Sentencia No. 2114 de 2006 del Tribunal Administrativo Regional de Lombardía.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷⁰ Sentencia No. 01409 de 2009 del Tribunal Administrativo Regional para la Puglia.

www.giustizia-amministrativa.it

injustamente a un participante. Este caso también será analizado más adelante al analizar la Sentencia del Consejo de Estado italiano No. 01467 de 2010.¹³⁷¹

Los criterios para la determinación de la indemnización correspondiente al daño producido al señor Costantini Michele utilizados por el TAR de la Puglia fueron los siguientes:

“En especie, por tanto:

- a) El cálculo de la entidad del resarcimiento correspondiente al recurrente, para liquidarse de manera equitativa, deberá ser medido en una suma igual al estipendio que el recurrente hubiese conseguido, en calidad de vigilante, en la L’ILVA de Taranto, en el periodo que va desde la fecha de la dimisión (07/09/2001) a la fecha del presente fallo, teniendo consideración el monto asignado en el INPS relativo a la ocupación de un nivel igual, efectuando las reducciones que se indican a continuación;
- b) De tal suma se descuenta, de hecho, una suma igual a cuanto el señor Costantini ha percibido a título de trabajador, en el período considerado, según lo aseverado por el Centro de Empleo de Grottaglie, de la provincia di Taranto o con el INPS;
- c) Sobre el residuo parece oportuno sustraer, además, en vía igualmente equitativa, un porcentaje igual al 20%, donde teniendo en cuenta la eventualidad de que el recurrente hubiese podido, por un lado, no obtener la renovación del contrato de trabajo por parte del ILVA, y, por el otro no ser, entonces, inmerso en el rol efectivo de Cuerpo de Policía Penitenciaria por falta de la superación del curso;
- d) Corresponderán al recurrente, los importes debidos por las causas a las que se ha hecho referencia, la revaluación monetaria de la maduración de los relativos créditos desde la fecha de depósito de la presente sentencia, también los intereses legales de la maduración hasta su satisfacción”.¹³⁷² (Traducción propia).

¹³⁷¹ Sentencia del Consejo de Estado. No. 01467 de 2010.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷² “In specie, dunque:

- a) Il calcolo dell’entità del risarcimento spettante al ricorrente, da liquidarsi in via equitativa dovrà essere commisurato nella somma pari allo stipendio che il ricorrente avrebbe conseguito, in qualità di vigilante, presso l’ILVA di Taranto, nel periodo che va dalla data delle dimissioni (07/09/2001) alla data della presente pronuncia, avuto riguardo all’estratto conto dell’INPS relativo a la posizione di un pari livello, effettuare le detrazioni di seguito indicate;
- b) da tale somma si ritiene, infatti, equo detrarre quanto il Costantino ha percepito a titolo di lavoratore, nel periodo considerato, secondo quanto attestato dal Centro per l’Impegno di Grottaglie, della provincia di Taranto o dall’estratto conto INPS;
- c) sul residuo appare opportuno detrarre, altresì, in via parimenti equitativa, una percentuale pari al 20%, onde tenere conto delle eventualità che il ricorrente avrebbe potuto da un lato, non ottenere il rinnovo del contratto di lavoro presso l’ILVA, e, dall’altro non essere comunque immeso nei ruoli effettivi del Corpo di Polizia Penitenziaria per mancato superamento del corso;
- d) andranno corrisposti al ricorrenti, sugli importi dovuti per le causali di cui sopra, la rivalutazione monetaria dalla maturazione dei relativi crediti sino alla data di deposito della presente sentenza, nonché gli interessi legali dalla maturazione sino al soddisfo”.

¹³⁷² Sentenza No. 01409/2009 del Tribunal Administrativo Regional para la Puglia.

www.giustizia-amministrativa.it

4.3. Situaciones de daños de retardo concedidos por la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado italiano.

En este momento resulta imperioso presentar algunos casos en que se ha reconocido la responsabilidad de las Administraciones Públicas italianas por el retardo en la expedición de la decisión procedimental, con el fin de presentar, en la práctica, las soluciones que ha emitido la jurisprudencia sobre la materia.

De esta manera, se han seleccionado algunos ejemplos de Sentencias del Consejo de Estado atendiendo a dos criterios: El primero, el temporal, es decir se ha buscado que las decisiones sean realmente recientes, concretamente de los años 2009 y 2010 y el segundo, es la materia, la idea es presentar diversas situaciones y no ser reiterativo en los casos de estudio.

En este orden de ideas, se han elegido cuatro temas principales desarrollados en las decisiones del Consejo de Estado en que se reconoce la responsabilidad pública como consecuencia de un retardo: 4.3.1. Retardo en la fijación de una tarifa¹³⁷³; 4.3.2. Retardo en el permiso para abrir un establecimiento¹³⁷⁴; 4.3.3. Retardo en decisión urbanística¹³⁷⁵ y 4.3.4. Retardo ocurrido dentro de un Concurso Público¹³⁷⁶.

4.3.1. Retardo en la fijación de una tarifa.

La Sentencia del Consejo de Estado No. 65 de 2009¹³⁷⁷ se produce como consecuencia de demanda que realiza la empresa, “Società Esercizi Aeroportuali” (S.E.A.) s.p.a., al demandar el resarcimiento por la demora en que han incurrido el “Ente nazionale per l’aviazione civile” (ENAC) y el “Ministerio de los transportes y de las infraestructuras” al determinar el importe debido a los

¹³⁷³ Sentencia del Consejo de Estado. No. 65 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷⁴ Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷⁵ Sentencias del Consejo de Estado. No. 683 de 2009 y No. 6566 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷⁶ Sentencia del Consejo de Estado. No. 01467 de 2010.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷⁷ Sentencia del Consejo de Estado. No. 65 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

agentes aeroportuarios a título de honorarios correspondiente por la realización de los controles de seguridad de los equipajes de bodega.

Se trata de un retardo puesto que una vez se le ha puesto a cargo de los agentes aeroportuarios la prestación del servicio desde el 1 de enero de 2003 se ha debido simultáneamente proceder a la fijación de la tarifa, para poderla incluir en el precio que deben pagar los pasajeros; sin embargo, la expedición del Decreto Tarifario fue realizada el 14 de marzo de 2003, empezando a aplicarse desde el 3 de junio de 2003.

A continuación se presentarán algunos apartes de dicha decisión con el propósito de conocer la opinión fijada por esta Corte Colegiada sobre el daño de retardo:

1. “Se trata, como se ha visto, de un daño de retardo, en que la cuestión se refiere a la falta de activación de los poderes autoritativos en términos de tempestividad y no sobre la ilegitimidad del acto positivamente adoptado y de lo cual se desprende el reconocimiento de la atribución a un bien de la vida que <<sustancializa>> y hace resarcible el interés pretensivo ligado al procedimiento”.¹³⁷⁸ (Traducción propia).
2. “Tal es el término final del procedimiento tarifario que, implícitamente pero necesariamente, la Administración se ha autoprefijado, derivante directamente de los cánones lógicos inherentes a la obligación de buena funcionamiento de la Administración, que imponen vigilar en modo adecuado y oportuno el interés público fundamental de la seguridad de los vuelos, también consiguiendo una funcionalidad plena y actual del sistema que se trataba de activar, en debida cooperación con los operadores económicos destinatarios de la obligación, funcionalidad plena que no podía prescindir de una oportuna determinación de la tarifa previo un tempestivo y completo desarrollo de la instrucción preliminar incumbente sobre la autoridad competente para la adopción de las mismas tarifas”.¹³⁷⁹ (Traducción propia).

¹³⁷⁸ “Si tratta, come s’è visto, di un danno di ritardo, in cui la contestazione si appunta sulla mancata attivazione dei poteri autoritativi in termini tempestivi e non sull’illegittimità dei contenuti dell’atto, poi positivamente adottato e da cui scaturisce il riconoscimento della spettanza del bene della vita che <<sostanzializza>> e rende risarcibile l’interesse pretensivo correlato al provvedimento”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 65 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁷⁹ “Tale è il termine finale del procedimento tariffario che, implicitamente ma necessariamente, l’Amministrazione si era autoprefissato, derivante direttamente da canoni logici institi nell’obbligo di buon andamento dell’amministrazione, che imponevano di curare in modo adeguato e tempestivo l’interesse pubblico fondamentale della sicurezza dei voli, anche consentendo una funzionalità piena ad attuale del sistema che si imponeva di attivare, in dovuta cooperazione con gli operatori economici destinatari dell’obbligo, funzionalità piena che non poteva prescindere da una sollecita determinazione delle tariffe previo un tempestivo e completo assolvimento dell’istruttoria preliminare incumbente sull’autorità competente all’adozione delle tariffe stesse”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 65 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

3. “Tampoco es refutada la autónoma afirmación en el tema de la culpa realizada por el TAR donde considera aplicable al caso la <<presunción simple de culpabilidad contenida en el art. 2727 c.c., inferida del caso concreto>> y, va adjunta, indivisiblemente con referencia al caso de la decisión procedimental adoptada en retardo, en la cual la misma superación del término final necesita una prueba, incumbente a la Administración, acerca de la existencia de errores excusables o hechos no imputables a la Administración misma, en el ámbito del ordinario esfuerzo de diligencia que incumbe sobre la misma, prueba que no ha sido objeto de adecuada alegación ni siquiera con la apelación en examen”.¹³⁸⁰ (Traducción propia).

4.3.2. Demora en la autorización de apertura de un establecimiento de venta de periódico en Roma.

Este caso está contenido en la Sentencia del Consejo de Estado italiano No. 1162 de 2009¹³⁸¹, donde una persona solicita a la Administración Pública un permiso para la venta de periódicos en una zona de la ciudad de Roma y que debido a la actividad tardía de la Administración se le causaron perjuicios a la señora Pasquali, puesto que se le privó por largo tiempo injustamente de la posibilidad de realizar dicha actividad lucrativa.

Los jueces del Palacio Espada consideran que se debe reconocer el daño desde la solicitud inicial puesto que desde este momento, la señora tenía derecho a una respuesta positiva por parte del Comune, con la que hubiera podido obtener el beneficio patrimonial desde el primer momento.

A renglón seguido se transcribirán algunas de los argumentos que sustentan ésta decisión, que facilitan la comprensión del pensamiento actual del Consejo de Estado italiano sobre el daño de retardo:

1. “El daño de retardo, entonces, no tiene una autonomía estructural con respecto a la especie procedimental de la cual emerge, dado que está inescindiblemente ligado a la finalización

¹³⁸⁰ “Neppure è confutata l’autonoma statuizione in tema di colpa operata dal Tar laddove ritiene applicabile al caso la <<presunzione semplice di colpevolezza di cui all’art. 2.727 c.c., desunta dalla fattispecie concreta>> e, va aggiunto, confinisibile con riferimento al caso del provvedimento adottato in ritardo, nel quale lo stesso superamento del termine finale richiede una prova, incumbente sull’amministrazione, circa l’esistenza di errori scusabili o fatti non imputabili all’amministrazione stessa, nell’ambito dell’ordinario sforzo di diligenza sulla stessa incumbente, prova che non è stata oggetto di adeguate allegazioni neppure con l’appello in esame”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 65 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁸¹ Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

positiva de esta última; ni si presenta a modo de una hipótesis de reparación por equivalente, teniendo en cuenta que si se asocia la mayoría de las veces (cuando no se presentan circunstancias de hecho sobrevinientes) a la reparación en forma específica de la efectiva expedición (así sea tardía de la decisión procedimental favorable”.¹³⁸² (Traducción propia).

2. “Se ha ya dicho, de hecho, que la comprobación judicial de la ilegitimidad del silencio, unida al nuevo ejercicio de la función administrativa en sentido favorable al interesado, representan en la reparación del daño de retardo la expedición de la decisión procedimental favorable elementos constitutivos del tipo dañoso; es decir, de aquí se sigue la predjudicialidad, en sentido lógico antes que en sentido procesal, del juicio de comprobación de la ilegitimidad del silencio, y consecuentemente la inexigibilidad jurídica (que impiden el trascurso del término prescripcional en los efectos contenidos en el art. 2935 cod. civ.) de la interposición de la acción encaminada a la reparación del daño de retardo antes de la positiva conclusión de aquel paréntesis jurisdiccional”.¹³⁸³ (Traducción propia).
3. “[...] no es suficiente la ilegitimidad de la decisión procedimental o la inercia administrativa para entender integrada la presencia de la responsabilidad aquiliana de la Administración Pública, siendo esencial para integrar la figura el juicio de imputabilidad subjetiva, al menos a título de culpa del aparato, que vincula el hecho a la Administración precedente. Ahora, la Sección está persuadida que en el caso sea plenamente predicable la culpa del aparato administrativo, entendida específicamente como una violación de las reglas de buena fe, leal colaboración y de transparencia”.¹³⁸⁴ (Traducción propia).

¹³⁸² “Il danno di ritardo, quindi, non ha un’autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce, dato che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest’ultima; né si presenta a guisa di una ordinaria ipotesi di riparazione per equivalente, tenuto conto che si associa il più delle volte (quando non vi ostano circostanze sopravvenute) alla riparazione in forma specifica dell’effettivo rilascio (sia pur tardivo) del provvedimento favorevole”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁸³ “Si è già detto, infatti, che l’accertamento giudiziale dell’illegittimità del silenzio, unitamente al nuovo esercizio della funzione amministrativa in senso favorevole all’interessato, rappresentano nella riparazione del danno da ritardo rilascio di provvedimento favorevole elementi costitutivi della fattispecie dannosa; da ciò discende la pregiudizialità, in senso logico prima ancora che in senso processuale, del giudizio di accertamento della illegittimità del silenzio, e consecuentemente l’inesigibilità giuridica (ostativa al decorso del termine prescrizione ai sensi dell’art. 2935 cod. civ.) della incardinazione dell’azione finalizzata alla riparazione del danno da ritardo prima della positiva conclusione di quella parentesi giurisdizionale”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁸⁴ “[...] non è sufficiente la illegittimità del provvedimento o dell’inercia amministrativa per ritenere integrata una fattispecie di responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione, essendo essenziale ad integrare la fattispecie il giudizio di imputabilità soggettiva, quantomeno a titolo di colpa dell’apparato, che vale a legare il fatto alla amministrazione precedente.

Ora, la Sezione è persuasa che nella specie sia pienamente predicabile la colpa dell’apparato amministrativo, da intendersi nello specifico quale violazione delle regole di buona fede, leale collaborazione e di trasparenza”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 1162 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

4.3.3. La prueba del daño de retardo en la expedición de una decisión urbanística.

A continuación se debe hacer referencia a dos casos en que el Consejo de Estado no ha reconocido el daño de retardo, puesto que a su parecer el perjudicado no prueba la lesión que se le ocasiona por el retardo, ya que esta se produce por una causa imputable al dañado. Las dos sentencias que debido a su importancia se han elegido son: La No. 683 de 2009¹³⁸⁵ y la No. 6566 de 2009¹³⁸⁶.

La primera, Sentencia No. 683 de 2009¹³⁸⁷, se desarrolla como consecuencia de los presuntos daños generados, a la Sociedad Gallo di Gallo Rocco & C.s.a.s. por el Comune di Giogia del Colle, debido a los retardos y omisiones en la observancia del término de 60 días contenido en el artículo 5 del D.P.R. n.447 de 1998 establecido para la aprobación de variantes urbanísticas.

Esta sentencia es interesantísima, porque pese a que se configuró y reconoció el retardo por parte de la Administración, no se produjo el daño; puesto que, el particular no inició los trabajos aprobados solicitados. Entre las ideas que influyeron en la decisión es pertinente resaltar las siguientes:

1. “Esta falta de realización de las obras, debida a una precisa decisión empresarial de la dicha Gallo (esto viene sostenido en la apelación), pero, no comporta sólo la limitación del reconocimiento de los intereses legales, como lo dijo el TAR, sino que implica que ningún daño puede ser reconocido a esta, porque la misma no ha demostrado el nexo causal entre el retardo y la falta del inicio de la iniciativa”.¹³⁸⁸ (Traducción propia).
2. “En este sentido, se puede decir que la recurrente originaria no ha dado alguna demostración del daño sufrido por la falta de la realización de una iniciativa empresarial, a la cual ha renunciado por motivos de mercado, sin dar explicación idónea a demostrar que el obstáculo al

¹³⁸⁵ Sentencia del Consejo de Estado. No. 683 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁸⁶ Sentencia del Consejo de Estado. No. 6566 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁸⁷ Sentencia del Consejo de Estado. No. 683 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁸⁸ “Questa mancata realizzazione dell’impianto, dovuta ad una precisa scelta imprenditoriale della ditta Gallo (questo viene sostenuto nell’apelo), però, non comporta solo la limitazione del riconoscimento degli interessi legali, come statuito dal TAR, ma implica che nessun danno può essere riconosciuto a questa, perché la stessa non ha dimostrato il nesso causale tra il ritardo e il mancato avvio de la iniziativa”.

www.giustizia-amministrativa.it

Sentencia del Consejo de Estado. No. 683 de 2009.

abandono de la inversión programada haya sido ocasionada por la conducta omisiva del Comune y en la consiguiente pérdida de la contribución a fondo perdido”.¹³⁸⁹ (Traducción propia).

La segunda, Sentencia No. 6566 de 2009¹³⁹⁰, presenta el caso del señor Giorgio Finozzi propietario de un terreno contra el Comune di Thiene, este propiedad al no ser expropiada por el Comune en 20 años, a sentir de su propietario podría ser declarada de vocación edificatoria. Sin embargo, al no poder ser su pretensión positiva no se configuraría el daño, con base en la siguiente argumentación:

1. “Igualmente se ha considerado que la anulación de un acto administrativo por vicios de forma o por defectos de instrucción y motivación permite el nuevo ejercicio del poder y supedita la apreciación de la demanda resarcitoria solo al éxito del nuevo ejercicio del poder, y así, donde debería sobrevenir una (nueva) decisión procedimental negativa, sería excluida la subsistencia de un daño resarcible derivante de la primera decisión procedimental, excepto la comprobación externa del daño en caso de anulación jurisdiccional también de la segunda decisión procedimental”.¹³⁹¹ (Traducción propia).
2. “En todo caso, respecto al daño de retardo, se repite, nunca prosperará como tal el reparto de la carga de la prueba, con base en la regla general contenida en art. 2697 c.c., deriva de la calificación de la responsabilidad como aquiliana; consiguientemente, el dañado tendría la carga de probar todos los elementos constitutivos del daño (daño, nexo de causalidad, culpa) por ilícito de la Administración Pública”.¹³⁹² (Traducción propia).

¹³⁸⁹ “In questo senso, si può dire che la originaria recorrente non ha dato alcuna dimostrazione del danno subito per la mancata realizzazione di una iniziativa imprenditoriale, alla quale essa ha rinunciato per motivi di mercato, senza fornire indicazioni idonee a convincere che l’ostacolo all’abbandono dell’investimento programmato sia da individuare nella c.d. condotta omissiva del Comune e nella conseguente perdita del contributo a fondo perduto”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 683 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁹⁰ Sentencia del Consejo de Estado. No. 6566 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁹¹ “Parimenti si è ritenuto che l’annullamento di un atto amministrativo per vizi di forma o per difetto di istruttoria e motivazione consente il nuovo esercizio del potere e permette la valutazione della domanda risarcitoria solo all’esito del nuovo esercizio del potere, e ciò in quanto, ove dovesse sopravvenire un (nuovo) provvedimento negativo, sarebbe esclusa la sussistenza di un danno risarcibile derivante dal primo provvedimento, salva la verifica degli estremi del danno in caso di annullamento giurisdizionale anche del secondo provvedimento”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 6566 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁹² “In ogni caso, rispetto al danno da ritardo, si ripete, mai prospettato come tale, il riparto dell’onere della prova, in base a la regola generale di cui all’art. 2697 c.c., deriva dalla qualificazione della responsabilità come aquiliana; conseguentemente, il danneggiato ha (aveva) l’onore di provare tutti gli elementi costitutivi (danno, nesso, causalità, colpa) per illecito della pubblica amministrazione”.

Sentencia del Consejo de Estado. No. 6566 de 2009.

www.giustizia-amministrativa.it

4.3.4. Retardo ocurrido dentro de un Concurso Público.

El último caso seleccionado entre la jurisprudencia del Consejo de Estado está contenido en la Sentencia No. 01467 de 2010¹³⁹³, en la cual el señor Michele Costantini demanda al Ministero della Giustizia por los perjuicios causados por su participación en un concurso de Agente de Policía Penitenciaria, al cual después de haber superado los exámenes físico síquicos, fue descalificado.

Esta situación se presentó puesto que fue erróneamente calificado (quedando en el puesto n. 3276 de la graduatoria con un puntaje de 3 putos), con lo que fue aceptado y posteriormente, se aclaró su calificación con lo que no fue escogido para el desempeño de tal cargo al obtener un puntaje inferior (correspondiéndole tan solo 2 puntos fue relegado a la posición n. 4522).

En consecuencia de este error en que ha incurrido la Administración el particular solicitó el reconocimiento de los daños sufridos por su dimisión al cargo que ocupaba para poder participar en el concurso. En sentir del Consejo de Estado estos daños deben ser reconocidos sustentados en el análisis efectuado, del cual se presentarán algunas de las ideas esbozadas.

1. "Tal interés es sistemáticamente definible como aquel instrumental al denominado <<justo procedimiento>>, que exige competencia, atención, celeridad y eficacia, como necesarios parámetros de evaluación de la actividad administrativa, que en cierta medida trascienden aquellos típicamente civilísticos de la comportamiento correcto y buena fe y sobre la base de los cuales se debe proceder a la valoración de la existencia del <<elemento sicológico>> (rectius: subjetivo) de la culpa".¹³⁹⁴ (Traducción propia).
2. "Se debe subrayar de nuevo que el punto indebido ha sido atribuido al candidato no por sus declaraciones erróneas o al menos fraudulentas; sino, sólo por un comportamiento, cuanto menos, superficial de la Administración, la cual se ha inventado ella misma y sin un título

¹³⁹³ Sentencia del Consejo de Estado. No. 01467 de 2010.

www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁹⁴ "Tale interesse è sistemáticamente definibile come quello strumentale al cosiddetto <<giusto procedimento>>, che richiede competenza, attenzione, celerità ed efficacia, quali necessari parametri di valutazione dell'azione amministrativa, che in certa misura trascendono quelli tipicamente civilistici della correttezza e buona fede e sulla base dei quali occorre procedere alla valutazione dell'esistenza o meno dell'elemento <<psicologico>> (rectius: soggettivo) della colpa".

Sentencia del Consejo de Estado. No. 01467 de 2010.

www.giustizia-amministrativa.it

poseído, no declarado y no indicado por el interesado, para después admitir un <<mero>> error en perjuicio del interesado en el transcurso de algunos años”.¹³⁹⁵ (Traducción propia).

¹³⁹⁵ “Vale sottolineare ancora una volta che il punto non spettante è stato attribuito al candidato non per sue dichiarazioni erronee o tanto meno fraudolente, ma solo per un comportamento quantomeno superficiale dell’amministrazione, la quale si è inventata essa stessa e da sola un titolo non posseduto, non dichiarato e non indicato dall’interessato, per por ammettere un <<mero>> errore in danno dell’interessato a distanza di alcuni anni”.
Sentencia del Consejo de Estado. No. 01467 de 2010.
www.giustizia-amministrativa.it

CAPÍTULO VII. LAS DILACIONES INDEBIDAS PROCEDIMENTALES (DIP) EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Sumario. Capítulo VII. Las dilaciones indebidas procedimentales en el ordenamiento jurídico español. Introducción. Parte I. La noción de dilación indebida procedimental. Introducción. 1. Los tipos de daños procedimentales pretensivos. Introducción. 1.1. El daño de retardo. 1.2. El daño de incerteza. 1.3. El daño de pérdida de oportunidad. 1.4. Daño por desconocimiento de la confianza legítima. 2. Una propuesta de concepto de dilación indebida procedimental. Introducción. 2.1. La definición de plazo razonable en los procesos judiciales y su posible aplicación al procedimiento administrativo. 2.1.1. El plazo razonable y los procesos judiciales. 2.1.2. Las dilaciones indebidas en el proceso administrativo y su relación con el procedimiento. 2.2. La definición de las dilaciones indebidas procedimentales. 2.2.1. Noción de dilación indebida procedimental y 2.2.2. La injusticia del retraso. 2.2.2.1. Vencimiento del término. 2.2.2.2. Incumplimiento indebido del plazo. 3. Los procedimientos en que se puede producir la responsabilidad por dilaciones indebidas. Introducción. 3.1. Clases de procedimientos. 3.1.1. Eduardo García y Tomás-Ramón Fernández. 3.1.2. Eduardo Gamero y Severiano Fernández. 3.1.3. Fernando Garrido Falla y José Fernández Pastrana. 3.1.4. Ramón Parada. 3.1.5. Luciano Parejo Alfonso. 3.1.6. González Pérez y González Navarro. 3.1.7. Giandomenico Falcon. 3.1.8. Sergio Lariccia. 3.1.9. Massimo Severo Giannini. 3.1.10. Javier Barnes. 3.2. Procedimientos ablatorios y ampliatorios. 3.2.1. Procedimientos ablatorios. 3.2.2. Procedimientos ampliatorios o autorizatorios. Parte II. Las dilaciones indebidas que se pueden presentar en las diversas fases procedimentales. Introducción. 4. Dilaciones injustificadas por no iniciar el procedimiento o por demorar su inicio. Introducción. 4.1. No iniciar el procedimiento. 4.1.1. La falta de iniciación de los procedimientos administrativos oficiosos. 4.1.1.1. La iniciativa propia. 4.1.1.2. Petición razonada solicitada por otro órgano. 4.1.1.3. Por la denuncia de un tercero. 4.1.2. La no iniciación en los procesos en que medie la petición de parte. 4.2. Demorar el inicio del procedimiento. 4.2.1. El deber de actuar. 4.2.2. La demora al iniciarlo. 4.2.3. Vencimiento del plazo razonable. 5. Dilaciones administrativas que se pueden presentar durante la instrucción del procedimiento administrativo. Introducción. 5.1. La interrupción y la paralización: El incumplimiento del deber de impulsión. 5.1.1. La paralización. 5.1.2. Interrupción del procedimiento. 5.2. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por omisiones en la realización de las medidas provisionales. 5.3. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por la demora en la producción de pruebas o en su práctica innecesaria. 5.3.1. Decreto de pruebas oficiosas. 5.3.2. Solicitud del interesado. 5.4. La responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas por la no remisión del informe en plazo. 5.4.1. Informes no determinantes para la resolución. 5.4.2. Informes vinculantes determinantes para la resolución. 5.5. La responsabilidad del Estado por la pérdida del expediente administrativo. 6. Dilaciones indebidas que se pueden producir en la terminación del procedimiento administrativo. Introducción. 6.1. La responsabilidad por falta de resolución expresa. 6.2. La responsabilidad del Estado por la inexistencia o defectuosa notificación. 6.3. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de resolver. (Remisión).

INTRODUCCIÓN.

En el séptimo capítulo titulado “Las dilaciones indebidas procedimentales en el ordenamiento jurídico español” se busca desentrañar el verdadero contenido de la expresión

dilaciones indebidas procedimentales, ver cuándo se presentan y conocer acerca de los retrasos en que puede incurrir la Administración durante los procedimientos administrativos.

En este sentido, resulta necesario empezar por construir una definición adecuada de dilación indebida procedimental que será en todo caso un concepto jurídico indeterminado, por lo cual hay que ser muy cuidadoso al precisar su contenido. Para esto, es indispensable abordar diversas perspectivas que permitan encontrar los desarrollos teóricos que pueden contribuir a la fijación de la esencia de esta figura.

Un buen punto de partida consiste en estudiar los tipos de daños procedimentales pretensivos elaborados por la doctrina (daño de retardo, de incerteza, pérdida de oportunidad y desconocimiento de la confianza legítima) para poder saber si coincide con alguno de estos o por el contrario si tiene una naturaleza diferente.

Otro criterio que se debe tener siempre presente es que el concepto de dilación o demora procesal no es innovador, sino por el contrario está bastante desarrollado en el derecho, por lo que sería conveniente estudiar la definición de dilación procesal y ver cómo puede contribuir a la generación de la noción de dilación indebida procedimental.¹³⁹⁶

Es indispensable además, recurrir a la definición de cada una de las tres palabras que la componen por medio de la utilización del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) para poder comprender su verdadero significado.

Partiendo de los anteriores lineamientos, se entenderá por dilación indebida procedimental cualquier: <<Demora procedimenta injusta, que impide que se cumpla con la obligación de resolver dentro del término previsto>>.

¹³⁹⁶ “[...] ayudar a fijar el concepto administrativo (extraprocesal, pues) de dilación indebida, sobre todo contando con el común parentesco que entre sí se guardan proceso y procedimiento y con el carácter previo de éste respecto de aquél”. GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 425.

En este orden de ideas, se debe advertir que se acogerá como elemento clave la injusticia del retraso; es decir, que además del vencimiento del término es necesario que el incumplimiento del plazo sea indebido o no sea razonable.¹³⁹⁷ Puesto que, como lo precisa Marco Gómez Puente: “A la observancia del plazo legal pueden oponerse circunstancias materiales insoslayables a cuya ponderación como causa de justificación del incumplimiento, mediante criterios de razonabilidad, tiende el referido concepto indeterminado”.¹³⁹⁸

Así mismo, resulta apremiante, determinar en qué clases de procedimientos se pueden presentar las dilaciones indebidas procedimentales, puesto que éstas no se presentan en cualquier tipo de procedimientos; sino que, tienen lugar en los procedimientos ampliatorios; o sea, en los que las personas pueden incrementar sus derechos.

También, resulta conveniente dar por sentado que las demoras procedimentales pueden ocurrir en cualquier fase del procedimiento (iniciación, instrucción o terminación¹³⁹⁹), pero sólo se materializarán en la terminación, cuando se cumpla el plazo sin que se dicte el provvedimento.¹⁴⁰⁰ En tales situaciones se pueden causar daños a los asociados y en consecuencia, se puede generar responsabilidad patrimonial de la Administración.¹⁴⁰¹

¹³⁹⁷ Se debe hacer la salvedad de que no toda la doctrina está de acuerdo con la conveniencia de la utilización del criterio del plazo razonable; por ejemplo, Luis Medina Alcóz considera que con su implementación: “Se corre así el peligro de convertir el término legal en una simple sugerencia, en una indicación con valor meramente programático que sirve de poco a los fines de eficacia, pues la Administración podría superarlo dentro del ambiguo límite de *lo razonable*; y que tampoco ayuda a los fines de garantía, pues el administrado no podría conocer *ex ante* la duración máxima de los procedimientos ni, consecuentemente, orientar adecuadamente sus decisiones en una u otra dirección” MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 331.

¹³⁹⁸ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 425.

¹³⁹⁹ “Como es fácil imaginar, la pasividad de la Administración puede también recaer sobre los actos de ordenación e instrucción del procedimiento, que se suceden desde la iniciación de éste hasta su terminación, que puede incluso tener lugar a consecuencias de esa misma inactividad, como veremos más adelante”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 437.

¹⁴⁰⁰ “Quiérese decir que el incumplimiento del deber de resolver, obligación principal, absorbe cualesquiera otros vicios de la tramitación, incluidos los de omisión, que quepa deducir de la infracción de deberes formales, siempre subsidiarios o instrumentales de aquel principal de resolver”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 443.

¹⁴⁰¹ “En definitiva, la ausencia de actividad jurídicamente relevante en un plazo razonable cuando existe una obligación de actuar puede provocar diversas consecuencias jurídicas. Entre estas consecuencias jurídicas encontramos la existencia del deber de indemnizar un daño por darse los requisitos por la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo se divide en dos partes claramente diferenciables; en la primera, se determina el significado del término dilación indebida procedimental y en la segunda, se analiza, concretamente cada una de las fases procedimentales para determinar las principales demoras en que puede incurrir la Administración.

A su vez, la primera parte del capítulo se subdivide en tres partes que son: 1. Los tipos de daños procedimentales pretensivos (1.1. El daño de retardo, 1.2. El daño de incerteza, 1.3. El daño de pérdida de oportunidad y 1.4. Daño por desconocimiento de la confianza legítima); 2. Una propuesta de concepto de dilación indebida procedimental (2.1. La definición de plazo razonable en los procesos judiciales y su posible aplicación al procedimiento administrativo y 2.2. La definición de las dilaciones indebidas procedimentales) y 3. Los procedimientos en que se puede producir la responsabilidad por dilaciones indebidas (3.1. Clases de procedimientos y 3.2. Procedimientos ablatorios y ampliatorios).

De igual manera, la segunda parte del capítulo se compone de tres subtemas que son: 4. Dilaciones injustificadas por no iniciar el procedimiento o por demorar su inicio (4.1. No iniciar el procedimiento y 4.2. Demorar el inicio del procedimiento); 5. Dilaciones administrativas que se pueden presentar durante la instrucción del procedimiento administrativo (5.1. La interrupción y la paralización: El incumplimiento del deber de impulsión; 5.2. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por omisiones en la realización de las medidas provisionales. 5.3. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por la demora en la producción de pruebas o en su práctica innecesaria; 5.4. La responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas por la no remisión del informe en plazo; 5.5. La responsabilidad del Estado por la pérdida del expediente administrativo) y 6. Dilaciones indebidas que se pueden producir en la terminación del procedimiento administrativo (6.1. La responsabilidad por falta de resolución expresa; 6.2. La responsabilidad del Estado por la inexistencia o defectuosa notificación y 6.3. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de resolver).

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 287-288.

PARTE I. LA NOCIÓN DE DILACIÓN INDEBIDA PROCEDIMENTAL (DIP).

INTRODUCCIÓN.

La primera parte del Capítulo VII es de gran importancia para esta tesis doctoral debido a que es donde se construye una definición de dilación indebida procedimental aplicable al derecho español. De esta manera, es necesario diferenciarla de otros tipos de daños procedimentales, construir la noción de dilación indebida procedimental y delimitar en qué tipos de procedimientos se puede presentar.

La construcción de la teoría de los daños procedimentales es un tema que ha sido bastante descuidado por la doctrina y en ocasiones, ha sido objeto de una fuerte oposición. Como lo explica Angela Ozzi: “Tales resistencias son debidas, por una parte, a la dificultad de determinar los tipos de daños resarcibles, entendidos como intereses jurídicamente relevantes; por otra parte, a la problemática de deber calificar el interés del lesionado en recurrir y por, último, a la dificultad de reconducir la lesión a uno de los paradigmas de responsabilidad reconocidos en nuestro ordenamiento”.¹⁴⁰² (Traducción propia).

Otro punto interesante es que en este capítulo se establece la clasificación que sirve de base para el desarrollo de la definición de las Dilaciones indebidas procedimentales al precisar que estas sólo se presentan en los procedimientos ampliatorios¹⁴⁰³ y sólo excepcionalmente, se pueden afectar a terceros en los procedimientos ablatorios.

¹⁴⁰² “Tali resistenze sono dovute, per un verso, alla difficoltà di determinare la fattispecie di danno risarcibile, inteso come interesse giuridicamente rilevante; per altro verso, alla problematicità di dover qualificare l’interesse del danneggiato a ricorrere, e da, ultimo, alla difficoltà di ricondurre la lesione ad uno dei paradigmi di responsabilità riconosciuti dal nostro ordinamento”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 464.

¹⁴⁰³ “A modo de aproximación, hay que señalar que, en principio, no cabe una responsabilidad por incumplimiento del deber de resolver cuando el procedimiento inconcluso se destinaba a la adopción de medidas que podían restringir la esfera jurídica del Administrado”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 312.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha planteado la siguiente estructura metodológica dividiendo esta primera parte en tres grandes apartados que son: 1. Los tipos de daños procedimentales (1.1. El daño de retardo, 1.2. El daño de incerteza, 1.3. El daño de pérdida de oportunidad y 1.4. Daño por desconocimiento de la confianza legítima); 2. Una propuesta de concepto de dilación indebida procedimental (2.1. Definición de plazo razonable y su posible aplicación al procedimiento administrativo y 2.2. La definición de las dilaciones indebidas procedimentales) y 3. Los procedimientos en que se puede producir la responsabilidad por dilaciones indebidas (3.1. Clases de procedimientos y 3.2. Procedimientos ablatorios y ampliatorios).

1. LOS TIPOS DE DAÑOS PROCEDIMENTALES PRETENSIVOS.

Introducción.

En Italia, en la actualidad es aceptada la posibilidad de que algunos de los daños que ocasiona la Administración mediante el procedimiento administrativo que no tengan que ver con el contenido final del acto (provedimento) también pueden generar responsabilidad patrimonial¹⁴⁰⁴; a este resultado, se llegó gracias a Sentencia 500 de 1999 en la cual se reconocieron las lesiones a los intereses legítimos¹⁴⁰⁵. Pese a esto, el camino de la responsabilidad procedimental no ha sido nada pacífico y en la actualidad, a pesar de los grandes avances, falta el reconocimiento de algunos tipos de lesiones.

¹⁴⁰⁴ "En estos casos, cuando la Administración ocasiona un daño que podemos denominar *procedimental* (daño que se causa a un «conocido», por oposición al que se causa a un «extraño» o «desconocido»), lesiona la esfera jurídica de un sujeto determinado, de un sujeto que conoce jurídicamente porque está vinculada con él a través del procedimiento administrativo y porque, frente a él, está sujeta a una serie de deberes". (Traducción propia).

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 226.

¹⁴⁰⁵ "El reconocimiento de la responsabilidad de la A.P. por lesiones a los intereses legítimos ha sido el punto de llegada después de un largo camino culminado con la sentencia n. 500/1999". (Traducción propia).

"Il riconoscimento della responsabilità della P.A. per la lesione di interessi legittimi è stato il punto di arrivo di un lungo percorso culminato con la sentenza n. 500/1999".

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 1.

Existen diversas clases de daños que puede causar la Administración durante el procedimiento administrativo los cuales pueden afectar intereses legítimos y que se han clasificado en dos grandes grupos que son: pretensivos¹⁴⁰⁶ y opositivos¹⁴⁰⁷.

En esta parte del escrito se presentarán los principales tipos de daños procedimentales pretensivos para poder diferenciarlos del daño por dilación indebida procedimental que son: 1.1. El daño de retardo, 1.2. El daño de incerteza, 1.3. El daño de pérdida de oportunidad y 1.4. Daño por desconocimiento de la confianza legítima.

Por último, se debe tener muy presente que en este tipo de daños en que se contraría normas del procedimiento el bien protegido no es el resultado providencial, sino las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico¹⁴⁰⁸ y en consecuencia, a pesar de que se imponga una resolución limitativa o se deniegue lo solicitado, no se presentará daño cuando la Administración haya cumplido con las obligaciones impuestas por la disciplina del procedimiento y la potestad que ejercita.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁶ “[...] Sobre los intereses pretensivos, cuya lesión se configura en el caso de negación ilegítima del provvedimento solicitado o de injustificado retardo en su adopción, deberá en cambio analizarse la consistencia de la protección que el ordenamiento reserva a las peticiones de ampliación de la esfera jurídica del pretendiente”. (Traducción propia).

“[...] Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l’ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 21.

¹⁴⁰⁷ “En lo concerniente a los intereses legítimos opositivos, la Corte observa que un daño injusto podrá materializarse en el sacrificio del interés a la conservación del bien o de la situación de ventaja consiguiente al ilegítimo ejercicio del poder”. (Traducción propia).

“Per quanto concerne gli interessi legittimi opositivi, la Corte osserva che un danno ingiusto potrà ravvisarsi nel sacrificio dell’interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all’illegitimo esercizio del potere”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 29.

¹⁴⁰⁸ “[E]n el caso de violación de las normas sobre el procedimiento, entonces, el bien de la vida protegido no es coincidente con el interés final al provvedimento, sino se deberá encontrar preferiblemente en el mismo interés al justo procedimiento y en el respeto de las garantías participativas”. (Traducción propia).

“Nel caso di violazione di norme sul procedimento, allora, il bene della vita protetto non è coincidente con l’interesse finale al provvedimento, ma si dovrà rinvenire piuttosto nello stesso interesse al giusto procedimento e al rispetto delle garanzie partecipative”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 465.

¹⁴⁰⁹ “Tramitado el procedimiento administrativo, cuando la Administración impone una resolución de corte limitativo o deniega un acto favorable, el interesado sufre a menudo un daño. Tal daño se produce, desde luego, con ocasión del funcionamiento del servicio público, pero no será jurídicamente imputable a la Administración si ésta ha dictado la

1.1. Daño de retardo.

Uno de los principales daños procedimentales es el daño de retardo¹⁴¹⁰, que ha sido desarrollado en la legislación italiana y concretamente, se ha establecido en el artículo 2-bis de la Ley 69 de 2009.¹⁴¹¹ Así, se ha determinado una indemnización en favor del particular que sufre la demora¹⁴¹² en la decisión procedimental.¹⁴¹³

Siguiendo a Gianluca Festa el daño de retardo se puede definir como “[...] la responsabilidad, dolosa o culposa, de la Administración pública por los daños generados, a los

resolución administrativa en cumplimiento de las obligaciones que le impone la disciplina reguladora del procedimiento y de la potestad que se ejercita”. (Traducción propia).

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. pp. 226-227.

¹⁴¹⁰ “Entre las posibles especies de daño derivantes de la violaciones de las normas procedimentales, asume una importancia preeminente el así denominado daño de retardo”. (Traducción propia).

“Tra le possibile fattispecie di danno derivanti dalla violazione delle norme procedimentali, un’importanza preminente assume il c.d. danno da ritardo”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 481.

¹⁴¹¹ “Artículo 2-bis. Consecuencias por el retardo de la Administración en la conclusión del procedimiento.

1. La Administración pública y los sujetos contenidos en el art. 1, numeral 1-ter, están obligados al resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento”. (Traducción propia).

“Articolo 2-bis. Conseguenze per il ritardo dell’amministrazione nella conclusione del procedimento.

1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

¹⁴¹² “Parece necesario afirmar que la actual disposición tiende a reconocer valor económico al transcurrir inerte del tiempo, circunstancia que también la A.P. debe metabolizar en su acción encaminada al conseguimiento del fin colectivo”. (Traducción propia).

“Appare doveroso asserire che l’attuale disposizione tende a riconoscere valore economico al trascorrere inerte del tempo, circostanza che anche la P.A. deve metabolizzare nel suo agire procedimentalizzato al raggiungimento del fine collettivo”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 66.

¹⁴¹³ “[...] ha incluido la obligación de indemnizar al privado en caso de demorada en la definición del procedimiento (irrespeto del término, ausencia o retardada adopción del provvedimento) o por incompleto cumplimiento de las obligaciones y prestaciones por parte de la A.P.”. (Traducción propia).

“[...] ha inserito la previsione dell’obbligo di indemnizzare il privato in caso di ritardata definizione del procedimento (mancato rispetto del termine, mancata o ritardata adozione del provvedimento) o di incompleto assolvimento degli obblighi e prestazioni da parte della P.A.”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. pp. 13-14.

usuarios, por la no tempestiva adopción del provvedimento final conclusivo del procedimiento administrativo”.¹⁴¹⁴ (Traducción propia).

Como se ha observado previamente¹⁴¹⁵ el daño de retardo en Italia presenta una serie de características que lo perfilan y le dan un contenido propio que son: 1. Ser una consecuencia ante el incumplimiento de la obligación de resolver, 2. Debe recaer sobre intereses pretensivos, 3. Debe causarse una lesión injusta al particular, 4. No debe existir una razón de fondo para que se presente la demora y 5. En caso de haberse producido el fallo debe haber sido favorable al peticionario.

En este orden de ideas, cuando se cumplen los anteriores requisitos la legislación italiana permite, a quien haya padecido un daño de retardo, solicitar una indemnización frente a la Administración incumplidora para que ésta proceda al resarcimiento del daño¹⁴¹⁶; sin embargo, se debe tener muy presente que sólo será admisible el daño de retardo en los casos de un provvedimento tardío favorable al lesionado.¹⁴¹⁷

El daño de retardo como se ha establecido en Italia ha sido fuertemente criticado por alguna parte de la doctrina, puesto que el éxito de la petición indemnizatoria queda supeditada a

¹⁴¹⁴ “[...] la responsabilità, dolosa o colposa, della P.A. per i danni generati, agli utenti, per la intempestiva adozione del provvedimento finale conclusivo del procedimento amministrativo”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 68.

¹⁴¹⁵ En el Capítulo VI se hace una completa descripción del daño de retardo y su concepción actual en el ordenamiento jurídico italiano.

¹⁴¹⁶ “Se debe destacar que la norma en cuestión no prevé una indemnización automática y forfataria en caso de violación del término del procedimiento, sino contempla expresamente el derecho al resarcimiento del daño”. (Traducción propia).

“Va notato che la norma in questione non prevede un indennizzo automatico e forfattario in caso di violazione del termine del procedimento, ma contempla espressamente il diritto al risarcimento del danno”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 324.

¹⁴¹⁷ “En otras palabras, la resarcibilidad del daño de retardo será admisible sólo en caso de emanación de un provvedimento tardío favorable para el dañado”. (Traducción propia).

“In altre parole la risarcibilità del danno da ritardo sarebbe ammissibile solo nel caso di emanazione di un provvedimento tardivo favorevole per il danneggiato”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 482.

la conclusión positiva del procedimiento a través de la realización de un juicio pronóstico.¹⁴¹⁸ De este modo, se pueden presentar algunas inconsistencias: La primera, que es muy difícil anticipar el verdadero resultado del juicio pronóstico y la segunda, es que realmente no se reconocen todas las situaciones en que la Administración incumple injustamente con el plazo.¹⁴¹⁹

En cuanto a la carga probatoria, se debe aclarar que la legislación italiana señala que: “[...] la inobservancia del término procedimental, sea como retardo o como falta de adopción del provvedimento, comporta solamente la carga para el ciudadano de probar la relación causal del daño de retardo o de la omisión sufrida por la falta de la emanación del provvedimento final”.¹⁴²⁰ (Traducción propia).

1.2. Daño de incertidumbre.

El daño de incerteza o incertidumbre es otra clase de lesión a los intereses pretensivos que se presenta cuando la Administración pública se demora o no expide un provvedimento; sin

¹⁴¹⁸ “Valoración que implica un juicio pronóstico, sobre la fundamentación o no de la petición, donde se establece si el pretendiente fuere titular o no de una mera expectativa, como tal no tutelable, sino de una situación susceptible de determinar una objetiva confianza acerca de su conclusión positiva y así, de una situación que, según la disciplina aplicable estaba destinada, siguiendo un criterio de normalidad, a un éxito favorable, y será entonces jurídicamente protegida”. (Traducción propia).

“Valutazione che implica un giudizio prognostico [...], sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già de una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 21.

¹⁴¹⁹ “Con base en este planteamiento, el daño resultante de la sola inercia de la Administración por la ausencia de provvedimento, queda sometido a una valoración en mérito a la atribución al bien de la vida presunto y por ende, no sería resarcible todas las veces en las que el éxito eventual de la acción administrativa habría sido desfavorable al interesado”. (Traducción propia).

“In base a tale impostazione, anche il danno derivante dalla mera inerzia dell’amministrazione, che, stante l’assenza di qualunque provvedimento preclude ad una valutazione in merito alla spettanza del bene della vita preteso, non sarebbe risarcibile tutte le volte in cui l’esito eventuale dell’azione amministrativa sarebbe stato in ogni caso sfavorevole per l’interessato”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 484.

¹⁴²⁰ “[...] l’inosservanza del termine procedimentale, sia come ritardo che come mancata adozione del provvedimento, comporta solamente l’onere per il cittadino di provare il rapporto causale del danno dal ritardo o dell’omissione subito per la mancata emanazione del provvedimento finale”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 76.

embargo, a diferencia del daño de retardo su reconocimiento no está supeditado a la decisión favorable providencial, sino que se reconoce también en los casos en que la decisión sea contraria a los intereses del privado¹⁴²¹.

Esta concepción parte de la base que el tiempo es un bien independiente o autónomo¹⁴²² y que al ser afectado por las demoras administrativas debe tutelarse sin ninguna consideración adicional; por lo tanto, debe ser protegido económicamente sin importar el contenido del provvedimento¹⁴²³.

En este sentido, el daño se produce por el incumplimiento del término el cual causa un daño al particular; puesto que, se lesiona el interés de conocer la suerte de la petición¹⁴²⁴ dentro de un término¹⁴²⁵ y así el daño de incerteza subsiste aunque se niega la utilidad solicitada.¹⁴²⁶

¹⁴²¹ “El interés legítimo, de hecho subsiste, como situación jurídica, también cuando no se alcanza un resultado favorable; y no cambia ni su naturaleza ni su contenido esencial (de tutela al privado, destinatario o tercero, en la formación de la decisión administrativa), según que sea posible o no un resultado favorable”. (Traducción propia).

“L’interesse legittimo, infatti sussiste, come situazione giuridica, anche se un risultato favorevole non è raggiunto; e non cambiano né la natura né il suo contenuto essenziale (di tutela del privato, destinatario o terzo, nella formazione della decisione amministrativa), a seconda che sia ipotizzabile o meno un risultato favorevole”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 25.

¹⁴²² “En este caso sería el mismo <<tiempo>> considerado como un autónomo bien de la vida, según el esquema previamente examinado del interés meramente procedimental”. (Traducción propia).

“In questo caso sarebbe lo stesso <<tempo>> ad assicurare ad autonomo bene della vita, secondo lo schema già innanzi esaminatosi dell’interesse meramente procedimentale”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 483.

¹⁴²³ “[...] pero el interés a no sufrir un perjuicio económico a causa de la conducta antijurídica de la Administración, será independiente del éxito de la petición en términos de obtención o no del acto, y entonces la resarcibilidad del daño no será imputable a la atribución del bien (...), sino que el perjuicio sufrido se establecerá con relación a aspectos externos y diversos a éste”. (Traducción propia).

“[...] ma dell’interesse a non subire un pregiudizio economico a causa de la condotta antigiuridica dell’Amministrazione, indipendentemente dall’esito della vicenda in termine di ottenimento o non dell’atto, e quindi la risarcibilità del danno riferibile non alla spettanza del bene (...), ma il pregiudizio subito in relazione ad aspetti rispetto a questi ulteriori e diversi”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 26.

¹⁴²⁴ “Se llega, en otros términos, a atribuir autónoma protección reparatoria a la violación de la obligación de comportamiento impuesta a la Administración independiente de la satisfacción del interés final”. (Traducción propia).

“Si arriva, in altri termini, ad attribuire autonomo rilievo risarcitorio alla violazione dell’obbligo di comportamento imposto all’amministrazione indipendentemente dalla soddisfazione dell’interesse finale”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 34.

¹⁴²⁵ “En tal perspectiva también la violación del término del procedimiento acarrea un derecho al resarcimiento del daño soportado por el privado independientemente del contenido del acto”. (Traducción propia).

En términos más concretos, siguiendo a Francesca Trimarchi el daño de incerteza será “[...] aquel sufrido por haber renunciado a la utilización alternativa de recursos, en el tiempo sucesivo al vencimiento del término”.¹⁴²⁷ (Traducción propia). La lesión se materializa en un detrimento patrimonial que se produce por estar a la espera de una decisión que al no llegar a tiempo hace que se prolongue este estado de incertidumbre el cual evita desarrollar otras posibles actividades o inversiones.

Con respecto a los elementos esenciales para que se configure el daño de incertidumbre o incerteza se debe hacer referencia a los siguientes: 1. Es una consecuencia ante el incumplimiento del término entendido como un bien autónomo, 2. Debe recaer sobre intereses pretensivos y no opositivos, 3. Debe causarse una lesión al privado al no poder disponer de sus recursos debido a una demora injustificada de la Administración, 4. La decisión providencial debe haber sido desfavorable al peticionario; porque, de no serlo, será una hipótesis de daño de retardo.

El daño de incertidumbre o posibilidad de reparar las lesiones que se presentan en los casos que el provvedimento tardío sea desfavorable para el particular a pesar de haber sido fuente de críticas doctrinales, no ha sido acogido en el ordenamiento jurídico italiano y parece bastante difícil que sea adoptada la hipótesis de que el mero incumplimiento del tiempo genere la responsabilidad de la Administración.¹⁴²⁸

“In tale prospettiva anche la violazione del termine del procedimento comportava un diritto al risarcimento del danno risentito dal privato indipendentemente dal contenuto dell’atto”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 84.

¹⁴²⁶ “El daño de incerteza lesiona el interés de conocer el resultado de la petición, y corresponde al perjuicio eventualmente sufrido por haber mantenido detenido un proyecto que se hubiese después convertido en irrealizable a causa de la demora de la petición. Por esto, el daño de incerteza subsiste cuando el provvedimento niega la utilidad solicitada”. (Traducción propia).

“Il danno di incertezza lede l’interesse a conoscere la sorte dell’istanza, e corrisponde al pregiudizio eventualmente subito per aver tenuto fermo un progetto che si sarebbe poi rilevato irrealizzabile a causa del rigetto dell’istanza. Per questo, il danno da incertezza sussiste quando il provvedimento nega l’utilità richiesta”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹⁴²⁷ “È danno da incertezza quello súbito per aver rinunciato ad impieghi alternativi di risorse, nel tempo successivo alla scadenza del termine”.

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 50.

¹⁴²⁸ “De lo aquí observado, parece ahora subsistir poco espacio en el ordenamiento para aquella específica hipótesis de interés procedimental consistente en el mero respeto del tiempo del procedimiento”. (Traducción propia).

De hecho, la jurisprudencia al tener la oportunidad de pronunciarse ante el daño de incerteza ha rechazado su reconocimiento, como ha quedado plasmado en los fallos del Consejo de Estado de la Audiencia Plenaria No. 7 del 15 de septiembre de 2005¹⁴²⁹ o en la Sentencia No. 4330 del 17 de junio de 2008¹⁴³⁰, a los cuales se ha hecho referencia con anterioridad.

1.3. Daño de pérdida de chance.

Otra tipología de lesión que se puede acarrear a los particulares como violación de las normas procedimentales es el daño de pérdida de oportunidad¹⁴³¹ o *chance*, figura que se produjo principalmente en derecho francés¹⁴³² (paralelamente con el *Common Law*¹⁴³³) y se fue

“Da quanto fin qui osservato, sembrerebbe allora sussistere poco spazio nell’ordinamento per quella specifica ipotesi di interesse procedimentale consistente nel mero rispetto dei tempi del procedimento”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 485.

¹⁴²⁹ “Tal situación no es absolutamente configurable en el caso, puesto que –precindiendo de cualquier perfil adicional en cuanto a los requisitos para poder considerar realizado el incumplimiento- resulta incontrovertible que las decisiones procedimentales adoptadas con retardo resultarán de carácter negativo para la sociedad y que sus situaciones se han convertido en intangibles por la omisión de proposición de cualquier acto impugnatorio”. (Traducción propia).

“Tale situazione non è assolutamente configurabile nella specie, posto che –a prescindere da qualunque ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l’inadempienza – risulta incontrovertoso che i provvedimenti adottati in ritardo risultano di carattere negativo per la società e che le loro statuizioni sono divenuti intangibili per la omessa proposizione di qualunque impugnativa”.

Consiglio di Stato. Audenza Plenaria. Decisione 15 settembre 2005. N. 7.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/Elencoplenarie.asp>

¹⁴³⁰ “No es reconocible una pretensión normativamente cualificada, sólo en términos de *chance* directamente derivables de una disposición legislativa, en que en su interior se puedan encontrar justificaciones y nexos axiológicos con la falta de ejercicio del poder planificador, decisiones de negocios que comprometan recursos de ulteriores inversiones, el sacrificio de otras concretas oportunidades económicas para privilegiar aquellas conexas a la futura actividad planificatoria, al disfrute de <<circunstancias favorables>>”. (Traducción propia).

“Non è cioè riscontrabile una pretesa normativamente qualificata, anche solo in termini di *chance* direttamente derivabili dal disposto legislativo, al cui interno possano trovare giustificazione, e quindi nesso eziologico con il mancato esercizio del potere pianificatorio, decisioni imprenditoriali quali l’impegno di risorse in investimenti ulteriori, il sacrificio di altre concrete opportunità economiche per privilegiare quelle connesse alla futura attività pianificatoria, lo sfruttamento di <<circostanze favorevoli>>”.

Consiglio di Stato. Sezione VI. No. 4330 del 17 de junio de 2008.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/Elencoplenarie.asp>

¹⁴³¹ “El sintagma <<pérdida de oportunidad>> (también <<pérdida de una oportunidad>>, <<pérdida de oportunidades>>, <<oportunidad perdida>>) es la expresión española que se emplea usualmente en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 55.

¹⁴³² “Con el término *chance* –incorporado por la experiencia jurídica francesa- se entiende referirse a una específica hipótesis de resarcibilidad del daño ocasionado a un interés de naturaleza económica”. (Traducción propia).

“Con il termine *chance* –mutuato dall’esperienza giuridica francese- si intende riferirsi ad una specifica ipotesi di risarcibilità del danno arrecato ad un interesse di natura economica”.

introduciendo paulatinamente por influencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencial en otros países.¹⁴³⁴ Concretamente, en los ordenamientos jurídicos español¹⁴³⁵ e italiano¹⁴³⁶ se debe precisar el reconocimiento de ésta figura primero en derecho civil y posteriormente, se fue trasladando a situaciones concretas de derecho administrativo.¹⁴³⁷

El daño de pérdida de oportunidad no reconoce la pérdida de un resultado favorable, sino la posibilidad de conseguirlo¹⁴³⁸, que se vió afectada por el comportamiento inadecuado de la

OZZI, Angela. "La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 487.

¹⁴³³ "La configuración de la pérdida de *chance* como daño resarcible corresponde a una doctrina de cuño jurisprudencial surgida casi simultáneamente a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, sin que sean visibles influencias recíprocas en países del *Droit Civil* (Francia) y del *Common law* (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá) en supuestos de responsabilidad por incumplimiento contractual".

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 130.

¹⁴³⁴ "La doctrina de la pérdida de la oportunidad es el fruto de la interacción de estos dos fenómenos, relativo el primero a la *formación* de las doctrinas; y referido el segundo a su *recepción* en otros sistemas jurídicos. En efecto, la gestación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en los Derechos francés, inglés, estadounidense, canadiense, australiano, belga, holandés o italiano constituye una manifestación paradigmática del papel protagonista que, por lo general, han asumido los Tribunales en la elaboración del Derecho de la responsabilidad civil, cuyos razonamientos y soluciones, adelantados o teorizados después por la doctrina, acaban teniendo reflejo en algunos textos legales".

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 129.

¹⁴³⁵ "La jurisprudencia y la doctrina españolas lo han tomado del sistema jurídico francés (*perte de chance, perte d'une chance, perte de chances* o *chance perdue*), donde a finales del siglo XIX fue aislado como concepto dañoso".

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 55.

¹⁴³⁶ "El daño de pérdida de *chance* encuentra su origen en las elaboraciones de la doctrina y jurisprudencia francesas acogidas en nuestro ordenamiento en virtud de principios encaminados a garantizar el integral resarcimiento de los daños sufridos con base a la combinación dispuesta por los art. 2043 y 1233 c.c.". (Traducción propia).

"Il danno da perdita di *chance* trova le sue origini nell'elaborazione della dottrina e giurisprudenza francesi accolti nel nostro ordinamento in virtù di principi volti a garantire l'integrale risarcimento dei danni subiti in base al combinato disposto degli artt. 2043 e 1223 c.c.".

CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Seconda Edizione. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 4.

¹⁴³⁷ "Nuevas formas de tutela resarcitoria han sido introducidas en el juicio administrativo mutando su origen del sistema reparatorio civilístico, como el daño de pérdida de *chance* que constituye un remedio complementario y solo en algunos caso alternativo a la anulación del acto [...]". (Traducción propia).

"Nuove forme di tutela risarcitoria sono ormai imposte nel giudizio amministrativo mutuando la loro origine dal sistema risarcitorio civilistico, quali il danno da perdita di *chance* che costituisce un rimedio complementare e solo in qualche caso alternativo all'annullamento dell'atto [...]".

CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Seconda Edizione. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 178.

¹⁴³⁸ "Así, según este planteamiento no será resarcido el daño entendido como la pérdida de un resultado favorable, perfil que permanece incierto; sino, la pérdida cierta de la posibilidad de conseguirlo". (Traducción propia).

"Ciò che viene risarcito in questa impostazione non sarà, infatti, la perdita di un risultato favorevole, profilo che rimane incerto, ma la perdita certa della possibilità di conseguirlo".

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 31.

Administración Pública.¹⁴³⁹ Un ejemplo se presenta “[...] en el caso del interesado que no haya recibido la comunicación del inicio del procedimiento de revocación de un provvedimento autorizzatorio y que no haya podido participar por tiempo en un bando para obtener financiación pública e iniciar así una actividad económica alternativa a aquella autorizzata”.¹⁴⁴⁰ (Traducción propia).

Una definición bastante clara sobre la pérdida de oportunidad es la acuñada por el italiano Domenico Chindemi por lo que es conveniente transcribir algunos de sus párrafos sobre el particular:

“La perdita de *chance* constituye un daño actual que se identifica no con la pérdida de un resultado útil sino con la pérdida de la posibilidad de conseguirlo y necesita, para tal fin, que sean cumplidos presupuestos concretos para la realización del resultado esperado, o sea una probabilidad de éxito mayor al 50% estadísticamente valorable por medio de un juicio pronóstico *ex ante* según el *id quod primumque accidit* sobre base de elementos aportados por el lesionado. Entonces, no se trata de un lucro cesante sino de una daño emergente de pérdida de posibilidad actual, incluida en el patrimonio del sujeto pasivo desde el momento del ilícito y no de un resultado futuro, cuyo ocurrencia es independiente del reconocimiento de la *chance* de obtenerlo, siendo reparada la pérdida de la posibilidad, que debe ser concreta y no meramente aleatoria, de conseguir el resultado”.¹⁴⁴¹ (Traducción propia).

¹⁴³⁹ “Con el fin de averiguar si se trata de actividad de derecho privado o de derecho público no es suficiente verificar si la actividad se exterioriza según las formas del derecho privado, siendo también necesario evaluar si se ha desarrollado por funcionarios ligados al ente por una relación pública, dirigida al perseguimiento de la finalidad pública atinente al ente, y constituya, entonces, actividad encargada al ente”. (Traducción propia).

“Al fine di accertare se trattasi di attività di diritto privato o di diritto pubblico non è sufficiente verificare se l’attività si esplica all’esterno secondo le forme del diritto privato, occorrendo anche valutare se sia svolta da funzionari legati all’ente da un rapporto pubblico, sia diretta al perseguimento delle finalità pubbliche demandate all’Ente, e costituisca, comunque, attuazione dei piani d’impiego dell’Ente”.

CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Seconda Edizione. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 178.

¹⁴⁴⁰ “Si pensi al caso dell’interessato che non abbia ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento di revoca di un provvedimento autorizzatorio e che non abbia potuto partecipare per tempo ad un bando per ottenere finanziamenti pubblici ed avviare così un’attività economica alternativa a quella autorizzata”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 488.

¹⁴⁴¹ “La perdita di *chance* costituisce un danno attuale che si identifica non con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico *ex ante* secondo l’*id quod primumque accidit* sulla base di elementi forniti dal danneggiato. Non trattasi, quindi, di lucro cessante ma di un danno emergente da perdita di possibilità attuale, ricompresa nel patrimonio del soggetto passivo fin dal momento dell’illecito e non di un futuro risultato, il cui avveramento è indipendente dal riconoscimento della *chance* di ottenerlo, venendo risarcita la perdita della possibilità, che deve essere concreta e non meramente aleatoria, di conseguire il risultato”.

CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Seconda Edizione. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. pp. 11-12.

En cuanto a los requisitos para que se reconozca un daño de pérdida de oportunidad o *chance* se pueden sintetizar en: 1. Es un daño causado a una persona que deja de obtener un posible beneficio, 2. Recae sobre un interés pretensivo, 3. Debe ser un verdadero daño actual, 4. El resarcimiento será reconocido en proporción a la posibilidad de que se cause el daño y 5. El lesionado debe demostrar el perjuicio. De igual forma, en cuanto a la carga probatoria, es necesario para el afectado comprobar el comportamiento incorrecto de la Administración el cual le ha producido una desventaja o una disminución de la posibilidad de conseguir un beneficio posterior de tipo económico.¹⁴⁴²

La jurisprudencia italiana no ha sido constante en cuanto a sus apreciaciones sobre el tema de la reparación de la pérdida de oportunidad en materia administrativa, como lo precisa Roberto Giovagnoli: “De hecho, se contraponen decisiones que reconocen con una cierta amplitud el resarcimiento de la *chance*, acudiendo en algunos casos a considerar suficiente más que un juicio pronóstico positivo, la ausencia de valoraciones de signo negativo; se registran pronunciamientos que consideran la oportunidad un mero interés de hecho, como tal no resarcible”.¹⁴⁴³ (Traducción propia).

En cuanto a las decisiones judiciales españolas Luis Medina Alcoz observa que: “Desde hace casi dos décadas, los juzgados, y tribunales españoles invocan la idea de oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba de la conexión causal; y a partir de la entrada del nuevo siglo, esta tendencia se está intensificando extraordinariamente”.¹⁴⁴⁴

¹⁴⁴² “En cuanto a la carga probatoria en cabeza del lesionado podrá ser absuelto en vía presuntiva o según un cálculo de la probabilidad, debiéndose demostrar que el comportamiento incorrecto de la Administración ha representado una ventaja o una disminución de la posibilidad de conseguir un posterior beneficio de tipo económico”. (Traducción propia).

“Quanto all’onore probatorio in capo al danneggiato esso potrà essere assolto in via presuntiva o secondo un calcolo delle probabilità, dovendosi dimostrare che il comportamento scorretto dell’Amministrazione ha comportato a suo svantaggio una diminuzione delle possibilità di conseguimento di ulteriori benefici di tipo economico”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 489.

¹⁴⁴³ “A fronte, infatti di decisioni che riconoscono con una certa larghezza il risarcimento della *chance*, giungendo in alcuni casi a ritenere sufficiente più che un giudizio prognostico positivo, l’assenza di valutazioni di segno negativo, si registrano pronunce che considerano la *chance* un mero interesse di fatto, come tale non risarcibile”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 33.

¹⁴⁴⁴ ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 197.

1.4. Daño por desconocimiento de la confianza legítima.

Al desconocer la confianza legítima que se ha generado en el particular, la Administración puede generar daños procedimentales, debido a su comportamiento incorrecto al desconocer algún deber procedimental establecido en la ley; pretendiéndose así, tutelar la expectativa del privado a la correcta actividad procedimental, que no protege el interés final, si no conectado con el respeto al procedimiento y las garantías procedimentales.¹⁴⁴⁵

En este sentido se deben mencionar los elementos configuradores de este tipo de daño los cuales se pueden sintetizar en los siguientes: 1. Daño causado a una persona sobre intereses pretensivos, 2. El particular tiene una expectativa en el comportamiento correcto de la Administración, 3. Se produce una violación del principio de buena fe al desconocer una garantía procedimental y 4. El afectado debe comprobar que la Administración no actuó en coherencia con los parámetros establecidos.

Algunos ejemplos típicos de desconocimiento de confianza legítima son: La expedición de un provvedimento de segundo grado que revoca válidamente en términos sustanciales pero es ilícito desde el punto de vista del comportamiento, la revocación de una adjudicación de una obra pública o contrato por falta de fondos o inviabilidad de proyecto y cuando se concede una subvención por parte de la Administración y posteriormente se le niega.

Para entender el principio de confianza legítima resulta muy interesante transcribir el siguiente párrafo de Angela Ozzi quien explica que: “El fundamento del principio de confianza legítima está establecido en la cláusula general de buena fe de la cual deriva; por un lado, la obligación de comportarse correctamente, cuya ponderación entre interés público y privado es

¹⁴⁴⁵ “Se trata de ofrecer, en otras palabras, una tutela a la mera expectativa del privado a la correcta actividad procedimental, no destinada a incluir la satisfacción del interés final, si no estructuralmente conectada con el respeto de aquellos procedimientos y de aquellas garantías participativas directamente previstas en la ley”. (Traducción propia). “Si tratta di offrire, in altre parole, una tutela a alla mera aspettativa del privato alla correttezza dell’attività procedimentale, non destinata ad includere la soddisfazione dell’interesse finale, ma strutturalmente connessa al rispetto di quelle procedure e di quelle garanzie partecipative direttamente previste dalla legge”. OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 490.

una expresión y por el otro lado, de la obligación de no actuar *contra factum proprium*, o sea de comportarse en modo coherente a su propio comportamiento precedente”.¹⁴⁴⁶

En cuanto al primero, se debe destacar que el comportamiento correcto está consagrado en la Carta de Niza como parte del deber de Buena Administración¹⁴⁴⁷ y se concreta en el cumplimiento de las obligaciones procedimentales a cargo de las Administraciones públicas establecidas por ley¹⁴⁴⁸; con relación al segundo, el deber de mantener coherencia con su actuación se puede ver desconocido cuando “[...] la Administración niega una utilidad en cuya obtención podía confiarse a la luz del contenido de una promesa, una información administrativa, un convenio de Derecho público, un baremo de jerarquización de candidatos o la praxis administrativa”.¹⁴⁴⁹

Adicionalmente, se debe ser consciente que el principio de buena fe que rige en materia civil precontractual es el origen y modelo del principio de confianza legítima que se desarrolla en

¹⁴⁴⁶ “Il fondamento del principio di legittimo affidamento è da rinvenirsi nella clausola generale di buona fede dalla quale deriva, per un verso, l’obbligo di correttezza, di cui la ponderazione tra interesse pubblico e privato è una un’espressione, e, per un altro verso, dall’obbligo di non venire *contra factum proprium*, cioè di comportarsi in modo coerente al proprio precedente comportamento”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 497.

¹⁴⁴⁷ “Se debe recordar que el <<comportamiento>> correcto de la Administración en el contexto procedimental representa el contenido específico del derecho a una buena Administración. El cual, está cristalizado por el art. 41 de la Carta de Niza (transformado en la Constitución europea), en el cual vienen incorporadas varias garantías y la relativa tutela que el ordenamiento comunitario asegura a cada individuo que entra en contacto con las instituciones europeas. Tales singulares garantías, se agrupan en la expresión <<derecho a una buena administración [...]>. (Traducción propia). “Giova qui ricordare che il <<comportamento>> corretto dell’amministrazione nel contesto procedimentale rappresenta il contenuto specifico del diritto ad una buona amministrazione. Esso è cristallizzato dall’art. 41 della Carta di Nizza (trasfuso nella Costituzione Europea), nel quale vengono richiamate le varie pretese e le relative tutele che l’ordinamento comunitario assicura ad ogni individuo che entri in contatto con le istituzioni europee. Tali singole pretese, unitamente accorpate nell’espressione <<diritto ad una buona amministrazione>> [...].

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione proceduralizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 75.

¹⁴⁴⁸ “[...] es independiente, naciendo de la violación de aquellas particulares obligaciones establecidas *ex lege* y cuyo respeto es funcional a la garantía de la confianza legítima de la acción administrativa”. (Traducción propia).

[...] ne prescinde, scaturendo dalla violazione di quei particolari obblighi stabiliti *ex lege* ed il cui rispetto è funzionale alla garanzia dell’affidamento del privato sulla legittimità dell’azione amministrativa”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 34.

¹⁴⁴⁹ ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 363.

derecho administrativo.¹⁴⁵⁰ Así, “[e]l respeto de las reglas formales por parte de la Administración se caracteriza, por ser él mismo un índice de corrección –entendida como *fairness*- en el actuar administrativo, encaminado a la observancia de las cláusulas generales de buena fe; tales obligaciones fundan en cabeza del privado una confianza legítima que amerita ser protegido por el ordenamiento”.¹⁴⁵¹ (Traducción propia). En concreto, el desconocimiento del principio de la buena fe se interpretará con base en el comportamiento o la conducta de la entidad pública desplegada en cada caso particular.

Finalmente, se debe mencionar que existe un gran desnivel de desarrollo del principio del quebrantamiento de la confianza legítima por parte de la Administración en el derecho español y el italiano. Puesto que, en España a pesar de valiosos aportes no ha sido reconocido por la doctrina, por la legislación y ni por la jurisprudencia de forma inequívoca¹⁴⁵²; mientras que, en Italia la jurisprudencia lo reconoce frecuentemente como un daño derivante del comportamiento incorrecto de la A.P. y lo considera como verdadera norma de reconocimiento.¹⁴⁵³

¹⁴⁵⁰ “De ahí que la responsabilidad precontractual haya suministrado sólo un modelo, y no la exclusividad de una categoría. Por eso, porque proporciona un paradigma que viene depurándose dogmáticamente desde hace más de cien años, considero que es preciso utilizarlo para comprender su adaptación a la problemática del procedimiento”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 347.

¹⁴⁵¹ “Il rispetto delle regole formali da parte dell’amministrazione si caratterizza, infatti, per essere esso stesso un indice della correttezza –intesa come *fairness*- dell’agire amministrativo, improntato all’osservanza delle clausole generali di buona fede; tali obblighi fondano in capo al privato un legittimo affidamento che merita di essere tutelato dall’ordinamento”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 495.

¹⁴⁵² “El estudioso, a la hora de abordar la cuestión de la responsabilidad por (el quebrantamiento de la) confianza en el procedimiento administrativo se encuentra con un problema formidable: no existe en la doctrina española un cuerpo dogmático amplio, firme y consolidado. Desde hace tiempo, los autores vienen realizando valiosísimas aportaciones en torno a los principios de buena fe y confianza legítima, pero no han prestado especial atención a las cuestiones resarcitorias que puede suscitar su conculcación”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 341.

¹⁴⁵³ “La jurisprudencia hoy reconoce frecuentemente el daño derivante del comportamiento incorrecto de la A.P. que ocasione la violación del principio de confianza legítima del privado, principio este último que califica como verdadera y propia norma de reconocimiento, a la cual el ordenamiento se conforma”. (Traducción propia).

“La giurisprudenza oggi riconosce frequentemente il danno derivante dal comportamento scorretto della P.A. che cagioni la violazione del principio di legittimo affidamento del privato, principio quest’ultimo che si qualifica come vera e propria norma di riconoscimento, alla quale l’ordinamento si conforma”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 490.

2. UNA PROPUESTA DE CONCEPTO DE DILACIÓN INDEBIDA PROCEDIMENTAL.

Introducción.

El concepto de dilación indebida procedimental no coincide con ninguno de los tipos de daños expresados en el ordenamiento jurídico italiano (daño de retardo, de incerteza, de pérdida de oportunidad y por desconocimiento de la confianza legítima), por lo que parece conveniente intentar una definición propia que se adapte a las realidades del ordenamiento jurídico español y en concreto, al sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas.

Para la definición es necesario observar los desarrollos que se han presentado sobre el tema del plazo razonable procesal, que se han venido trasladando paulatinamente al proceso administrativo y para así poder determinar si se puede proceder a trasladar esta definición como tal, si requiere una serie de adaptaciones o si en cambio, es mejor crear una totalmente independiente.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, esta porción del texto se ha dividido en dos partes: En la primera, se tratará la definición de plazo razonable en los procesos judiciales y su posible aplicación al procedimiento administrativo (subdividida a su vez en: 2.1.1. El plazo razonable y los procesos judiciales y 2.1.2. Las dilaciones indebidas en el proceso administrativo y su relación con el procedimiento); mientras que en la segunda, se encarará la definición de las dilaciones indebidas procedimentales como tal (compuesta de dos partes: 2.2.1. Noción de dilación indebida procedimental y 2.2.2. La injusticia del retraso).

2.1. La definición de plazo razonable en los procesos judiciales y su posible aplicación al procedimiento administrativo.

Antes de intentar realizar una definición de dilación indebida procedimental resulta pertinente empezar por ver el tratamiento que se le ha dado al tema en materia procesal y ver si es posible trasladar al menos una parte de su contenido al caso procedimental. En este sentido, parece conveniente subdividir este apartado en dos partes que son: 2.1.1. El plazo razonable y los

procesos judiciales y 2.1.2. Las dilaciones indebidas en el proceso administrativo y su relación con el procedimiento.

2.1.1. El plazo razonable y los procesos judiciales

El reconocimiento del derecho a un plazo razonable en los procesos judiciales ha contado con un amplio desarrollo desde tiempos muy remotos, remontándose a los primeros desarrollos del derecho criminal inglés por medio de la figura del *speedy trial*, que fue acogido por la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Constitución Federal de 1787.¹⁴⁵⁴ Este derecho continuó fortaleciéndose incorporándose paulatinamente en la mayoría de los Estados y aparece reconocido como derecho constitucional en los principales ordenamientos jurídicos modernos.

Se debe hacer referencia a la Carta Internacional de Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas, concretamente dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la cual ha reconocido el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, por la comisión de un delito, como una de las garantías mínimas, estableciéndolo en el literal c del numeral 3 del artículo 14.¹⁴⁵⁵ Instrumento jurídico ratificado por España el 27 de abril de 1977, con lo cual hace parte de su ordenamiento jurídico interno.¹⁴⁵⁶

Adicionalmente, es conveniente destacar que en el Derecho Europeo se han presentado importantes declaraciones sobre la materia como en la Convención Europea para los derechos del hombre y de las libertades fundamentales firmada el 4 de noviembre de 1950 en Roma, la cual

¹⁴⁵⁴ “[...] sus orígenes se remontan a los mismos cimientos del derecho criminal inglés con el denominado *speedy trial*, el cual fue acogido por la Declaración de Derechos de Virginia (1776), por nueve de las Constituciones de los trece estados originales norteamericanos, y por la Sexta Enmienda de la Constitución federal de los E.E.U.U (1787), lo que acredita, entre otras cosas, que se trata de uno de los más antiguos y cardinales derechos preservados desde las primeras declaraciones de derechos modernas de la historia (hasta las más recientes), de entre los sistemas constitucionales contemporáneos”.

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. pp. 24-25.

¹⁴⁵⁵ “Artículo 14.3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas;

c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas;”.

http://constitucion.rediris.es/legis/1966/tr1966-12-19_derechos_civiles_y_politicos.html

¹⁴⁵⁶ BOE. No. 103 de 30 de abril de 1977.

http://constitucion.rediris.es/legis/1966/tr1966-12-19_derechos_civiles_y_politicos.html

dispone en su artículo 6 que las personas tienen derecho a que se examine su causa dentro de un término razonable.¹⁴⁵⁷

En la actualidad, “[e]n el marco jurídico de la Unión Europea es obligado destacar el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), que consagra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.¹⁴⁵⁸ Por último, como lo demuestra Anna Simonati, del análisis la jurisprudencia comunitaria emerge el constante reconocimiento de concluir el procedimiento en un término razonable.¹⁴⁵⁹

Concentrándose en el caso español, el establecimiento de un derecho a un proceso judicial en un tiempo razonable o sin demoras injustificadas es una de las garantías mínimas de defensa que ha sido reconocida a los particulares, teniendo una larga historia en el derecho español. Haciendo un poco de arqueología jurídica, se puede observar como algunos de sus antecedentes se encuentran normativamente establecidos desde la Constitución de Cádiz de 1812 y se han desarrollado gradualmente hasta conseguir una noción más precisa a un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que está reconocido en la Constitución actual de 1978.¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁷ “El art. 6 de la Convención Europea para los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, firmada el 4 de noviembre de 1950, dispone que: *Cada persona tiene el derecho a que su causa sea examinada equitativamente, públicamente y dentro un término razonable por un tribunal independiente e imparcial, constituido por ley, el cual decidirá sea de las controversias sobre sus derechos y deberes de carácter civil, sea de la fundamentación de cada acusación penal que se presente*”. (Traducción propia).

“L'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, dispone che: *Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta*”.

DE MARZO, Giuseppe, DE FRANCESCA, Giuseppe e FABRIZZI, Giampaolo. *Irragionevole durata del proceso e responsabilità dello Stato*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2008. p. 1.

¹⁴⁵⁸ RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. p. 26.

¹⁴⁵⁹ “Del análisis de la jurisprudencia comunitaria, emerge con claridad el constante reconocimiento del principio que impone a la Administración concluir el procedimiento en un término razonable”. (Traducción propia).

“Dall'analisi della giurisprudenza comunitaria, emerge con chiarezza il costante riconoscimento del principio che impone all'amministrazione di concludere il procedimento entro un termine ragionevole”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell'analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 239.

¹⁴⁶⁰ “A este respecto, el reconocimiento normativo del derecho en el ordenamiento jurídico español vino de la mano de la Constitución de Cádiz de 1812 y el desarrollo legislativo, a partir de la primera mitad del siglo XIX, del principio de rapidez cuando uno de los principios fundamentales del proceso que debía garantizarse a los justiciables. Este principio fue introducido paulatinamente con el sistema procesal español a través de la legislación ordinaria. Por ello, ninguno de los textos constitucionales anteriores a la vigente CE recogieron de modo explícito el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ni tampoco fue tratado jurisprudencialmente por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República

Concretamente la Constitución española vigente en el numeral 2 del artículo 24 consagra claramente el derecho que tienen todas las personas a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir a un plazo razonable en la tramitación del expediente dentro del proceso penal.¹⁴⁶¹ Pese a esto, como lo señala Enrique García Pons: “El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, inherente a toda persona humana por su condición de tal, es un derecho fundamental que no ha sido objeto de desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico interno, pese a su conveniencia y hasta su necesidad”.¹⁴⁶²

Una vez presentado el marco normativo general en que se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, corresponde centrarse en seleccionar una definición adecuada sobre la cual trabajar; para ello, resulta conveniente seguir la completa noción de Adrià Rodés Mateus, quien después de hacer un pormenorizado análisis de los elementos estructurales de un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo entiende como:

“[...] un derecho fundamental autónomo y al mismo tiempo una garantía procesal dirigida a sus titulares que son todas las personas, tanto físicas (ciudadanos y extranjeros) como jurídicas (privadas y públicas), que pertenece tutelar la eficacia temporal del proceso mediante la exigencia a los poderes públicos de su adecuada prestación y observación (instaurando efectivos mecanismos de tutela del derecho al justiciable), y que su reparación, en general, requiere una indemnización a cargo del Estado”.¹⁴⁶³

Siguiendo con las consideraciones efectuadas en torno al tema, se debe precisar que el derecho al plazo razonable debe ser acatado por todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial)¹⁴⁶⁴. En adición, se debe precisar que “[...] la infracción del derecho a un proceso sin

Española. En cualquier caso, a nuestro entender, este principio puede considerarse como el precedente legal inmediato de lo que después resultará la garantía constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. pp. 25-26.

¹⁴⁶¹ CE. Art. 24.2. “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

¹⁴⁶² GARCÍA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona. José María Bosh Editor. 1997. pp. 89-90.

¹⁴⁶³ RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. pp. 28-29.

¹⁴⁶⁴ “Todos los poderes públicos, al estar obligados por el artículo 9.1 a obedecer lo que dispone la CE, están obligados a respetar el contenido material de la misma, y su actuación debe orientarse y encaminarse a la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico, libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, establecidos en el artículo 1.1. de

dilaciones indebidas es imputable, inmediatamente, al órgano jurisdiccional que directamente incumple las prescripciones legales, sin necesidad de que se trate de una conducta maliciosa, culpable o negligente”.¹⁴⁶⁵

Los anteriores planteamientos permiten afirmar que es perfectamente posible aplicar el derecho a que no se presenten dilaciones indebidas en los procesos contencioso-administrativos. Por lo tanto, como lo explica el profesor Ricardo Rivero: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, influida como hemos visto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha expresado una evolución a lo largo del tiempo, apreciable también en sus repercusiones sobre el orden Contencioso-administrativo”.¹⁴⁶⁶

Así mismo, como lo precisa Rosario Alonso Ibáñez, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se presentan decisiones donde se aplica el criterio del plazo razonable en el proceso contencioso administrativo, como la primera sentencia que condenó a las Administraciones Públicas en 1985 y a partir de ésta se fueron produciendo decisiones en el mismo sentido:

“El recurso a una razonabilidad de los plazos se halla latente en una pionera sentencia que condenó a la Administración a indemnizar los daños provocados por un largo retraso —más de cuatro años— en la resolución de un recurso de alzada. Se fundaba la responsabilidad en el funcionamiento anormal, pero conectó éste no al retraso en sí, no a la infracción de los términos legales, sino a la irrazonabilidad o falta de justificación de la demora (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985). En esta misma dirección, de subordinar la responsabilidad a la falta de justificación de la demora, pueden mencionarse también otras posteriores, como las de 2 de octubre de 1985, 14 de diciembre de 1988, 21 de marzo de 1991”.¹⁴⁶⁷

la Constitución, obligación que deviene de especial relevancia en la realización efectiva del contenido esencial del derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable dado su no desarrollo legislativo”.

GARCÍA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona. José María Bosh Editor. 1997. p. 109.

¹⁴⁶⁵ RIVERO ORTEGA Ricardo y RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 20 de febrero”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. No. 102. Abril-junio. 1999. p. 287.

¹⁴⁶⁶ RIVERO ORTEGA Ricardo y RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 20 de febrero”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. No. 102. Abril-junio. 1999. p. 289.

¹⁴⁶⁷ ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 324.

De igual manera, resulta conveniente recordar que: “La principal vía complementaria o sustitutoria para reparar el derecho conculcado, tiene como base el artículo 121 de la CE, que posibilita al perjudicado estimado en amparo, exigir una responsabilidad patrimonial del Estado en caso de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.¹⁴⁶⁸ De esta manera, queda establecida la posibilidad para los particulares de hacer efectiva la protección a la vulneración de su derecho a un proceso administrativo sin dilaciones indebidas en el derecho español.

Para cerrar, pese a todo lo anteriormente expuesto, resulta conveniente traer a colación, un párrafo que fue escrito hace ya más de 15 años por Juan Diez Sánchez referido al derecho a un proceso administrativo sin dilaciones indebidas y que en la actualidad, desafortunadamente, continúa teniendo plena vigencia:

“Es difícil, no obstante, esperar que en este ámbito se avance mucho, cuando constatamos por igual que en la vía procesal las cosas no han evolucionado como debieran, a pesar de los mandatos constitucionales y legales. Con timidez se avanza por el camino de proscribir las dilaciones indebidas y de exigir las responsabilidades pertinentes, como se observa con un simple repaso de la jurisprudencia ordinaria (y aun constitucional), y de los abusivos e intolerables retrasos que, en ambos ordenes, sufren los pleitos y asuntos”.¹⁴⁶⁹

2.1.2. *Las dilaciones indebidas en el proceso administrativo y su relación con el procedimiento.*

Uno de los puntos de partida que puede servir para la determinación de la noción de dilación indebida procedimental es recurrir a la suministrada por el proceso administrativo, la cual será muy útil para poder adaptar los desarrollos construidos en torno al proceso y trasladarlos al tema concreto del procedimiento administrativo, teniendo en cuenta sus similitudes y diferencias.

De este modo, resulta necesario conocer la forma en que se relaciona el proceso administrativo con el procedimiento; para esto, parece conveniente recuperar la clásica

¹⁴⁶⁸ RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. pp. 94-95.

¹⁴⁶⁹ DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. pp. 327-328.

concepción del profesor italiano Mario Nigro quien ubica tres paradigmas para calificar esta relación que son: separación, alternatividad e integración.¹⁴⁷⁰

En la actualidad, el modelo vigente es el de la integración de los dos sistemas, es decir su relación es tan estrecha que forman dos partes de una unidad que se influyen mutuamente. Por esto, el debate en nuestros días se presenta en torno a la determinación de si se trata de una <<procedimentalización>> del proceso o <<procesualización>> del procedimiento.¹⁴⁷¹

Siguiendo a los profesores Jesús González y Francisco González entre el proceso y el procedimiento administrativo existe una verdadera relación en cuanto a su sustancia, con lo cual integrarían un sistema y por ende, sería incoherente intentar regular el tema de los plazos por separado¹⁴⁷²; puesto que, como lo señala Juan Diez Sánchez, a pesar de que no se trate de una

¹⁴⁷⁰ “Según lo dicho se perfila útil verificar como en sentido al proceder administrativo es posible notar la presencia de un panorama un poco heterogéneo de las modalidades de interacción entre las fases procedimental y aquella procesal. Particularmente, la obra reconstructiva de Nigro, en tiempos que no parecía relevante, se ocupó de la *questio de qua*, había destacado la presencia de al menos tres diversos paradigmas que abstractamente pueden calificar tales relaciones, vale decir aquellos de la separación, de la alternatividad y de la integración”. (Traducción propia).

“Ció detto si profila utile verificare come in senso alla procedura amministrativa sia possibile scorgere la presenza di un panorama alquanto eterogeneo di modalità di interazione tra le fase procedimentale e quella processuale. Segnatamente, l’opera ricostruttiva del Nigro, in tempi non sospetti nell’occuparsi della *quaestio de qua*, aveva prefigurato la presenza di almeno tre diversi paradigmi che astrattamente possono qualificare tali relazioni, vale a dire quello della separazione, dell’alternatività e dell’integrazione”.

SICLARI, Domenico. “Rapporti tra procedimento amministrativo e processo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 445.

¹⁴⁷¹ “Como adecuadamente ha sido observado por algunos autores, el modelo de la integración se puede clasificar en dos diversas tipologías según se manifiesten en los siguientes términos:

- de secuencia lógico estructural, a través de la <<procedimentalización>> del proceso;
- o, de proyección *ex ante* de cánones pertenecientes a la fase procesal con una <<procesualización>> del procedimiento”. (Traducción propia).

“Come autorevolmente osservato da alcuni Autori, il modello dell’integrazione si presta ad essere scandito in due diverse tipologie a seconda che si manifesti nei termini:

- di sequenza lógico strutturale, attraverso la <<procedimentalizzazione>> del processo;
- ovvero, di proiezione *ex ante* di canoni appartenenti alla fase processuale con una <<processualizzazione>> del procedimento”.

SICLARI, Domenico. “Rapporti tra procedimento amministrativo e processo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 457.

¹⁴⁷² “Si trato conjuntamente tan importante materia es por la convicción de que el «procedimiento» administrativo y el llamado «proceso» administrativo (recurso contencioso-administrativo, en la terminología legal) tienen unidad de sustancia. Y es que, además, como he dicho al comentar el artículo 1, la vía administrativa y la vía contencioso-administrativa integran un sistema, por lo que resulta incoherente regular por separado problemas (como el cómputo de plazos, por ejemplo) que son comunes a uno y otro subsistema”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1414.

demora en un proceso Contencioso-administrativo, la dilación indebida procedimental, puede conllevar fuertes repercusiones en el posterior desarrollo del mismo.¹⁴⁷³

En este mismo sentido, Enrique y Ricardo Rivero precisan que la fuerte relación entre procedimiento y proceso también se demuestra como posibilidad de revisar lo actuado en el procedimiento administrativo, o sea en el control judicial posterior de lo contencioso-administrativo y así, el procedimiento tendrá una importancia radical desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.¹⁴⁷⁴ Estos autores precisan, además, que “[...] el debido proceso debe incluir también el procedimiento administrativo, tal y como es interpretado en el contexto jurídico europeo, y las evoluciones doctrinales más recientes apuntan”.¹⁴⁷⁵

A pesar de sus grandes similitudes y estrecha relación, no se deben desconocer sus diferencias y debido a esto, para lograr una construcción mucho más precisa del concepto de dilación indebida procedimental sería conveniente, como lo afirma Juan Diez Sánchez que:

“Su actuación debería, por tanto, ser tratada –con las atemperaciones propias de la naturaleza del procedimiento- conforme al tamiz de la doctrina constitucional ante citada. Y con fundamento en ella, transpolar cuanto se precisa para estimar, según los supuestos, lo que debe considerarse *plazo razonable*, previa conexión de los *criterios* manejados por el TC con las *previsiones expresas en torno a los períodos temporales* en que la Administración estuviera obligada a resolver. En otras palabras, allí donde la ley determine plazos para que la Administración se pronuncie, su indiligencia

¹⁴⁷³ “En otras palabras, allí donde la Ley determine plazos para que la Administración se pronuncie, su indiligencia o pasividad habrían de ser valoradas con el rigor que se merecen en función de la repercusión que las mismas proyectan en orden a obtener la posterior tutela judicial”.

DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 323.

¹⁴⁷⁴ “Conviene advertir, además, que el control judicial contencioso-administrativo resultaría mucho más complejo sin la característica, propia de la formación de la voluntad de la Administración, de la tramitación de procedimientos. De manera que, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, el procedimiento es esencial, no sólo como expresión del debido proceso, en sí mismo, sino como presupuesto de las posibilidades de control ulterior. Si no se deja un reflejo (documental) del *iter* seguido por la Administración para formar su voluntad, difícilmente podrá discutirse más tarde el resultado”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 558.

¹⁴⁷⁵ RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 573.

y pasividad habrían de ser valoradas con el rigor que se merecen en función de la repercusión que las mismas proyectan en orden a obtener la posterior tutela judicial”.¹⁴⁷⁶

En este momento es indispensable destacar que el Tribunal Constitucional se ha referido a la posibilidad de extender el contenido del artículo 24 de la Constitución a las demoras procedimentales, en los siguientes términos: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1994, de 27 de enero (*Tol 82435*) declara que el retraso en la tramitación de un expediente administrativo no queda englobada en el artículo 24 de la Constitución (que se refiere a las dilaciones indebidas en el procedimiento judicial), pero el retraso administrativo puede dar lugar a una pretensión indemnizatoria”.¹⁴⁷⁷ Con lo cual resulta evidente la posibilidad de una responsabilidad patrimonial del Estado cuando se esté en presencia de una dilación procedimental indebida.

Los anteriores planteamientos facilitan la adecuación del concepto de dilación indebida procesal, a la noción de dilación indebida procedimental; no obstante, se debe ser muy riguroso porque a pesar de sus grandes interrelaciones, el procedimiento y el proceso administrativo tienen particularidades claves que no se pueden desconocer al intentar adaptar el concepto de dilación indebida procesal administrativa al procedimiento.

2.2. La definición de las dilaciones indebidas procedimentales.

Una vez analizados, los diversos tipos de daños procedimentales a intereses pretensivos y los desarrollos que en materia procesal se han efectuado sobre el tema, es imprescindible centrarse en la delimitación de la noción de dilación indebida procedimental. Para esto, se debe crear una noción de dilación indebida procedimental y hacer especial referencia al elemento de la injusticia del retraso, el cual será el contenido de los dos puntos de esta parte del escrito.

¹⁴⁷⁶ DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 323.

¹⁴⁷⁷ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 215.

2.2.1. Noción de dilación indebida procedimental.

Los particulares al iniciar un procedimiento administrativo tienen derecho a que se tramiten sus expedientes dentro de un tiempo adecuado¹⁴⁷⁸, que les permita hacerse unas expectativas claras acerca de los lapsos en que se producirá la actividad del Estado.¹⁴⁷⁹ En la práctica, sin embargo, en ocasiones, las Administraciones públicas incumplen los plazos que tienen para gestionar los procedimientos con lo que pueden causar lesiones a los interesados y por ende, deberían responder patrimonialmente.¹⁴⁸⁰

En algunos casos las demoras no están justificadas, por lo que se constituyen en verdaderas arbitrariedades, que deben ser corregidas por el derecho administrativo. La doctrina ha denominado estos supuestos de incumplimiento temporal como: Dilaciones indebidas o retrasos injustificados; noción que se debe precisar rigurosamente, debido a su difícil determinación en los casos concretos.

Para evitar ambigüedades resulta adecuado empezar por estudiar los términos que componen la definición que se quiere presentar es decir: 1. Dilación, 2. Indebida y 3. Procedimental, recurriendo a las definiciones de cada una de estas acepciones como aparecen establecidas en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE).

¹⁴⁷⁸ Así lo dispone el artículo 42 de la Ley 30 de 1992 al cual hemos hecho amplia referencia en las páginas precedentes y específicamente en el Capítulo III: El término procedimental y las consecuencias de su desconocimiento en el ordenamiento jurídico español.

¹⁴⁷⁹ "Pero, además, constituye una formidable garantía de la que dispone el ciudadano, pues gracias a él puede conocer la duración máxima del expediente y en consecuencia, a de ese estado de incertidumbre en el que se encuentra respecto de la solución o desenlace definitivos que puede influir en las decisiones que adopta y en los compromisos que contrae".

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 328.

¹⁴⁸⁰ "La responsabilidad de carácter patrimonial no tiene una mención especial que la conecte con el incumplimiento de la obligación de resolver, sino tan sólo se alude a la misma forma genérica, a diferencia de como ha acontecido con alguna legislación sectorial. Por tanto, la posibilidad de paliar los daños del ciudadano ocasionados por la inactividad deberá deducirse, principalmente, de su normativa general (art. 106.2 CE y art. 139 de la LRJPAC).

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 332-333

1. “Dilación: 1. f. Demora, tardanza o detención de algo por algún tiempo. 2. Ant. Dilatación, extensión, propagación”.¹⁴⁸¹ “2. Indebida: 1. Adj. Que no es obligatorio ni exigible. 2. Adj. Ilícito, injusto y falta de equidad”.¹⁴⁸² “3. Procedimental: 1. Adj. Pertenciente o relativo al procedimiento (método de ejecutar algunas cosas)”.¹⁴⁸³

Como se ha visto el concepto de dilación indebida tiene tres componentes indeterminados, que provienen de cada una de las palabras que constituyen el término en conjunto: El primero, es la dilación que es un componente objetivo¹⁴⁸⁴; el segundo es, la palabra indebida donde se encuadra el elemento subjetivo¹⁴⁸⁵ y finalmente, el término procedimental que hace referencia a la fase del procedimiento administrativo para diferenciarla de la etapa del proceso o procesal.

De la lectura conjunta de las anteriores consideraciones se puede concluir que por dilación indebida procedimental concretamente se debe entender: <<Demora injusta procedimental, que impide que se cumpla con la obligación de resolver dentro del término previsto>>.

2.2.2. El elemento indebido o injusto del retraso.

Las dilaciones indebidas procedimentales se producen cuando las Administraciones públicas han dejado de actuar dentro del tiempo establecido sin ninguna razón que justifique

¹⁴⁸¹ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dilación

¹⁴⁸² http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=indebida

¹⁴⁸³ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=procedimental

¹⁴⁸⁴ “La dilación atribuida al órgano jurisdiccional constituye el elemento objetivo de las expresiones dilaciones indebidas por cuanto, en línea de principio, una dilación judicial implica la inobservancia o extralimitación del plazo procesal legalmente establecido por parte del órgano judicial, el cual está obligado a realizar una determinada actuación en un proceso concreto”.

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. pp. 41-42.

¹⁴⁸⁵ “El calificativo de indebida introduce la apreciación subjetiva de la antijuridicidad de la demora que originará la vulneración constitucional. No existe una regla universal que clarifique su concepto evasivo el cual, si bien no puede ser jurídicamente definido con precisión y certeza, es el único elemento del derecho que aporta incertidumbre al contenido propio del mismo”.

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. pp. 44-45.

dicho incumplimiento; con lo que se puede generar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.¹⁴⁸⁶

En este orden de ideas, el centro de la cuestión consistirá en determinar cuándo una demora en un procedimiento deba ser considerada como injusta y cuándo debe ser soportada por el particular. Para esto, se deben seguir algunos criterios o lineamiento que permitan precisar el contenido del elemento indebido en de las dilaciones que son: 1. La presencia de una demora o vencimiento del plazo (elemento objetivo) y 2. Que el retraso sea injusto, indebido o irrazonable (elemento subjetivo).

2.2.2.1. Vencimiento del término: El primer índice de comportamiento injusto se presenta cuando la Administración sobrepasa el término que ha sido fijado por el ordenamiento jurídico o que ella misma se ha prefijado para decidir¹⁴⁸⁷, que varía según las características del tipo de procedimiento concreto que se trate¹⁴⁸⁸ y el ordenamiento jurídico al que se haga referencia. En España los plazos procedimentales se encuentran establecidos en el *Capítulo II: Términos y plazos* correspondientes a los artículos 47 a 50 de la Ley 30 de 1992.

La lectura de los anteriores artículos se debe hacer conjuntamente con el artículo 42 de la misma ley que contiene, en cuanto al tema de los términos las siguientes reglas : En su numeral 1 la obligación de resolver¹⁴⁸⁹; en el segundo numeral, establece el plazo máximo procedimental de

¹⁴⁸⁶ “Dicho de otro modo, el incumplimiento (imputable a la Administración) de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental es exponente de un funcionamiento anormal del servicio público, con el que se explica y justifica la incursión en la responsabilidad administrativa”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 227.

¹⁴⁸⁷ “Los actos administrativos han de adoptarse, normalmente, dentro de los plazos fijados por el Ordenamiento. Pero por lo general, el incumplimiento de los plazos no determina su invalidez”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*. Civitas. Editorial Aranzadi. Nacarra. 2009. p. 77.

¹⁴⁸⁸ “Leyes y reglamentos suelen establecer plazos al respecto, de acuerdo –teóricamente al menos- con la duración deseable o previsible de cada procedimiento conforme a su naturaleza, trámites, complejidad y posibilidades materiales de la Administración”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 505.

¹⁴⁸⁹ “[Artículo 42](#). Obligación de resolver.

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

6 meses como regla general, fijando algunas salvedades cuando lo establezca una ley o una norma comunitaria¹⁴⁹⁰; el siguiente numeral dice que el plazo supletorio será de tres meses y la forma en que se cuentan¹⁴⁹¹; en el cuarto numeral, la obligación de comunicar el plazo máximo de trámite procedimental¹⁴⁹²; en el quinto, las condiciones en que se puede presentar la suspensión del término¹⁴⁹³; en el sexto, se fijan mecanismos que permiten a las entidades públicas cumplir con el

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración”.

¹⁴⁹⁰ “42.2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”.

¹⁴⁹¹ “Artículo 42. 3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”.

¹⁴⁹² “Artículo 42. 4. Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”.

¹⁴⁹³ “Artículo 42. 5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.

b. Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

d. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

e. Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados”.

plazo¹⁴⁹⁴ y finalmente, el séptimo, determina diversos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el Estado y sus funcionarios.¹⁴⁹⁵

Este artículo es de gran importancia puesto que el desconocimiento de estos términos configurará el primer elemento de la dilación indebida en España, es decir se presentará el incumplimiento o desconocimiento del plazo en el procedimiento administrativo por parte de las Administraciones públicas.

En cuanto al artículo 42, que se viene estudiando, es conveniente transcribir las pertinentes ideas de Luis Medina Alcoz quien sostiene que:

“En efecto, el artículo 42 LPC atribuye a la Administración la potestad de determinar unilateralmente, vía reglamentaria, el plazo de sus procedimientos imponiéndole un único límite de carácter reglado: que el término establecido no exceda de seis meses, salvo que una norma establezca uno mayor o que así venga previsto en la normativa comunitaria. Así las cosas, corresponde a la Administración fijar, con carácter general y dentro del margen legal de 6 meses, el término máximo de los expedientes que tramita, y, a tal efecto, debe realizar una valoración discrecional que tenga en cuenta los medios personales y estructurales de que dispone; el número previsible de procedimiento, los trámites de que éstos se componen; el grado de complejidad de las materias de que tratan; la experiencia adquirida en la tramitación de los sustanciados con anterioridad; las exigencias constitucionales de eficacia y celeridad de la actuación administrativa”.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹⁴ “42.6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo. Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.

¹⁴⁹⁵ “42.7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”

¹⁴⁹⁶ ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 332.

De igual modo, es oportuno recordar que el artículo 47¹⁴⁹⁷ dispone que los términos y plazos son de obligatorio cumplimiento y su incumplimiento será un indicador de un hecho de funcionamiento anormal de las Administraciones públicas y por ende, para que se presente la dilación indebida procedimental será necesario que ese incumplimiento sea indebido¹⁴⁹⁸, elemento que se analizará a continuación.

2.2.2.2. Incumplimiento indebido del plazo: La clave de la cuestión radica en comprender que no es la superación del plazo lo que genera la dilación indebida; sino que, se necesita un requisito adicional, de tipo subjetivo, la no realización de la actuación dentro del plazo razonable.¹⁴⁹⁹ El plazo razonable se entenderá el fijado por el ordenamiento jurídico y sólo excepcionalmente, cabrá la demostración de que éste no lo es para situaciones concretas. Sólo cuando la inactividad no sea razonable se puede generar el deber de indemnizar por parte de la Administración al configurarse una verdadera dilación indebida procedimental.¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁷ “Artículo 47. Obligatoriedad de términos y plazos.

Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos”.

¹⁴⁹⁸ Para Luis Medina Alcoz el sólo vencimiento del plazo configura la dilación indebida y por tanto, el simple incumplimiento generará la responsabilidad, sin que se deba entrar a constatar el segundo elemento es decir la razonabilidad del incumplimiento.

“A la luz de estas consideraciones, parece insostenible la doctrina que apelando a una (pretendida) abstracción del plazo fijado y forzando la significación normativa del artículo 42, afirma que la Administración sólo está obligada a resolver en un período razonable de tiempo, y no en el efectivamente marcado por el ordenamiento. A su vez, la virtualidad atributiva al incumplimiento impide considerar, como vinimos diciendo, que la culpa sea el fundamento de la responsabilidad por omisión del deber de resolver y, consecuentemente, que la simple demostración de la razonabilidad del incumplimiento exonere de responsabilidad. Dicho de otra forma, parece inadmisibles que la Administración morosa se libere sobre la base de que un supuesto fundamento culpabilístico permite relajar la exigibilidad del deber de resolver en el plazo normativamente establecido”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 334.

¹⁴⁹⁹ “El concepto de dilación indebida no puede identificarse, sin embargo, con la mera infracción de los plazos procesales previstos en las leyes, precisamente porque no pueden desconocerse, como tampoco el legislador puede prever con entera-exactitud, ni la realidad, ni las circunstancias del caso concreto que pueden justificar y hacer necesaria la superación de aquellos plazos”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 424.

¹⁵⁰⁰ “En definitiva, la ausencia de actividad jurídicamente relevante en un plazo razonable cuando existe una obligación de actuar puede provocar diversas consecuencias jurídicas. Entre estas consecuencias jurídicas encontramos la existencia del deber de indemnizar un daño por darse los requisitos exigidos por la responsabilidad respecto a la inactividad de la Administración pública”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 287-288.

Se debe precisar que la noción de razonabilidad del plazo es “[...] un concepto jurídico indeterminado, que deberá ser delimitado en función de las circunstancias concretas, teniendo presente la complejidad del asunto, los distintos trámites internos a realizar, así como la propia conducta del interesado”¹⁵⁰¹ y por ende, “[...] en circunstancias determinadas, que habrá de acreditar quien las invoque, el término legal podrá anticiparse o postergarse al tiempo que, conforme a tales circunstancias, resulte razonable. Y con el criterio restrictivo que cabe inferir de esta excepcionalidad ha de entenderse la aludida relatividad de los plazos legales para resolver que, como regla general, han de presumirse razonables”¹⁵⁰².

Al observar la complejidad que presenta el concepto de dilación indebida por incumplimiento del plazo razonable, resulta imprescindible, para su determinación en los diversos procedimientos administrativos, seguir los lineamientos que han trazado la jurisprudencia y el principio de proporcionalidad.¹⁵⁰³

El criterio orientador de la razonabilidad, como lo destaca Rosario Alonso, ha sido reconocido por la doctrina del Consejo de Estado español en diversos dictámenes en los siguientes términos:

“El criterio de la razonabilidad de los plazos está presente también en la doctrina del Consejo de Estado. Según este, para que se genere responsabilidad de la Administración, el retraso debe ser injustificado, habida cuenta de que en otro caso el evento dañoso no le sería imputable, dado que <<los reclamantes tienen derecho a que su reclamación se resuelva en un tiempo razonable que evidentemente, no es aquí el invertido en la sustanciación del procedimiento económico-administrativo, que no sólo ha superado la duración máxima que al respecto, establece el artículo 70 del Reglamento, sino que ha traspasado los límites de lo razonable, lo que no se justifica en ningún caso, ni por la complejidad de la cuestión debatida ni por el estándar medio admisible en

¹⁵⁰¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 229.

¹⁵⁰² GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 487.

¹⁵⁰³ “Estamos, pues, ante un concepto jurídico indeterminado o abierto que necesita ser individualizado en cada supuesto litigioso, según concurren o no los criterios elaborados jurisprudencialmente, que en puridad no puede llegar al extremo de desconocer su propia esencia, y que deben ser utilizados siempre con una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad”.

RIVERO ORTEGA Ricardo y RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 20 de febrero”. En *Revista española de Derecho Administrativo*. No. 102. Abril-junio. 1999. p. 289.

este tipo de reclamaciones. En esta dilación indebida la que opera como desencadenante es la responsabilidad>>”.¹⁵⁰⁴

A nivel comunitario, como lo explica, Anna Simonati, en la lectura de las decisiones de la Corte de Luxemburgo se pueden encontrar algunos criterios de naturaleza objetiva: “Más precisamente, en los pronunciamientos recientes, se afirma constantemente que la duración razonable del procedimiento administrativo debe ser valorada según las circunstancias específicas y el contexto que diferencia cada caso, también de la cantidad y la calidad de las varias fases procedimentales desplegadas y de la multiplicidad de los interés envueltos”.¹⁵⁰⁵ (Traducción propia).

3. LOS PROCEDIMIENTOS EN QUE SE PUEDE PRODUCIR LA RESPONSABILIDAD POR DILACIONES INDEBIDAS.

Introducción.

Un factor metodológico importante para determinar los supuestos en que se puede presentar responsabilidad patrimonial administrativa por dilaciones indebidas procedimentales es establecer las clases de procedimientos en los que ocurre, puesto que, por sus especiales condiciones, no opera sino para ciertos tipos de procedimientos determinados.

¹⁵⁰⁴ “El criterio de la razonabilidad de los plazos está presente también en la doctrina del Consejo de Estado. Según este, para que se genere responsabilidad de la Administración, el retraso debe ser injustificado, habida cuenta de que en otro caso el evento dañoso no le sería imputable, dado que <<los reclamantes tienen derecho a que su reclamación se resuelva en un tiempo razonable que evidentemente, no es aquí el invertido en la sustanciación del procedimiento económico-administrativo, que no sólo ha superado la duración máxima que al respecto, establece el artículo 70 del Reglamento, sino que ha traspasado los límites de lo razonable, lo que no se justifica en ningún caso, ni por la complejidad de la cuestión debatida ni por el estándar medio admisible en este tipo de reclamaciones. En esta dilación indebida la que opera como desencadenante es la responsabilidad>>”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 324-325.

¹⁵⁰⁵ “Più precisamente, nelle pronunce recenti, si afferma costantemente che la durata ragionevole del procedimento amministrativo deve essere valutata sulla scorta delle circostanze specifiche e del contesto che contraddistinguono ciascuna vicenda, nonché della quantità e qualità delle varie fasi procedurali espletate e della molteplicità degli interessi coinvolti”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell'analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. pp. 247-248.

Las categorizaciones de los procedimientos administrativos han sido elaboradas conjuntamente por la doctrina y la jurisprudencia con el fin de hacer más fácil su comprensión y por esto, “[...] las tipologías procedimentales tienen prevalentemente un valor cognoscitivo y técnico, más que normativo”.¹⁵⁰⁶ (Traducción propia). Así, mismo no sobra recordar que las clasificaciones no son excluyentes entre ellas y por lo tanto, puede haber procedimientos encuadrables en dos clases simultáneamente.

En cuanto a las clasificaciones de los procedimientos administrativos se han desarrollado una larga lista de tipos; en este trabajo, se hará referencia a diez propuestas realizadas tanto por profesores españoles como italianos. Concretamente las elaboradas por: 3.1.1. Eduardo García y Tomás-Ramón Fernández; 3.1.2. Eduardo Gamero y Severiano Fernández; 3.1.3. Fernando Garrido Falla y José Fernández Pastrana; 3.1.4. Ramón Parada; 3.1.5. Luciano Parejo Alfonso; 3.1.6. González Pérez y González Navarro; 3.1.7. Giandomenico Falcon; 3.1.8. Sergio Lariccia; 3.1.9. Massimo Severo Giannini y 3.1.10. Javier Barnes.

Como se verá más adelante, después de haber examinado el contenido de dichas propuestas parece adecuado elegir la distinción entre procedimientos ablatorios y ampliatorios propuesta originalmente en Italia por el profesor Mario Nigro y que ha sido presentada en España, entre otros, por Luis Medina Alcoz¹⁵⁰⁷; puesto que, esta distinción permitirá agrupar más fácilmente los casos en que se presente responsabilidad estatal por dilaciones indebidas procedimentales.

En este orden de ideas, se debe dejar por sentado que las dilaciones indebidas se presentarán generalmente en los procedimientos administrativos ampliatorios, donde las personas pretenden aumentar sus prerrogativas jurídicas; mientras que, en los ablatorios (procedimientos en que se ven afectados, restringidos o disminuidos sus derechos) la demora no

¹⁵⁰⁶ “[...] le tipologie procedimentali hanno prevalente valore conoscitivo e tecnico, più che normativo”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. p. 325.

¹⁵⁰⁷ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 312-315.

los afecta y en ocasiones los puede beneficiar.¹⁵⁰⁸ Pese a lo anterior, se debe hacer énfasis como se verá en lo sucesivo de este trabajo, que excepcionalmente se puede generar daños en los procedimientos ablatorios a los terceros.

3.1. Clases de procedimientos.

La actividad administrativa en la actualidad reviste una muy amplia variedad de funciones que le son encomendadas dependiendo de los principios establecidos en la Constitución. En el caso español, al ser un Estado Social de Derecho, la Administración debe desarrollar sus actuaciones en diversos campos; por ejemplo, debe garantizar la protección de los derechos de sus habitantes, prestar los servicios públicos, restringir o fomentar la actividad privada, administrar justicia, realizar obras públicas y en fin, acometer una serie de acciones encaminadas a la consecución de la prevalencia del interés general sobre el particular.

Partiendo de esto, es evidente que existen diversas clases de procedimientos administrativos y consecuentemente, diferentes maneras para clasificarlos como lo ha hecho la mayor parte de la doctrina. De esta gran proliferación metodológica se deben destacar las siguientes propuestas:

3.1.1. Procedimiento general y procedimientos especiales; Declarativos, ejecutivos y de simple gestión; Ordinarios y sumarios o de urgencia y Procedimientos en que los particulares están en relación de colaboración y procedimientos en que hay contraposición de interés.

En la décima edición del Tomo II de su Curso de Derecho Administrativo, Eduardo García y Tomás-Ramón Fernández, presentan las siguientes clases de procedimientos: 1. Procedimiento general y procedimientos especiales; 2. Declarativos, ejecutivos y de simple gestión; 3. Ordinarios

¹⁵⁰⁸ “En los procedimientos ablatorios, el tiempo corre a favor del interesado que, lejos de sufrir daños, se beneficia del incumplimiento en que incurre la Administración. Consumido el plazo máximo de terminación sin un acuerdo expreso y ejecutivo, el procedimiento caduca o *perece* (art. 44.2 LPC), sin que la Administración pueda ya dictar un acto que no sea el que declare formalmente esta contingencia (art. 42 LPC). Por eso la demora en la tramitación de procedimientos que puede imponer actos de gravamen no genera daños al interesado ni, consecuentemente, responsabilidad patrimonial de la Administración”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. pp. 312-313.

y sumarios o de urgencia y 4. Procedimientos en que los particulares están en relación de colaboración y procedimientos en que hay contraposición de interés, en este caso la administración será como un árbitro.¹⁵⁰⁹

3.1.2. Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, Procedimientos de primer y segundo grado, procedimientos ordinarios y triangulares y Procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.

Eduardo Gamero y Severiano Fernández dividen los procedimientos administrativos en: 1. Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales; 2. Procedimientos de primer y segundo grado; 3. Procedimientos ordinarios y triangulares y 4. Procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.¹⁵¹⁰

3.1.3. Procedimiento administrativo común, procedimientos especiales concéntricos y procedimientos especiales excéntricos.

Los profesores Fernando Garrido Falla y José Fernández Pastrana propone la clasificación en tres tipos de procedimientos; es decir en, procedimiento administrativo común, especial concéntrico y especial excéntrico sosteniendo que:

“a) *El procedimiento administrativo común, [...] tiene también este carácter común para todas las Administraciones Públicas.*

b) *Los procedimientos especiales que podríamos denominar «concéntricos», esto es, aquellos que, aunque admitan adaptaciones, han de ajustarse en lo fundamental, a las normas reguladoras del procedimiento administrativo común, que han de ser centro y fuente inspiradora, sin perjuicio de su aplicación subsidiaria.*

c) *Los procedimientos especiales «excéntricos», en relación con los cuales el procedimiento administrativo común sólo juega el papel de norma subsidiaria o supletoria. Estos últimos son la excepción, ya que la regla, tratándose de procedimientos especiales (al menos de los ya establecidos y subsistentes), es su conversión en procedimientos «concéntricos»”.*¹⁵¹¹

¹⁵⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición, Madrid, Civitas, 2006, pp. 461-464.

¹⁵¹⁰ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. pp. 264-265.

¹⁵¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 307-308.

3.1.4. Procedimientos declarativos; constitutivos; organizativos; sancionadores y ejecutivos.

Ramón Parada en su texto de Derecho Administrativo General recuerda la siguiente tipología de procedimientos administrativos, que se parece mucho a la clasificación de los actos administrativos: 1. Procedimientos declarativos, 2. Constitutivos, 3. Organizativos, 4. Sancionadores y 5. Ejecutivos.¹⁵¹²

3.1.5. Su regulación y ámbito de aplicación; grado de ordenación de sus actuaciones; relación con otras actuaciones administrativas; Sujetos que intervienen y su finalidad.

Luciano Parejo Alfonso afirma que los procedimientos se pueden clasificar según: 1. Su regulación y ámbito de aplicación, 2. Grado de ordenación de sus actuaciones, 3. Relación con otras actuaciones administrativas, 4. Sujetos que intervienen y 5. Su finalidad.¹⁵¹³

3.1.6. Procedimientos con tramitación preestablecida (formalizados) y Procedimientos en que se deja la libertad al instructor (no formalizados).

Según la opinión del profesor Jesús González Pérez, siguiendo a González Navarro, los procedimientos administrativos se dividen en: 1. Procedimientos con tramitación preestablecida (formalizados) y 2. Procedimientos en que se deja la libertad al instructor (no formalizados).¹⁵¹⁴

Como lo explica el autor: “Distinción que fue formuló González Navarro y que consagró la S. de 12 de febrero de 1986, de la que fue ponente. Según decía esta sentencia, existen procedimientos en los que la Ley no establece un cauce ritual diseñado al que no tenga que ajustarse el instructor del procedimiento. No es que aquí el instructor pueda actuar

¹⁵¹² PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. pp. 215-217.

¹⁵¹³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. pp. 364-365.

¹⁵¹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002. pp. 79-81.

arbitrariamente, prescindiendo absoluto de la forma, sino que está sujeto a unos trámites preclusivos que haya de cumplir rígidamente”.¹⁵¹⁵

3.1.7. *Procedimientos iniciados a petición de la parte privada interesada, de oficio o por propuesta de otra Administración pública.*

La división de los procedimientos en estas tres categorías según la manera en que inicien aparece en gran parte de la doctrina pues como lo explica Giandomenico Falcon: “Tradicionalmente se mencionan las posibilidad de que el procedimiento no inicie ni a petición de parte (entendiéndose por una parte una parte privada), ni a iniciativa de oficio (si por iniciativa de oficio se entiende aquella de la misma Administración competente para decidir), sino a propuesta o requerimiento de otra Administración, que para también como autoridad (y no como destinataria del provvedimento final)”.¹⁵¹⁶ (Traducción propia).

3.1.8. *Procedimientos declarativos y procedimientos constitutivos; Procedimientos de primer y de segundo grado; Procedimientos con efectos ablatorios y ampliatorios y Procedimientos sancionatorios.*

El profesor italiano Sergio Lariccia propone en su libro de Derecho Administrativo la siguiente clasificación: 1. Procedimientos declarativos (incluyendo procedimientos de registración) y procedimientos constitutivos); 2. Procedimientos de primer y segundo grado (anulación y revocación; confirmación y convalidación); 3. Procedimientos ablatorios (concesorios, autorizatorios y de expropiación) y Ampliatorios (autorizaciones, concesiones y licencias); 4. Sancionatorios.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*. Civitas. Editorial Aranzadi. Nacarra. 2009. P. 27.

¹⁵¹⁶ “Tradizionalmente si accenna alla possibilità che il procedimento non inizi né a domanda di parte (intendendosi per parte una parte privata) né ad iniziativa *d’ufficio* (se per iniziativa *d’ufficio* si intende quella della stessa amministrazione competente a provvedere), ma inizi su *proposta* o su *richiesta* di un’altra pubblica amministrazione, che opera anch’essa come autorità (e non come destinataria del provvedimento finale)”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L’attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. pp. 83-84.

¹⁵¹⁷ “Procedimenti dichiarativi e procedimenti costitutivi. I e. d. procedimenti di registrazione come specie dei procedimenti dichiarativi. Procedimenti di primo e di secondo grado. Annullamento e revoca. Conferma e

3.1.9. Los procedimientos prevalentemente sustanciales y los procedimientos prevalentemente funcionales.

Esta división fue propuesta por uno de los más grandes administrativistas italianos Massimo Severo Giannini quien entiende que los procedimientos se pueden clasificar en dos grandes grupos que son: 1. Procedimientos sustanciales (Procedimientos autorizativos; Concesorios y ablatorios) y 2. Los procedimientos prevalentemente funcionales (Procedimientos preceptivos administrativos; declarativos; participativos; procedimientos de primero y segundo grado; procedimientos de oficio y de recursos; procedimientos de revisión y procedimientos sancionatorios).¹⁵¹⁸

3.1.10. Procedimientos administrativos que entrañan una afectación directa de posiciones jurídicas subjetivas de carácter sustantivo y aquellos otros que no tienen por objeto inmediato garantizar derechos o intereses individuales.

Esta es una nueva propuesta es presentada por Javier Barnes basada en los lineamientos de la doctrina alemana según la cual:

“Podríamos distinguir por pura convención entre los procedimientos administrativos que entrañan una afectación directa de posiciones jurídicas subjetivas de carácter sustantivo, como en el caso de un procedimiento sancionador, constitutivo o declarativo, por ejemplo, y aquellos otros que no tienen por objeto inmediato garantizar derechos o intereses individuales, sino ponderar los bienes, valores o intereses en presencia, obtener la información precisa, etc., como sucede en los procedimientos de seguridad alimentaria o de planificación territorial, por ejemplo”.¹⁵¹⁹

3.2. Procedimientos ablatorios y ampliatorios.

Una vez presentada gran parte de la prolífera clasificación de procedimientos que se ha planteado tanto por la doctrina española como la italiana, corresponde definir la división que

convalida. Procedimenti ablatori, concessori, autorizzatoli. Procedimento di espropriazione. Autorizzazione, concessione, licenza. Procedimenti sanzionatori”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 284.

¹⁵¹⁸ SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver pp. 326-440.

¹⁵¹⁹ BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 296.

regirá el desarrollo de este trabajo es decir la división entre procedimientos ablatorio y ampliatorios. Esta distinción fue propuesta por Mario Nigro basándose en las diversas formas de protección de los intereses de los asociados concedidas por el ordenamiento.¹⁵²⁰

La tipificación entre estos dos tipos de procedimientos permite saber en qué tipos de procedimientos se presentarán las dilaciones indebidas procedimentales, ya que éstas no pueden ocurrir en los procedimientos ablatorios. En estos procedimientos, no se producen verdaderas lesiones, en su sentido técnico, debido a que el particular no puede pretender que se le indemnice por una demora en el trámite procedimental. “Es más, en ocasiones aunque resulte paradójico, el retraso podría incluso llegar a calificarse como beneficioso para el interesado, <<víctima>> aparente de la tardanza (aunque lógicamente no es lo normal)”.¹⁵²¹

En contraposición, será tan sólo en los ampliatorios donde se puede presentar la responsabilidad patrimonial por una dilación indebida procedimental, en los casos en que se cumplan todos los requisitos que se han establecido por el ordenamiento jurídico, que son: La producción de una lesión¹⁵²², la imputación a una Administración pública y la relación de causalidad.¹⁵²³

¹⁵²⁰ “Tal distinción es debida a Mario Nigro el cual, con referencia a su tesis sobre el objeto del interés legítimo, observa que los intereses pretensivos son los intereses a la adquisición de un bien o un interés y los intereses opositivos son los intereses a la conservación de un bien o un interés. La doctrina ha aceptado tal distinción, que corresponde a las diversas formas de protección de los intereses tutelados por el ordenamiento”. (Traducción propia).

“Tale distinzione è dovuta a Mario Nigro il quale, con riferimento alla sua tesi riguardante l’oggetto dell’interesse legittimo, osservava che gli interessi pretensivi sono gli interessi all’acquisizione di un bene o interesse e gli interessi oppositivi sono gli interessi alla conservazione di un bene o interesse. La dottrina ha accettato tale distinzione, che riguarda le diverse forme di protezione degli interessi protetti dall’ordinamento”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 212.

¹⁵²¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 230.

¹⁵²² El primero de estos elementos la lesión indemnizable y recordamos que sus cuatro componentes son: 1. Ser efectivo, 2. Evaluable económicamente, 3. Individualizado y 4. Antijurídico.

Este tema está ampliamente desarrollado en la primera parte de esta tesis doctoral así que simplemente se debe recordar que estos cuatro requisitos están establecidos en la Ley 30 de 1992 en sus artículos 139 y 141.

¹⁵²³ La doctrina, más representativa, está de acuerdo con estos tres elementos. Ver por ejemplo, MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005; GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006; DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004 o MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000.

En síntesis, para establecer los tipos de procedimientos en los que se puede presentar una verdadera lesión indemnizable a cargo de las Administraciones públicas es necesario distinguir entre los procedimientos ampliatorios y los ablatorios.

3.2.1. Procedimientos ablatorios.

Como lo explica Massimo Severo Giannini: “Los procedimientos ablatorios constituyen la categoría más antigua, más importante y más articulada de los procedimientos administrativos y son considerados los procedimientos administrativos por excelencia, aquellos que en cualquier ordenamiento general no pueden no existir en substancia [...]”.¹⁵²⁴ (Traducción propia).

Los procedimientos ablatorios son los encaminados a restringir o limitar los derechos de los particulares al imponerles alguna carga o gravamen, por parte de la Administración. En estos procedimientos se sacrifica un interés particular a un bien de la vida, para cumplir un interés general de la colectividad¹⁵²⁵ y de esta manera, el particular sufre una privación personal, patrimonial o mixta.¹⁵²⁶

En consecuencia, en estos tipos de procedimientos “[...] se constata que el potencial destinatario de un provvedimento *restrictivo* tiene un obvio interés a *contraponerse*, interés que

¹⁵²⁴ “I procedimenti ablatori costituiscono la categoria più antica, più importante e più articolata dei procedimenti amministrativi e sono considerati i procedimenti amministrativi per eccellenza, quelli che in qualsiasi ordinamento generale non possono non esistere nella loro sostanza [...]”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver p. 352.

¹⁵²⁵ “Los poderes públicos, como cualquiera está en grado de valorar con base en propia personal experiencia, pueden sacrificar, para satisfacer los intereses generales de la colectividad, el interés de un privado a un bien de la vida”. (Traducción propia).

“I procedimenti ablatori costituiscono la categoria più antica, importante e complessa dei procedimenti costitutivi. I poteri pubblici, come ciascuno è in grado di valutare in base alla propria personale esperienza, possono sacrificare, per soddisfare gli interessi generali della collettività, l'interesse di un privato a un bene della vita”.

LARICCIA, Segio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 287.

¹⁵²⁶ “El elemento común es aquello privativo: el sujeto afectado por el provvedimento por razione de interés público, sufre una disminución, personal, patrimonial o mixta”. (Traducción propia).

“L'elemento comune è quello privativo: il soggetto colpito dal provvedimento per ragioni di pubblico interesse, subisce una diminuzione, or personale, or patrimoniale or mista”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver p. 352.

técnicamente tiene el nombre de *interés opositivo*¹⁵²⁷ (Traducción propia) y por esto, “[e]n los procedimientos ablatorios, el tiempo corre a favor del interesado que, lejos de sufrir daños, se beneficia del incumplimiento en que incurre la Administración”.¹⁵²⁸ (Traducción propia).

Estos procedimientos pueden presentar una estructura muy diversa y se pueden clasificar de diversas maneras. “La más sencilla clasificación de los procedimientos es aquella que se fundamenta sobre la clase de la situación subjetiva introducida por el procedimiento: donde se encuentran procedimientos personales, si se ha introducido un derecho de la persona; reales, si se introduce un derecho real; obligacionales, si en ellos se constituyen relaciones autoritativas de obligaciones”.¹⁵²⁹ (Traducción propia).

En este sentido, existen diversos ejemplos de procedimientos ablatorios dentro de los cuales se pueden destacar los siguientes: “[...] prohibición de tránsito, pago de un tributo, obligación del servicio militar, expropiación de un bien. Los procedimientos ablatorios pueden ser de apropiación, cuando el poder público se apropia de una cosa (*res*) y privativos, cuando el poder público quita alguna cosa (incidiendo así sobre la *utilitas* de una cosa), pero no se apropia de nada”.¹⁵³⁰ (Traducción propia).

Por todo esto, es en los procesos ablatorios no se puede generar la responsabilidad administrativa por dilaciones administrativas procedimentales, puesto que le vencimiento del término los favorece. Tan sólo, puede existir la responsabilidad en los procesos ablatorios cuando

¹⁵²⁷ “[...] contatiamo che il potenziale destinatario di un provvedimento *restrittivo* ha un ovvio interesse a *contrapporsi* ad esso, interesse che tecnicamente prende il nome di *interesse opositivo*”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p.73.

¹⁵²⁸ “En los procedimientos ablatorios, el tiempo corre a favor del interesado que, lejos de sufrir daños, se beneficia del incumplimiento en que incurre la Administración”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

¹⁵²⁹ “La più semplice classificazione dei procedimenti ablatori è quella che si fonda sulla classe della situazione soggettiva incisa dal procedimento, onde si hanno procedimenti personali, se è inciso un diritto della persona; reali se è inciso un diritto reale; obbligatori, se da essi si costituisce un rapporto autoritativo di obbligazione”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver p. 352.

¹⁵³⁰ “[...] divieto di transito, pagamento di un tributo, obbligo del servizio militare, espropriazione di un bene. I procedimenti ablatori possono essere appropriativi, quando il potere pubblico si appropria di una cosa (*res*) e privativi, quando il potere pubblico toglie qualcosa (incide dunque sulla *utilitas* di una cosa), ma non si appropria di nulla”.

LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume I. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006. p. 287.

se produzca la inactividad frente a terceros que se ven afectados por la actuación administrativa.¹⁵³¹

3.2.2. Procedimientos ampliatorios o autorizatorios.

Como agudamente lo observa Massimo Severo Giannini los procedimientos ampliatorios tienen una gran importancia en el mundo moderno al permitir a los privados desempeñar las actividades que quieran desarrollar y para las cuales, necesitan el consentimiento de las entidades públicas¹⁵³²; del mismo modo, se debe destacar que tiene la función de subordinar la realización del interés privado al interés público.¹⁵³³

En este tipo de procedimientos “[...] el potencial destinatario de un provvedimento ampliativo, o de un provvedimento de asignación de un bien (como un contrato, un puesto de trabajo o una concesión administrativa) o de una adjudicación dentro de un procedimiento concursal, tiene igualmente un obvio interés, o incluso una clase de *pretensión*, a que el

¹⁵³¹ “Ahora bien, puede haber algún supuesto en el que un tercero sea portador de alguno de los intereses privados que la potestad de gravamen estaba llamada a garantizar y que, como consecuencia de la inactividad administrativa, sufra un daño”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

¹⁵³² “Los procedimientos autorizativos tienen una gran importancia en el mundo moderno, por ser instrumentos de composición entre intereses públicos e iniciativa privada; al tener como sustancia una decisión pública, se entiende actos o actividad de privados comporta de hecho que el privado necesita de una consentimiento público para poder actuar”. (Traducción propia).

“I procedimenti autorizzatori hanno grande importanza nel mondo moderno, per essere strumenti di composizione tra interessi pubblici ed iniziative private; l’aver come sostanza una decisione pubblica circa, intendi atti o attività di privati comporta infatti che il privato necessiti di un assenso pubblico per poter agire”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver p. 328.

¹⁵³³ “Se dice que el procedimiento autorizativo es un típico procedimiento de composición de intereses, pero el rol de carácter general, o sea común a todos los procedimientos autorizatorios, no es aquel de componer intereses, sino aquel de subordinar la realización de intereses privados al interés público”. (Traducción propia).

“Si dice che il procedimento autorizzatorio è un tipico procedimento di composizione di interessi, però il ruolo di carattere generale, ossia comune a tutti i procedimenti autorizzatori, non è quello di comporre interessi, bensì quello di subordinare la realizzazione di interesse privati ad interessi pubblici”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver p. 326.

provvedimento sea emanato: y este tipo de interés, será usualmente definido como pretensivo”.¹⁵³⁴ (Traducción propia).

Se debe tener en cuenta que la pretensión de un procedimiento ablatorio se concreta generalmente en obtener una autorización; pero esta autorización debe ser entendida en sentido amplio es decir comprende: autorizaciones, aprobaciones, permisos, licencias, habilitaciones y otros actos similares.¹⁵³⁵

Algunos ejemplos, que permiten concretar la naturaleza de las pretensiones que se solicitan por los privados en este tipo de procedimientos son: Adjudicación de contratos, autorizaciones, licencias, concesiones, homologaciones de títulos académicos, admisiones en centros públicos, remoción de sanciones, nombramientos, solicitudes de nacionalización, habilitaciones para desempeñar alguna función, permisos de conducir, autorizaciones para montar algún negocio, entre otros.

Se ha visto que en los procedimientos ablatorios los particulares aspiran a obtener un aumento o ampliación de sus respectivos derechos, por lo que la inactividad o actividad tardía puede afectarlos y llegar a generar daños a los asociados. En consecuencia, tan sólo en los procedimientos ampliatorios se puede generar una lesión directa al interesado por una dilación procedimental indebida que de origen a responsabilidad patrimonial de las Administraciones

¹⁵³⁴ “Invece, il potenziale destinatario de in provvedimento ampliativo, o de un provvedimento di assegnazione di un bene (come un contratto, un posto di ruolo o una concessione amministrativa) da aggiudicare in una procedura competitiva, ha un altrettanto ovvio interesse, o addirittura una sorta di *pretesa*, a che il provvedimento venga emanato: e questo tipo di interesse viene perciò usualmente definito come *pretensivo*”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. pp. 73-74.

¹⁵³⁵ “Es en via doctrinaria donde se precisa, autorización en sentido amplio para decir que el grupo comprende: autorizaciones (en estricto sentido), aprobaciones, permisos, licencias, habilitaciones y otros actos similares”. (Traducción propia).

“Vi è in dottrina chi precisa, autorizzazioni in senso largo per dire che il gruppo comprende autorizzazioni (in senso stretto), approvazioni, permessi, licenze, abilitazioni, e altri atti simili”.

SEVERO GIANNINI, Massimo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. Giuffrè Editore. 2000. Milano. Ver p. 326.

públicas.¹⁵³⁶ Consciente de esto, Luis Medina Alcóz los ha denominado como: “[...] la sede natural de la responsabilidad por retraso”.¹⁵³⁷

¹⁵³⁶ “Dejando al margen los casos de responsabilidad administrativa frente a terceros y centrando la atención en el directamente interesado, hay que concluir que los procedimientos cuya larga tramitación pueden generar daños son siempre los que se enderezan a la adopción de resoluciones susceptibles de ampliar la esfera jurídica de aquél [...]”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

¹⁵³⁷ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

PARTE II. LAS DILACIONES INDEBIDAS QUE SE PUEDEN PRESENTAR EN LAS DIVERSAS FASES PROCEDIMENTALES.

INTRODUCCIÓN.

En este momento corresponde afirmar, sin ambigüedades, que en el ordenamiento jurídico español se pueden presentar dilaciones procedimentales indebidas que pueden generar la responsabilidad de las Administraciones públicas por funcionamiento anormal, concretamente por inactividad. En todo caso, en estos supuestos, se estará en ausencia del cumplimiento del deber de buena administración y de violaciones al derecho al procedimiento debido.¹⁵³⁸

Para conocer estos casos generales es metodológicamente correcto trabajar el tema, subdividiéndolo en tres partes que corresponden a cada una de las fases del procedimiento: El inicio, el desarrollo y la terminación.¹⁵³⁹ Puesto que, como lo plantea Marcos Gómez Puente: “[...] toda inactividad singular puede conectarse bien a la falta de incoación o iniciación, bien a defectos en la tramitación o impulso, bien a la ausencia de resolución o no terminación del procedimiento singular a través del cual necesariamente ha de tener lugar el ejercicio particularizado de las potestades administrativas”.¹⁵⁴⁰

El estudio de las dilaciones indebidas procedimentales; en ocasiones, ha dejado de lado la profundización sobre los retardos que se presentan al inicio o durante el desarrollo del procedimiento analizando con mayor detenimiento los efectos de la finalización del mismo. Por lo

¹⁵³⁸ “[...] el hecho de que la omisión de trámites preceptivos o necesarios en un concreto procedimiento, o la omisión de la ponderación de los datos obrantes en el expediente, es un supuesto contrario al deber de buena administración, lo que no sólo provocará una decisión de baja calidad sino, además, una decisión que puede provocar daños por la ausencia de procedimiento debido”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. pp. 679-680.

¹⁵³⁹ “Las fases del procedimiento son iniciación, instrucción y terminación o finalización y posterior ejecución de la resolución dictada”.

GONZÁLEZ VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 203.

¹⁵⁴⁰ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 92.

anterior, se debe reivindicar el valor de las actuaciones procedimentales puesto que, la omisión de algunas de estas pueden generar nulidad en la resolución¹⁵⁴¹; sin embargo, no se debe olvidar que tan sólo las demoras serán relevantes a efectos de responsabilidad si son de tal magnitud que hacen que se incumpla con la obligación de resolver dentro del plazo.¹⁵⁴²

Toda la actividad singular se concreta en la incoación, en la tramitación o en la terminación del procedimiento; por lo tanto, resulta natural que esta parte del escrito se subdivida correspondiendo con las tres partes o etapas del procedimiento de la siguiente manera: 4. Dilaciones injustificadas por no iniciar el procedimiento o por demorar su inicio; 5. Dilaciones administrativas que se pueden presentar durante la instrucción del procedimiento administrativo y 6. Dilaciones indebidas que se pueden producir en la terminación del procedimiento administrativo.

4. DILACIONES INJUSTIFICADAS POR NO INICIAR EL PROCEDIMIENTO O POR DEMORAR SU INICIO.

Introducción.

En ocasiones, la dilación indebida procedimental se produce desde el mismo momento en que debe nacer el procedimiento administrativo, la cual se puede presentar tanto en los procedimientos que sean iniciados de oficio¹⁵⁴³ como en aquellos que surjan de la iniciativa del

¹⁵⁴¹ “Pero no por ello cabe despreciar su importancia, pues, como bien es sabido, la omisión de algunos actos de trámite que se tienen por esenciales puede ser motivo de nulidad de la resolución y causa de la retroacción de las actuaciones”. GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 419.

¹⁵⁴² “Ausencia de resolución que constituye un supuesto autónomo de inactividad administrativa y que, por regla general, absorbe cualesquiera otros defectos o vicios habidos durante la tramitación. Siendo como es el procedimiento cause de formación y exteriorización de la voluntad administrativa, instrumento para obtener una resolución, es la ausencia de ésta, y no así la existencia de omisiones de términos intermedios, la que reclama todo el interés o atención reaccional del ordenamiento”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 491.

¹⁵⁴³ “Según esto, que el procedimiento haya de iniciarse de oficio no constituye obstáculo alguno para admitir un eventual deber de incoación. Esto es, el carácter reglado o debido del acuerdo de incoación, en cuya ausencia tendremos inactividad administrativa. La existencia de un eventual deber de iniciación puede guardar alguna relación con las diversas modalidades de incoación de oficio a que alude la LRJPAC y que examinaré. Quede por anticipado que cada una de ellas parece dotada de autonomía y sustantividad propias al punto de concretar la obligatoriedad de la incoación, lo que en última instancia dependerá del tipo de procedimiento de que se trate. El artículo 69 LRJ-PAC señala,

interesado. Para abordar este tema parece metodológicamente acertado subdividirla en dos hipótesis, cuando no se inicia el procedimiento y cuando se demora su iniciación.

Se debe advertir que sólo se generará una verdadera dilación indebida en las hipótesis de no incoar el procedimiento o hacerlo tardíamente cuando dichos eventos sean de tal magnitud que impidan que se cumplan con el término de la obligación de resolver, como se explica en este texto.

4.1. No iniciar el procedimiento.

El procedimiento administrativo, como se ha visto, puede iniciar por petición de parte o de oficio.¹⁵⁴⁴ En los dos casos se puede generar una demora injustificada, bien porque las autoridades no siguen la petición hecha por el particular o por incumplir con la obligación oficiosa de iniciar un procedimiento. Debido a esto, en situaciones se podrá generar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas españolas.

Como lo explica Marco Gómez Puente: “Si el ejercicio de las potestades administrativas suele tener lugar a través de un procedimiento formalizado, la falta de iniciación de éste puede ser, como se comprende, indicio revelador de una eventual inactividad administrativa. Situación ésta, recuérdese, que tiene por presupuesto forzoso la existencia de un deber jurídico de actuar; en este caso, de incoar o iniciar el procedimiento administrativo”.¹⁵⁴⁵ De la lectura del anterior párrafo se desprende que dos de los elementos necesarios para que se pueda originar la responsabilidad del Estado por dilaciones administrativas procedimentales son: La presencia del deber jurídico de actuar y la falta de iniciación.

en efecto, que los procedimientos se iniciarán de oficio, bien por iniciativa propia, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. pp. 389-390.

¹⁵⁴⁴ “El procedimiento administrativo se inicia por un acto al que el Ordenamiento jurídico atribuye el efecto de poner en marcha la actividad de la Administración. Este acto puede proceder de la Administración pública o del interesado –o de una Administración pública como particular”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*. Civitas. Editorial Aranzadi. Nacarra. 2009. p. 99.

¹⁵⁴⁵ GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 388.

La presencia del deber jurídico de actuar en cuanto a la iniciación del procedimiento se encuentra respaldada, por diversas normas y principios de desigual rango; en particular, se debe destacar algunas nuevas orientaciones procedimentales, como la existencia de un deber de buena administración o de un derecho al procedimiento administrativo debido. Y la falta de iniciación es un hecho que se puede observar por la inactividad de la Administración al no realizar los actos procedimentales tendientes a adelantar el procedimiento administrativo concreto.

La jurisprudencia ha sido consciente de esto, como lo explica Luis Medina Alcoz, en la Sentencia del 15 de junio de 2002 donde el Supremo Tribunal responsabiliza a la Administración por los daños causados por la falta de iniciación de procedimiento, en los siguientes términos:

“[...] condena a un Ayuntamiento porque, pese a los requerimientos de los vecinos, perjudicados por el paulatino derrumbamiento de un inmueble, dejó transcurrir más de un año sin adoptar las medidas de conservación que le eran exigibles a la luz del ordenamiento (debió incoar y finalizar expediente sancionador y, ante un eventual incumplimiento, llevar por sí mismo las obras a través del procedimiento de ejecución subsidiaria, sin perjuicio del derecho de repetición frente a aquél)”.¹⁵⁴⁶

La inexistencia de iniciación procedimental es fácil de determinar; puesto que, se exterioriza materialmente, cuando la persona encargada deja de realizar las actuaciones tendientes al adelanto del procedimiento. Para comprender bien las consecuencias de la falta de iniciación se debe establecer, si la solicitud debe ser incoada por el particular o al contrario, si debe ser iniciada dentro de una formula de actuación oficiosa, supuestos que serán analizados a continuación.

4.1.1. La falta de iniciación de los procedimientos administrativos oficiosos.

Es importante precisar que la iniciación de los procedimientos de oficio¹⁵⁴⁷ no se establece por la sola voluntad de la Administración; sino que ésta, para instaurarlos debe tener un

¹⁵⁴⁶ ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 314.

¹⁵⁴⁷ “Antes de nada hay que advertir que en dicha fase la inactividad sólo plantea problemas respecto a la incoación de oficio del procedimiento, pues si éste puede iniciarse a solicitud de persona interesada (art. 68) será esta misma solicitud la que, por su sólo efecto lo ponga formalmente en marcha”.
GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 92-93.

fundamento que legitime o respalde su actuación. En este orden de ideas, para la iniciación del procedimiento es necesario que exista un acuerdo previo por parte órgano competente.

Para que se produzca este acuerdo de iniciación, según el tenor del numeral 1 del artículo 69¹⁵⁴⁸, es necesaria la ocurrencia de una de estas tres situaciones: La iniciativa propia, la petición razonada de otro órgano y la denuncia.

4.1.1.1. La iniciativa propia: La iniciativa propia se presenta cuando la entidad competente, reconoce la necesidad de instruir el procedimiento, normalmente, resultado de un precepto legal. Un ejemplo, es el referido a la acción de regreso que tiene el Estado contra el funcionario que ha incurrido en culpa, dolo o negligencia grave establecida en el numeral 2 del artículo 145 de la Ley 30 de 1992.¹⁵⁴⁹

4.1.1.2. Petición razonada solicitada por otro órgano: El segundo supuesto de iniciación oficiosa del procedimiento se presenta cuando otro órgano le pide al competente que inicie el procedimiento. En este caso, hay que distinguir dos variables; por una parte, cuando la petición es hecha por un órgano superior, se asemejará a una orden debiendo ser cumplida imperativamente y por otra parte, en la que sea un órgano con el que no medie relación jerárquica de inferioridad, caso en el cual será una simple sugerencia, que en todo caso debe ser estudiada por el órgano competente.

4.1.1.3. Por la denuncia de un tercero: Otro supuesto para que la Administración inicie un procedimiento de manera oficiosa es la mediación de una denuncia; que, como lo explica Gómez Puente: “De algún modo, la denuncia constituye una invitación o intimación a la acción, una especie de recordatorio o advertencia que se le hace al órgano sobre el alcance de su competencia

¹⁵⁴⁸ Artículo 69. Iniciación de oficio.

1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

¹⁵⁴⁹ Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

que, siendo irrenunciable, le obliga a tomar una decisión acerca del hecho denunciado (la de incoar o no el procedimiento correspondiente) sin permanecer silente”.¹⁵⁵⁰

4.1.2. La no iniciación en los procesos en que medie la petición de parte.

Otra posibilidad para que se genere la responsabilidad por dilaciones indebidas se presenta cuando se deja de iniciar un procedimiento que ha debido iniciar, puesto que una persona ha solicitado su iniciación. La posibilidad de comenzar procedimientos está establecida en el artículo 68 explicando que la petición debe provenir de parte de un interesado.¹⁵⁵¹

Como se observó en los capítulos anteriores, para que se pueda hablar de la existencia de un interesado, es necesario que exista un título jurídico que lo convierta en tal; bien sea por tener un interés personal o por que se le reconozca un interés general que esté amparado normativamente.

Ante la petición del interesado sobre la apertura del procedimiento, la Administración tiene dos posibilidades de actuación: La primera, consiste en adelantar el procedimiento, sin que esto se traduzca en acoger la petición del interesado, cumpliendo con la obligación de iniciar su trámite y acoger los demás postulados de comportamiento que se esperan por parte de la entidad, incluyendo el deber de buena administración; la segunda, consiste en no acoger la solicitud del particular, pero en todo caso, deberá explicar los motivos por los cuales no le da desarrollo al procedimiento y los recursos que tiene el ciudadano ante tal pronunciamiento.

4.2. Demorar el inicio del procedimiento.

Al igual que en el caso anterior, la demora en el inicio del procedimiento se puede producir tanto en los procedimientos de oficio como en los que requieren de la iniciativa de la parte interesada. En ocasiones, puede ocurrir que el descuido de la Administración permita que no

¹⁵⁵⁰ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 94.

¹⁵⁵¹ “Artículo 68. Clases de iniciación.

Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada”.

se inicie el procedimiento cuando legalmente cabría su iniciación; es decir, cuando el interesado haya hecho su petición o cuando la ley exija el inicio oficio de un determinado procedimiento.

A diferencia de la hipótesis analizada anteriormente, en estos casos es necesario que se cumplan tres elementos para que se produzca una verdadera dilación indebida procedimental que son: El deber de actuar, la demora al iniciarlo y el vencimiento del plazo razonable.

4.2.1. El deber de actuar.

El primer requisito para que se configure una dilación indebida es que exista un deber de actuación. Por deber de actuar de las entidades estatales, se debe entender la justificación jurídica que compele a los organismos administrativos españoles a realizar una actuación o a no hacerlo en determinado caso.

Estos deberes de actuación permiten a los particulares conocer el comportamiento esperado por parte de las autoridades administrativas y a partir de esto, generarse algunas expectativas legítimas, que pueden traducirse en derechos. En caso de que sean inobservados, puede originar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

4.2.2. La demora al iniciarlo.

El siguiente requerimiento para que se presente la dilación, hace referencia a la demora de iniciarlo, es decir el desconocimiento que realiza la Administración pública competente para no tomar las medidas necesarias para poder adelantar el procedimiento.

Las demoras se pueden producir por diversas causas, las cuáles pueden ser o no imputables a la Administración, dependiendo de su procedencia se podría producir una demora injustificada. Cuando la demora sea por culpa del particular o por el acaecimiento de un suceso de fuerza mayor la demora no será responsabilidad de la Administración¹⁵⁵²; mientras que, si el

¹⁵⁵² "Por lo general, los retrasos administrativos no se deben a hechos o acontecimientos imprevisibles o inevitables, sino, sencillamente a la desidia fucionarial, el olvido, la abstención voluntaria el temor a resolver por falta e

incumplimiento es atribuible a la Administración es imperativo saber si se está ante un incumplimiento del plazo razonable.

4.2.3. Vencimiento del plazo razonable.

Este tercer elemento, el del vencimiento del plazo razonable, sólo se producirá en los casos en que el incumplimiento sea atribuible a alguna de las Administraciones públicas que se presenta cuando: hay un descuido de no iniciar el procedimiento o una verdadera intención de no hacerlo.¹⁵⁵³

Justamente, el punto clave sobre el que gravita el tema es el vencimiento injustificado del plazo, debido a que sólo en los casos en que realmente se produce un daño al interesado podrá generarse la responsabilidad; puesto que, como se ha explicado en páginas anteriores, la iniciación tardía no implica que se produzca el vencimiento del plazo, sino que este puede cumplirse en caso de que se corrija rápidamente la irregularidad.

5. DILACIONES ADMINISTRATIVAS QUE SE PUEDEN PRESENTAR DURANTE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

Una vez iniciado el procedimiento las actuaciones de las Administraciones públicas están definidas por el ordenamiento jurídico, atribuyéndoles deberes y obligaciones que son inmanentes

conocimientos técnicos jurídico etc. No obstante, hay veces que intervienen auténticos imponderables, efectivamente determinantes del incumplimiento, que impiden el nacimiento del crédito resarcitorio”

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 336-337.

¹⁵⁵³ En estos contextos el Estado y sus funcionarios podrían incurrir en diversos tipos de responsabilidad: disciplinaria, patrimonial y hasta penal.

a cada fase del procedimiento y generan, verdaderas prerrogativas a favor de los asociados que pueden hacerse valer antes o después de la resolución.¹⁵⁵⁴

Al ser un procedimiento inquisitivo existe el deber de impulsión por parte de la entidad administrativa en todos sus trámites, una vez iniciado se continuará oficiosamente con el procedimiento y se tendrán que ordenar todos los actos de instrucción adecuados para su finalización.¹⁵⁵⁵ En caso de no seguir dichos lineamientos pueden ser considerados como un funcionamiento anormal del servicio público y generar responsabilidad estatal.¹⁵⁵⁶

A continuación se hará referencia a las cinco situaciones más comunes de retardos procedimentales durante el adelantamiento del procedimiento administrativo que son: 5.1. La paralización e interrupción; 5.2. Omisiones en la realización de las medidas provisionales; 5.3. Demora en la producción de pruebas o en su práctica innecesaria; 5.4. No remisión del informe en plazo y 5.5. Pérdida del expediente administrativo.

Finalmente, se debe enfatizar que aunque la dilación sólo se configurará en el caso que se produzca el plazo procedimental sin cumplir con la obligación de resolver, no se debe desconocer la importancia de los actos de trámite por dos razones primordiales: “Primero, porque dichos actos de trámite pueden evidenciar la falta de justificación o la arbitrariedad del silencio de la

¹⁵⁵⁴ “Ello quiere decir que determinados actos de trámite constituyen un auténtico derecho para los interesados y que éstos pueden hacerlo valer antes y después de la resolución que se dicte”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 460.

¹⁵⁵⁵ “Dado el carácter inquisitivo del procedimiento (art. 74 LRJPA), el órgano administrativo impulsará de oficio el procedimiento en todos sus trámites. En consecuencia, producido el acto de iniciación, se ordenarán los actos de instrucción adecuados (art. 78 LRJPA), siguiendo el riguroso orden de incoación de asuntos de homogénea naturaleza” (art. 74 LRJPAA)”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*. Civitas. Editorial Aranzadi. Nacarra. 2009. p. 101.

¹⁵⁵⁶ “[E]se funcionamiento anormal podrá producirse tanto por un *cumplimiento defectuoso* de la actividad procedimental necesaria como por una *omisión* de la misma. En el primer caso, cuando los defectos en la tramitación comporten una vulneración de la obligación jurídica de seguimiento de un procedimiento debido y esa defectuosa actividad cause un daño que reúna las características exigidas por la LRJPAC, podrá haber lugar a la responsabilidad patrimonial”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 678.

Administración. Y segundo, porque si llega a dictarse resolución su validez puede depender de dichos trámites”.¹⁵⁵⁷

5.1. La interrupción y la paralización: El incumplimiento del deber de impulsión.

Como se ha observado existe un deber de impulsión oficiosa por parte de la Administración, una vez se ha iniciado el procedimiento para lograr llevar a cabo la obligación de resolver.¹⁵⁵⁸ En ocasiones, se pueden producir comportamientos anómalos por parte de la Administración que se concretan en la interrupción o en la paralización injustificada del procedimiento, casos que pueden generar demoras que eviten terminar el procedimiento dentro del plazo determinado.

5.1.1. La paralización.

La paralización se produce por el incumplimiento de los deberes de la Administración pública, concretamente el de impulsión, incorporado en el numeral 1 del artículo 74¹⁵⁵⁹; si es por culpa del interesado, simplemente no se producirá la responsabilidad administrativa. Como se ha visto anteriormente una vez iniciado el procedimiento la Administración debe tramitarlo hasta que termine, o si no se estará en presencia de un funcionamiento anormal.¹⁵⁶⁰

¹⁵⁵⁷ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 99.

¹⁵⁵⁸ “Obligada a resolver el procedimiento, pesa sobre la Administración el deber de impulsarlo en todos sus trámites (art. 74.1 LRJ-PAC), impulso que por regla general no exige acto administrativo alguno², sino una mera actuación material. De ahí que, estrictamente considerada, la falta de impulso no pueda tenerse, habitualmente, por inactividad formal. Mejor puede encuadrarse bajo la inactividad material, ahora fuera de nuestra atención, si bien ello resulta irrelevante porque, siendo imposible combatirla de forma aislada, será la falta de resolución o inactividad formal la que acapare para sí todo protagonismo desde el punto de vista reaccional”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 439.

¹⁵⁵⁹ Artículo 74. Impulso.

1. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

¹⁵⁶⁰ “Dicho de otro modo, el incumplimiento (imputable a la Administración) de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental es exponente de un funcionamiento anormal del servicio público, con el que se explica y justifica la incursión en la responsabilidad administrativa”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 227.

Cuando se produce la paralización debido a la inactividad estatal el procedimiento no avanza, con lo que se llegará al día del vencimiento del plazo, sin haberse dado cumplimiento al deber de resolver y notificar dentro del término. Entonces la paralización ocasionará una verdadera dilación procedimental, puesto que hace que el procedimiento se estanque, causando claros perjuicios al particular afectado por la desidia Administrativa.

5.1.2. Interrupción del procedimiento.

Como lo explica Juan Santamaría, “[e]l procedimiento administrativo debe desarrollarse no sólo dentro de un plazo máximo preestablecido [...], sino con un ritmo y continuidad determinados que no deben sufrir interrupciones prolongadas e injustificadas”.¹⁵⁶¹

La interrupción del procedimiento indebido debe ser parcial, puesto que de ser total estaríamos ante un supuesto de paralización. La suspensión por regla general no rompe la responsabilidad administrativa, puesto que el tiempo deja de correr mientras se llevan los actos necesarios.¹⁵⁶²

En estos casos, se debe analizar si la reanudación es oportuna, en cuanto a que permite terminar el procedimiento dentro del plazo razonable y por ende, no habría un funcionamiento anormal; en vez, cuando la reanudación tardía afecta el cumplimiento del plazo, se estará en frente de una dilación indebida procedimental, que dará lugar a indemnización.

¹⁵⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 82.

¹⁵⁶² “Tampoco podrá exonerarse la Administración, en línea de principio, aduciendo que las razones del retraso radican en la necesidad sobrevenida de realizar determinadas actuaciones, cuando éstas sean causa de suspensión. También en estos casos, y con la necesaria cautela que exige una afirmación de este tipo, se puede decir que el retraso nada que ver tiene con tales actuaciones, pues el tiempo dejó de correr mientras se llevaban a cabo los actos con virtualidad suspensiva”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 339.

5.2. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por omisiones en la realización de las medidas provisionales.

Las medidas provisionales procedimentales son muy similares a las medidas cautelares¹⁵⁶³ que se desarrollan en los procesos; puesto que, en general, se rigen por los mismos principios, como los de provisionalidad, necesidad para asegurar bienes jurídicos, proporcionalidad, posibilidad de modificación a lo largo del procedimiento.¹⁵⁶⁴ Pese a esto, se debe tener siempre presente, como se ha explicado anteriormente, que no es lo mismo el proceso que el procedimiento administrativo.

Cuando la Administración considere conveniente el decreto de las medidas provisionales, debe ser prudente puesto que pueden causar daños a los particulares.¹⁵⁶⁵ La posibilidad de realizar medidas cautelares durante el trascurso del procedimiento se encuentra establecida en el artículo 72.1¹⁵⁶⁶ de la Ley 30 de 1992.

¹⁵⁶³ “La expresión «medidas cautelares» tiene en el Derecho procesal un significado bien preciso. Con ella se designan los actos jurisdiccionales cuya finalidad es asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin a un proceso declarativo o ejecutivo”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 125. Enero-marzo. 2005. pp. 66-67.

¹⁵⁶⁴ “La lógica de estas medidas es la propia de las medidas cautelares: provisionalidad, necesidad para asegurar bienes jurídicos, proporcionalidad, posibilidad de modificación a lo largo del procedimiento”.

GONZÁLEZ VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 208.

¹⁵⁶⁵ “Pueden decretarse medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, tema éste importante y al mismo tiempo delicado porque puede llevar aparejadas responsabilidades administrativas por los daños causados por este tipo de medidas provisionales, como por ejemplo la paralización de un establecimiento, si finalmente se pone de manifiesto su improcedencia (artículo 72 de la LRJAP-PAC)”.

GONZÁLEZ VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 208.

¹⁵⁶⁶ Artículo 72. Medidas provisionales.

1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

4. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

Según lo establecido jurídicamente en la materia, para dotar de mayor flexibilidad a la figura de las medidas provisionales, “[...] pueden ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, igualmente de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”.¹⁵⁶⁷

Adicionalmente, basándose en un análisis de las orientaciones de este artículo Marcos Gómez Puente concluye que: “Según estas reglas, no podrán dictarse medidas provisionales cuando no exista motivo razonable para dudar del buen fin del procedimiento, cuando sean desproporcionadas o inadecuadas para el aseguramiento pretendido y cuando puedan causarse daños de difícil o imposible reparación o cuando impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.¹⁵⁶⁸

En caso de no seguir los anteriores parámetros resulta evidente que la Administración puede originar ciertos daños a los particulares y por ende, es natural que deba responder patrimonialmente por su comportamiento.¹⁵⁶⁹ Alguna jurisprudencia por la adopción de medidas cautelares ilegales es presentada por Gabriel Domenech por ejemplo: La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994, la Sentencia del STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2001, la Sentencia del STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 1999, Sentencia del STSJ del País Vasco de 26 de abril de 2000 y las Sentencias del STSJ de Andalucía de 18 de enero de 1999 y 2 de julio de 2001.¹⁵⁷⁰

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

¹⁵⁶⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p. 399.

¹⁵⁶⁸ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 103.

¹⁵⁶⁹ “[...] la infracción de las normas jurídicas que regulan las medidas cautelares incrementa injustificablemente el riesgo de daños, por lo que, de acuerdo con el criterio antes expuesto, es razonable que la Administración infractora responda por los mismos si finalmente se producen, pues de esta manera se incentiva la realización de la que en este caso era la conducta que llevaba a un resultado socialmente óptimo- la prescrita por la norma incumplida”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 125. Enero-marzo. 2005. p. 75.

¹⁵⁷⁰ DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 125. Enero-marzo. 2005. pp. 75-76.

5.3. La responsabilidad que se puede generar por dilaciones indebidas por la demora en la producción de pruebas o en su práctica innecesaria.

Con el fin de abordar este tema con mayor claridad resulta conveniente transcribir el muy clarificador párrafo de Marcos Gómez Puente:

“El procedimiento administrativo tiene carácter público e inquisitivo, por lo que corresponde a la Administración realizar la actividad probatoria adecuada para acreditar la veracidad o exactitud de los hechos en los que deba sustentar su resolución. Este protagonismo se concreta en dos específicas facultades formales: la de acordar o negar el recibimiento del procedimiento a prueba y, caso de que se reciba, la de aceptar o rechazar la práctica de las pruebas propuestas por los intervinientes”.¹⁵⁷¹

De esta manera, parece metodológicamente correcto subdividir esta parte del texto, dedicada a las dilaciones indebidas procedimentales en materia probatoria, en dos partes: El decreto de las pruebas oficiosas y la solicitud del interesado.

5.3.1. Decreto de pruebas oficiosas.

La Administración puede solicitar la realización de pruebas de manera oficiosa. En cuanto a la carga probatoria estará en cabeza del particular cuando su realización lo favorezca o beneficie; mientras, que en los casos en que lo perjudique, a la Administración le incumbirá probar.

El decreto de pruebas de oficio está limitado a la no producción de dilaciones indebidas procedimentales; debido a que: “[e]l derecho a la práctica de las pruebas propuestas debe articularse de forma razonablemente equilibrada con el derecho a que el procedimiento se sustancia sin dilaciones indebidas (retrasos que pueden causarse cuando se practican pruebas irrelevantes o intrascendentes)”.¹⁵⁷²

¹⁵⁷¹ GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 104.

¹⁵⁷² BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 400.

5.3.2. Solicitud del interesado.

Otra de las facultades que ostentan los interesados es la posibilidad de solicitar pruebas a la Administración, las cuales sólo pueden rechazarse “[...] cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias y ello mediante resolución motivada (art. 80.3). Si las pruebas que se practiquen a petición del interesado originan gastos a que la Administración no deba soportar, esta puede exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva (art. 81.2)”¹⁵⁷³

En cuando a las características de las pruebas se ha admitido la posibilidad de la libre valoración probatoria; eso sí, hay que tener en cuenta su pertinencia y que no sean utilizadas como una simple estrategia dilatoria.¹⁵⁷⁴

Adicionalmente, se debe destacar que en materia probatoria se debe seguir a los profesores Enrique y Ricardo Rivero quienes consideran que se presenta una grave falencia en la regulación vigente puesto que: “Hace falta clarificar los poderes del instructor en cuanto a la realización de pruebas, por ejemplo, tanto a la hora de ordenar la apertura del período correspondiente, como en el momento de aceptar (o rechazar) la práctica de prueba”.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 493.

¹⁵⁷⁴ “Pero ni en todos los procedimientos se requiere el recibimiento a prueba como condición *sine qua non* que garantice el acierto de la resolución, ni la Administración está obligada a proceder a la admisión de todos los medios probatorio propuestos por los interesados —aunque sean todos admisibles en Derecho— ni a la prueba de todos los hechos, pues sólo lo serán aquellos que sean controvertibles para la Administración y relevantes en relación a la decisión del procedimiento.

En este sentido resulta oportuno recordar dos cosas: una, que existe lo que la doctrina procesalista ha dado en denominar prueba inútil y prueba impertinente —conceptos éstos que la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha conseguido delimitar debidamente”.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. “Los vicios del procedimiento y el principio de conservación del acto: Doctrina constitucional”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 171. Septiembre-diciembre. 2006. p. 230.

¹⁵⁷⁵ RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 569.

5.4. La responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas por la no remisión del informe en plazo.

Otro supuesto que debe ser examinado con detenimiento, ya que puede influir en el cumplimiento del plazo para resolver y por esto, generar la responsabilidad de la Administración por dilaciones procedimentales injustificadas, es la no remisión del informe en plazo. Para David Blanquer: “El informe es un *acto de trámite* que expresa un *juicio u opinión* sobre cuestiones fácticas o jurídicas. Normalmente es un experto quien emite el informe, pero en ocasiones quien lo formula es el testigo u órgano administrativo que ha presenciado un hecho”.¹⁵⁷⁶

Esta tema reviste un gran interés porque “[e]n un procedimiento sustancialmente escrito como el administrativo es lógico que los informes y dictámenes de los órganos consultivos (o de órganos activos colocados en esa concreta posición) adquieran una especial relevancia, en cuanto declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto”.¹⁵⁷⁷

Es interesante tratar el contenido del artículo 83¹⁵⁷⁸ que señala que los informes, por regla general son facultativos y deben ser entregados en los diez días siguientes a su petición; en adición, en sus numerales 3 y 4 desarrolla dos hipótesis que se pueden presentar dentro del trámite del procedimiento administrativo cuando el informe no es expedido a tiempo,

¹⁵⁷⁶ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 405-406.

¹⁵⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición, Madrid, Civitas, 2006, p. 506.

¹⁵⁷⁸ “Artículo 83. Evacuación.

1. Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.
2. Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.
3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.
4. Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones. El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución”.

diferenciando cuando se trate de informes determinantes y no determinantes para la resolución del procedimiento. Se debe hacer énfasis en que lo importante para que se pueda producir una demora que lleve a una dilación indebida, es necesario que los informes sean preceptivos e importantes para la resolución, puesto que en este caso no podrán ser evacuados en el término estipulado¹⁵⁷⁹, materializándose así la demora.

La consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto el fondo del asunto consiste en determinar “[...] cuáles deben ser considerados como <<informes determinantes para la resolución del procedimiento>>, si bien parece que los informes jurídicos, dado que no aportan más que una valoración jurídica, no deben considerarse como determinantes, lo cual no significa que el resto de informes técnicos lo sean en todo caso, de modo que habrá que estar a cada caso concreto”.¹⁵⁸⁰

5.4.1. Informes no determinantes para la resolución:

En los casos en que no se emitan los informes dentro del plazo señalado, cuando sean facultativos¹⁵⁸¹; es decir, que no sean determinantes para la decisión final del procedimiento el trámite continuará. Lo mismo sucede en los casos en que debiera ser emitido por una Administración Pública diversa a la que tramita el procedimiento donde deba expresar su perspectiva sobre sus competencias correspondientes.¹⁵⁸²

¹⁵⁷⁹ “En cuanto a sus aspectos formales, los informes serán evacuados en el plazo que tengan señalado o en el de diez días; de no emitirse en plazo, se podrán proseguir las actuaciones, cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto cuando sean preceptivos y determinantes para la resolución del procedimiento”.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004. p. 223.

¹⁵⁸⁰ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006. p. 303.

¹⁵⁸¹ “Se dice que un informe es *facultativo* cuando es voluntaria la solicitud que pide su emisión, y *preceptivo* cuando la petición es obligatoria (el carácter vinculante o no vinculante se refiere a la pregunta)”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 406.

¹⁵⁸² “Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquel se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones. El informe emitido fuera de plazo puede no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 408.

5.4.2. Informes vinculantes determinantes para la resolución.

En las situaciones en que el informe preceptivo sea determinante o vinculante¹⁵⁸³ para la resolución del procedimiento, se puede suspender el plazo por un máximo de 3 meses¹⁵⁸⁴, de los trámites sucesivos como lo precisa el numeral 5 del artículo 42¹⁵⁸⁵; hipótesis en las cuales, como lo afirma Marcos Gómez Puente, se mantiene la obligación de resolver expresamente en plazo o de lo contrario se vulneraría la garantía de los derechos de los ciudadanos.¹⁵⁸⁶ Sin embargo, se debe tener en cuenta que el tiempo de emitir el informe no tiene que corresponder con el tiempo de suspensión.¹⁵⁸⁷

En los casos en que se solicita un informe que sea obligatorio o necesario para la resolución del procedimiento, que no sea entregado dentro del plazo determinado, el responsable por la demora incurre en responsabilidad por su actuación. Esto se debe a que en el caso de los

¹⁵⁸³ “Cuando la decisión administrativa depende de su contenido se dice que le informe es *vinculante*, y tiene el carácter *no vinculante* cuando la Administración es libre para seguir o rechazar el consejo (el carácter vinculante o no vinculante se refiere a la respuesta”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 406.

¹⁵⁸⁴ “La principal duda que sale al paso cuando se pretende acordar esta suspensión es la de si estamos en presencia de un mecanismo automático que produce la detención *eo ipso*, desde el mismo momento en que es solicitado el informe, o si, por el contrario, se requiere de un detonante específico, ligado al cumplimiento de alguna formalidad”.

CIERCO SEIRA, César. “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”. En *Revista española de derecho administrativo*. Número 145. Enero-marzo. 2010. p. 183.

¹⁵⁸⁵ “42.5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

¹⁵⁸⁶ “Interrupción o paralización del procedimiento que no exonera a la Administración de su deber de dictar resolución expresa y tampoco deja sin efecto el plazo para hacerlo, del que depende la eficacia del silencio administrativo o de la perención, o los plazos de prescripción y caducidad de los derechos en juego. De otro modo, la efectividad y funcionalidad de estas figuras legales establecidas en garantía de los derechos del administrado y de la seguridad jurídica quedaría al arbitrio de los órganos consultados por la Administración”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 107.

¹⁵⁸⁷ “Si el tiempo de que dispone el órgano consultado es inferior a los tres meses, ya sea porque la normativa sectorial así lo fije o bien porque se aplique el plazo supletorio de diez días, la invocación del art. 42.5.c) no puede instrumentarse a modo de chistera en grado de generar sin más una suerte de prórroga adicional hasta los tres meses. O lo que es lo mismo, pero visto desde el otro costado, la suspensión quedará limitada, en todo caso, al tiempo asignado por la norma de turno para la emisión del informe”.

CIERCO SEIRA, César. “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”. En *Revista española de derecho administrativo*. Número 145. Enero-marzo. 2010. p. 193.

informes vinculantes “[...] en la medida que no expresan una opinión, sino una auténtica decisión compartida”.¹⁵⁸⁸

De lo antedicho se puede concluir que existen casos en que se pueden presentar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por una dilación indebida o demora no razonable, cuando no se emiten los informes vinculantes determinantes necesarios para la resolución final dentro del tiempo establecido, si se cumplen los elementos adicionales para que esta se configure.

5.5. La responsabilidad del Estado por la pérdida del expediente administrativo.

Otra situación en que se puede presentar en el trámite administrativo que puede producir una dilación indebida con respecto a los expedientes administrativos, aparece cuando se pierde totalmente, o se extravía cierta parte de su contenido o se modifican de alguna manera no permitida por el ordenamiento jurídico. Este caso se analiza independientemente de los anteriormente expuestos, ya que, como lo explica el profesor Ricardo Rivero:

“[...] no siempre coincide la responsabilidad de la tramitación del procedimiento con la conservación material del expediente, que se debe realizar en las oficinas públicas competentes (desde luego, tratándose del original, necesariamente), cuya ubicación física puede no coincidir con la del puesto de trabajo del Instructor del expediente. Quien conserva materialmente el expediente tiene, como el Instructor, una responsabilidad sobre el mismo, en el sentido de evitar cualquier pérdida, alteración o modificación del mismo”.¹⁵⁸⁹

Antes de profundizar en este tema resulta imprescindible definir el expediente administrativo, dentro del gran amalgama de nociones que ha elaborado la doctrina procedimental y la administrativista, es muy acertada la concreta propuesta del profesor Ricardo Rivero Ortega quien considera que: “«Expediente administrativo es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado»”.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁸⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005. p. 66.

¹⁵⁸⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Segunda Edición. Pamplona. Thomson-Arazandi. 2008. p. 138.

¹⁵⁹⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Segunda Edición. Pamplona. Thomson-Arazandi. 2008. p. 94.

A veces, parte de los expedientes se pueden perder por alguna calamidad, pero en otras obedecerá a descuidos por parte de los funcionarios del Estado. En los dos casos, por regla general, la Administración debe responder patrimonialmente si le causa un perjuicio al interesado, a no ser que exista una causal de justificación de las que se analizaron en la primera parte de este trabajo. En todo caso, el responsable de la pérdida, deterioro o cambio en el expediente se le puede iniciar un proceso de responsabilidad disciplinaria o penal y adicionalmente, la Administración puede repetir contra la persona en caso de que exista responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad que puede generar la dilación injustificada al producirse una demora en la reconstrucción de los expedientes por parte de la Administración, que puede traducirse en la práctica en la superación del plazo razonable previsto y de esta manera, es que realmente se produce la materialización del daño.

Se podrá afirmar que el evento de la pérdida del expediente hace que la dilación sea justificada; sin embargo, si la causa de la destrucción o pérdida sea por causa de la falta de organización administrativa o por alguna situación de corrupción interna, es evidente que el Estado y no el particular debe recibir el perjuicio y por ende, indemnizar al perjudicado.

6. DILACIONES INDEBIDAS QUE SE PUEDEN PRODUCIR EN LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

Se observó anteriormente que uno de los títulos de imputación que permiten pedir la responsabilidad patrimonial a la Administración es el funcionamiento anormal de los servicios públicos, caso que puede ocurrir durante el desarrollo del procedimiento administrativo, si se generan perjuicios al particular. Las dilaciones indebidas en la terminación del procedimiento revisten una particularidad, puesto que es en esta fase donde verdaderamente se materializa y se

comprueba el daño, al no producirse la finalización del procedimiento en el tiempo previamente determinado.¹⁵⁹¹

Por esto, concretamente, se analizará dos situaciones estrechamente ligadas al incumplimiento de la obligación general de resolver¹⁵⁹² que son: 1. Cuando no se cumple con la obligación de resolver expresamente y 2. Cuando no se notifica adecuadamente su decisión¹⁵⁹³, en caso de que sea materialmente posible hacerlo, ya que solo así se puede hablar de inactividad administrativa.¹⁵⁹⁴ De esto se desprende que, la Administración no está obligada a responder en los casos de fuerza mayor, ni tampoco en los que el particular obstruye o dificulta el desarrollo normal del procedimiento.

Es necesario anticipar que el incumplimiento del plazo debe ser carente de justificación; es decir, para que se genere la responsabilidad es indispensable que no haya observancia de la obligación de responder durante un tiempo razonable, cuya determinación obedecerá a las condiciones concretas de cada caso.¹⁵⁹⁵

Así mismo, se debe mencionar que el artículo 42 está fuertemente relacionado con el artículo 89.4 que desarrolla el contenido de la resolución, reiterando el deber de resolver de la Administración, al prohibir que se utilicen excusas para no decidir de fondo sobre el

¹⁵⁹¹ “De ahí que el retraso en la finalización de los procedimientos administrativos es motivo de imputación del daño”. GONZÁLEZ VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 409.

¹⁵⁹² La obligación de resolver en general se desarrollará con gran detenimiento en el Capítulo VIII, por lo que es necesario remitirse a éste.

¹⁵⁹³ “La falta de resolución administrativa en el plazo estipulado normativamente puede provocar la responsabilidad patrimonial y disciplinaria (arts. 42.7, 74.2, 79.2 y 139 y ss. LRJPAC), así como la pérdida de la competencia para resolver por parte de la Administración ineficaz”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. pp. 463-464.

¹⁵⁹⁴ “Obviamente, las consecuencias que ahora interesan son las que se anudan al incumplimiento imputable a la Administración; esto es, al incumplimiento por omisión del deber legal de resolver cuando es materialmente posible hacerlo, siendo ésta la situación en que propiamente puede hablarse de inactividad administrativa”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 113.

¹⁵⁹⁵ “Así pues, este derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas, a la resolución en un plazo razonable, no equivale necesariamente al derecho a una resolución en el plazo legalmente previsto (sea específico o genérico, como el máximo de tres meses del art. 42.2 LRJ-PAC). A la observancia del plazo legal pueden oponerse circunstancias materiales insoslayables a cuya ponderación como causa de justificación del incumplimiento, mediante criterios de razonabilidad, tiende el referido concepto indeterminado”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 425.

procedimiento que se esté adelantando; es decir, es la introducción del principio del *non liquet* en vía administrativa.¹⁵⁹⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que en esta parte del texto se debe hacer referencia a los casos de responsabilidad por: 6.1. Falta de resolución expresa o por una defectuosa y 6.2. Inexistente notificación. En el numeral 6.3. Se hará una remisión al Capítulo VIII que se ocupa rigurosamente del tema de la obligación de resolver en general. (El cual incorpora lógicamente las hipótesis de Falta de resolución expresa y de defectuosa notificación, que por cuestiones metodológicas se explicará separadamente).

6.1. La responsabilidad por falta de resolución expresa.

Según lo visto, los numerales 1 y 2 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992 han incluido textualmente la obligación de resolver expresamente por parte de la Administración en todos los procedimientos¹⁵⁹⁷, dentro de un término previamente determinado.¹⁵⁹⁸ Es decir, este artículo, “[...] obliga a la Administración a adoptar y notificar una resolución expresa dentro del plazo establecido [...]”.¹⁵⁹⁹

Esta avanzada propuesta, teóricamente, intenta que la entidad administrativa tenga que pronunciarse y no se supedite al trascurso del tiempo para que se presente el silencio administrativo y aún cuando este ocurra, no cesará la obligación de la Administración de manifestar su voluntad.¹⁶⁰⁰ Desafortunadamente en la actualidad no se han establecido

¹⁵⁹⁶ La finalización es la razón que justifica todas las actividades anteriores que se desarrollan durante el procedimiento administrativo, consciente de su importancia y del uso inadecuado de los tiempos que se presente por las dilaciones procedimentales indebidas el legislador español, acertadamente, le ha fijado un plazo máximo de 6 meses. Esta regla está muy relacionada con el deber de resolver y rige indistintamente en los procedimientos iniciados de oficio o a petición de parte.

¹⁵⁹⁷ “Artículo 42. 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”.

¹⁵⁹⁸ “Artículo 42. 2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”.

¹⁵⁹⁹ ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 311.

¹⁶⁰⁰ Como se precisó anteriormente, existen supuestas excepciones al deber de resolver, pero más que esto se refieren a casos en que no es necesario cumplir con la obligación de resolver porque esta ya se ha realizado por diversas razones o simplemente porque la petición no se ha sometido a ninguna consideración.

visiblemente los efectos de su incumplimiento a diferencia de Italia, como se ha observado previamente.

A pesar de lo anterior, resulta evidente que lo ideal sería que se genere una responsabilidad patrimonial del Estado si se incumple la obligación de resolver; situación que contempla claramente el numeral 7 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992¹⁶⁰¹, al establecer diversos tipos de responsabilidad en que se puede incurrir.

Por otra parte, como se demostró en las primeras partes de este trabajo el ordenamiento jurídico español, reconoce las lesiones antijurídicas imputables a la Administración, que se hayan causado como consecuencia del funcionamiento, tanto anormal como normal, de los servicios públicos. En este orden de ideas, resulta claro que el incumplimiento de la obligación de resolver será un caso de funcionamiento anormal de la Administración que puede generar responsabilidad patrimonial.¹⁶⁰²

En el caso de la obligación de resolver por el incumplimiento de un plazo, es claro que para que surja la responsabilidad patrimonial es indispensable que se presente una verdadera lesión por la inactividad del Estado, la cual se determina siguiendo la noción de incumplimiento del plazo razonable.¹⁶⁰³ En resumen, la no resolución en plazo razonable, puede generar verdaderas lesiones antijurídicas imputables a la Administración y de mediar entre ellas una posible relación de causalidad, se producirá la responsabilidad del Estado por dilaciones indebidas procedimentales.

¹⁶⁰¹ “42.7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”.

¹⁶⁰² “[...] en modo alguno existe un deber jurídico de soportar la inactividad de la Administración, de manera que cualquier daño directamente causado por el incumplimiento de la obligación de resolver debería ser indemnizable, concurriendo el resto de los presupuestos de la responsabilidad (daño efectivo, relación de causalidad, etc)”. RIVERO ORTEGA, Ricardo. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 279.

¹⁶⁰³ “El deber de resolver ha de cumplirse, pues, en un plazo razonable no necesariamente coincidente con el legalmente previsto, a cuyo cumplimiento pueden oponerse circunstancias materiales insoslayables que, mediante criterios de razonabilidad, el referido concepto indeterminado viene a ponderar como causa de justificación del incumplimiento”. GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 485.

6.2. La responsabilidad del Estado por la inexistencia o defectuosa notificación.

Otro tema recurrente ha sido el que el deber de resolver a tiempo incluye la obligación de notificar la decisión, idea que fue incluida en la Ley 4 de 1999, modificando así la redacción original de la Ley 30 de 1992.¹⁶⁰⁴ No obstante, en ocasiones los funcionarios administrativos no notifican o lo hacen sin las formalidades requeridas para que se considere una notificación adecuada¹⁶⁰⁵ y en estos casos, se incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental.¹⁶⁰⁶

En este sentido, para que la notificación de la resolución elaborada por la Administración pública que adelanta el procedimiento sea realizada en debida forma se deben seguir los lineamientos establecidos por los artículos 57 numeral 2¹⁶⁰⁷, 58 y 59 de la Ley 30 de 1992. Pero como lo explica Santiago González Varas: “Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”.¹⁶⁰⁸

La notificación es una parte fundamental dentro del desarrollo del procedimiento Administrativo y comporta “[...] una extraordinaria importancia jurídica porque la eficacia del acto queda demorada hasta que se realice la notificación, y se realice en debida forma. En tanto no se notifica el acto no surte efectos y no comienzan a computarse los plazos legalmente establecidos

¹⁶⁰⁴ “La misma obligación se ha de entender recogida también en el Derecho de la Unión Europea, en tanto que es manifestación de los principios generales del Derecho Administrativo de los Estados miembros y, aunque sea de manera indirecta (por referencia a la lengua), ya hemos visto que el artículo 41.1 de la Carta de Derechos Fundamentales sanciona el derecho a <<recibir una contestación>>”.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007. p. 467.

¹⁶⁰⁵ “En tanto no se notifique en debida forma y con el contenido completo, la resolución no surte plenos efectos. En consecuencia esa plenitud de efectos no se produce: i) cuando se ha practicado de forma defectuosa y no se cumple el procedimiento de notificación; ii) cuando se ha omitido alguna información que debería estar incluida en el texto notificado”.

BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 428.

¹⁶⁰⁶ “Transcurrido el término máximo establecido, si la Administración no ha dictado una resolución expresa o, habiéndolo hecho, no la notifica incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental”.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thompson. Civitas. Navarra. 2007. p. 312.

¹⁶⁰⁷ “Artículo 57.2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

¹⁶⁰⁸ GONZÁLEZ VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 179.

para impugnarlo”¹⁶⁰⁹; debido a que, “[e]l fundamento de la notificación de los actos administrativos es el mismo que el fundamento de la publicación de las disposiciones generales. Si una Ley ha de tenerse por no existente en tanto no esté publicada, un acto administrativo no puede producir efectos en tanto no ha sido notificado”.¹⁶¹⁰

Además, es importante mencionar, siguiendo a los profesores Fernando Garrido y Jesús Fernández, la inclusión que hace la Ley 4 de 1999 al artículo 58 de la Ley 30 de 1992 de un cuarto numeral¹⁶¹¹; con el que se pretende facilitar el cumplimiento práctico de la obligación de resolver por medio de una notificación provisional, con la cual se mantiene la obligación de hacer la notificación definitiva con todos los requisitos legales.¹⁶¹²

En síntesis, al considerarse la notificación como parte integral de la obligación de resolver resulta natural que su omisión, genere incumplimiento de la segunda, lo que produce una dilación indebida procedimental que claramente puede generar la responsabilidad estatal.

6.3. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de resolver. (Remisión)

¹⁶⁰⁹ BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 400.

¹⁶¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Cuarta Edición. Tomo II. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2007. p. 1673.

¹⁶¹¹ “58.4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”.

¹⁶¹² “El precepto transcrito no tiene otro fin que el de facilitar la obligación de dictar resolución expresa establecida en el artículo 42 de la Ley 30/1992 —obligación que incluye la de notificar dentro del plazo máximo permitido en cada caso— eximiendo de responsabilidad al funcionario o autoridad, que en otro caso habría de seguirse del incumplimiento de aquella obligación. Por consiguiente, estamos, cuando se opte por esta fórmula, ante una notificación *provisional*, que no dispensa de practicar una notificación *definitiva* conteniendo la totalidad de los requisitos establecidos por el número 2 del artículo 58, pues faltando éstos habrá que aplicar lo dicho en relación con las notificaciones defectuosas”.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 159-160.

Las dilaciones indebidas procedimentales sólo se concretan cuando se incumple con la obligación de resolver dentro del término determinado¹⁶¹³; debido a que, es en este momento donde se puede observar que la demora fue de tal magnitud que sobrepasó el límite establecido para la terminación del procedimiento.

La obligación de resolver que consagra el artículo 42 debe ser cumplida por la Administración, pero en caso de que no sea llevada a cabo se estará en frente de un comportamiento imprudente o negligente.¹⁶¹⁴ El cual se constituye como un comportamiento anormal, que en caso de generar daños debe ser indemnizado.¹⁶¹⁵

A causa de la importancia de este tema, se debe precisar que será dedicado el Capítulo VIII de este trabajo, al cual hay que remitirse. Eso sí, sin descuidar su estrecha relación con la necesidad de resolver expresamente y de notificar adecuadamente la decisión del procedimiento administrativo.

CAPÍTULO VIII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR DILACIONES INDEBIDAS PROCEDIMENTALES EN ESPAÑA.

¹⁶¹³ “Éste constituye una obligación esencial cuyo incumplimiento por omisión, absorbe cualesquiera otros vicios de tramitación, incluidos los de omisión, que quepa deducir de la infracción de deberes formales, siempre instrumentales y subsidiarios de aquel principal de resolver”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 491.

¹⁶¹⁴ “En este caso estamos ante una obligación, la de resolver y notificar en plazo determinado, en la que la Administración no se sitúa en una posición de control o realización de una prestación, sino la de aportar una decisión en el marco de un procedimiento administrativo. La existencia de una pasividad total será una clara muestra de una conducta imprudente o negligente”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 297.

¹⁶¹⁵ “Si la Administración, transcurrido el término máximo establecido, no ha dictado una resolución expresa, o habiéndolo hecho no lo notifica, incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental. Y si este incumplimiento genera daños y es imputable a la Administración, el interesado tiene derecho a ser indemnizado”.

GONZÁLEZ VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008. p. 409.

Sumario. Capítulo VIII. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por dilaciones indebidas procedimentales en España: Introducción. Parte I. El reconocimiento de la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales en España. Introducción. 1.1. Los principios contenidos en el deber de buena Administración como sustento general de la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales: Concretamente el procedimiento debido y la razonabilidad del plazo. Introducción. 1.1. El derecho a la Buena Administración. 1.2. El derecho al procedimiento debido. 1.3. El derecho a la tempestividad o razonable duración del procedimiento Administrativo en el Derecho Comunitario europeo. 2. El fortalecimiento de la responsabilidad patrimonial por dilaciones procedimentales administrativas en España. Introducción. 2.1. Régimen general de la responsabilidad en España. 2.1.1. La Constitución de 1978. 2.1.2. El régimen normativo vigente de responsabilidad estatal en España: La Ley 30 de 1992 y sus modificaciones. 2.2. Una interpretación alternativa de la obligación de resolver y la propuesta de un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992. 2.2.1. El cumplimiento del plazo legal es obligatorio. 2.2.2. La fijación una verdadera consecuencia jurídica en caso de su desconocimiento: La posibilidad de incorporar un octavo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992. Parte II. Los elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por dilaciones procedimentales indebidas. Introducción. 3. Los tres elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por dilaciones indebidas: El daño antijurídico, la imputación a una Administración pública y la relación de causalidad. Introducción. 3.1. El daño antijurídico. 3.1.1. Los elementos del daño contenidos en el artículo 139 de la Ley 30 de 1992: Su efectividad, su valoración económica y su individualización. 3.1.2. La antijuridicidad del daño, requisito contenido en el numeral 1 del artículo 141 de la Ley 30 de 1992. 3.2. La imputación: Principalmente la presencia de la culpa. 3.2.1. Más coherente con el sistema objetivo de responsabilidad español es omitir el criterio de la culpa como requisito para la configuración de las dilaciones indebidas procedimentales y dejar el sólo incumplimiento como criterio de imputación. 3.2.2. La teoría mayoritaria española que exige como elemento indispensable la culpa y que entiende el plazo como razonable de manera muy amplia como si no fuera obligatorio, sino simplemente un parámetro orientador. 3.2.3. La doctrina que exige la presencia de la culpa de la Administración y el vencimiento del término para que se configure el funcionamiento anormal o tesis del mero incumplimiento del plazo. 3.2.4. La presencia de la culpa, el incumplimiento del término y la realización de un juicio pronóstico positivo: El daño de retardo en Italia. 3.2.5. El término jurídico es obligatorio y se presume el plazo razonable, en caso de incumplimiento debe ser imputable a la Administración por ser un funcionamiento anormal del servicio. 3.3. Relación de causalidad. 3.3.1. Nociones básicas. 3.3.2. Situaciones en que en que se presentará el quebrantamiento de la relación de causalidad en los casos de dilaciones procedimentales administrativas. 3.3.2.1. La culpa de la víctima. 3.3.2.2. Hecho de un tercero. 3.3.2.3. Fuerza mayor. 3.3.2.4. La excesiva complicación del procedimiento. 3.3.2.5. Demora por el excesivo trabajo.

INTRODUCCIÓN.

El capítulo VIII titulado “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por dilaciones indebidas procedimentales en España”, al ser el capítulo final de esta Tesis Doctoral realizada conjuntamente en la Universidad de Salamanca (España) y en la Universidad de los Estudios de Trento (Italia), recoge los postulados esbozados en los anteriores capítulos e intenta exponer una verdadera propuesta de lo que se debe entender por responsabilidad procedimental

por dilaciones indebidas y como debe ser incorporada en el ordenamiento jurídico español en la actualidad.

Para conocer el verdadero significado de la responsabilidad Administrativa por dilaciones procedimentales en España, se debe empezar por determinar el fundamento tanto jurídico como teórico existente en el derecho español en la actualidad.

En cuanto al primero, se encuentra contenido principalmente en la Constitución y en la Ley 30 de 1992 de cuyo análisis se desprende que será indemnizable cualquier lesión antijurídica que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y que medie entre ellos una relación de causalidad, por lo que sería totalmente posible reconocer la responsabilidad tanto por actividad tardía como por inactividad.

En cuanto al fundamento dogmático de este tipo de responsabilidad es necesario indagar en las consideraciones doctrinarias haciendo una rigurosa observación de los principios de buena administración¹⁶¹⁶ (especialmente, procedimiento debido y tempestividad) y sobre todo, las tendencias acerca de la imperatividad de la obligación de resolver.

Partiendo de esto, según los lineamientos tanto constitucionales como de derecho administrativo¹⁶¹⁷, se concluye que es necesario fortalecer la obligación de resolver en tiempo preestablecido y acarrear una verdadera sanción jurídica al incumplimiento del plazo razonable¹⁶¹⁸; en otras palabras, fundamentar una verdadera responsabilidad pública por dilaciones indebidas procedimentales en el derecho español.

¹⁶¹⁶ "Se trata de conseguir que la Administración, como organización y en sus relaciones con los ciudadanos a quienes sirve, funcione de forma equitativa, eficaz, transparente, eficiente, e imparcial. Podremos decir de una entidad administrativa es buena cuando podamos afirmar de su organización y proceder que es de buena calidad".

ROZAS VALDÉZ, José. "Hacia la codificación del derecho a la buena Administración". En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. pp. 177.

¹⁶¹⁷ "Una Administración que no resuelve es incompatible con nuestro marco constitucional, pero también con el modelo ideal de Administración, en cualquier Estado, con independencia de su carácter, pues la Administración está para cumplir y hacer cumplir las normas y para ello necesariamente debe actuar y resolver".

RIVERO ORTEGA, RICARDO. "La obligación de resolver". En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 245.

¹⁶¹⁸ "La referencia a la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca

En este orden de ideas, se plantea la posibilidad de introducir un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992, donde realmente se haga indudable que el incumplimiento del término que genera perjuicios al particular por su inactividad¹⁶¹⁹ configura un caso de funcionamiento anormal¹⁶²⁰ y en consecuencia, se generarán daños cuyas indemnizaciones deben ser asumidas por las Administraciones públicas.¹⁶²¹

Así, es indispensable centrarse en los tres requisitos que ha establecido la legislación española para que se configure la responsabilidad patrimonial; es decir, el daño, la imputación y la relación de causalidad. Estos elementos también se deben cumplir para las dilaciones indebidas procedimentales¹⁶²², aunque con algunas particularidades propias, de las cuales se dará cuenta posteriormente.

Para contextualizar más al lector, parece conveniente precisar inmediatamente algunos ejemplos de dilaciones indebidas procedimentales: La demora en el permiso para abrir un local u

suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. pp. 26-27.

¹⁶¹⁹ “La omisión de la actividad administrativa debida. En el supuesto que estamos analizando nos encontramos siempre ante una inactividad de la Administración; concretamente, ante la falta de cumplimiento de un deber legalmente previsto de obrar, ya consista dicho incumplimiento en no dictar un acto jurídico, ya se traduzca en no desarrollar una determinada actividad de medios o de resultado.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 303.

¹⁶²⁰ “La obligación de indemnizar es consecuencia de entender – lo que parece obvio- que aquella inactividad o actividad extemporánea constituye supuestos típicos de funcionamiento anormal del servicio”.

DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 325.

¹⁶²¹ “En estos casos, el incumplimiento del deber de responder en plazo ha mutilado la oportunidad de obtener una ventaja apetecida y ha impedido que se haya realizado la actividad lucrativa. Además, dicho incumplimiento ha hecho inútiles los gastos que, con miras a la explotación de la utilidad, había realizado el solicitante; son daños que causa el retraso y que se imputan a la Administración por el dato del incumplimiento del deber de responder dentro de plazo. Si se inmovilizan capitales u otros recursos y realizan gastos el particular no tiene el deber de soportarlos”.

GONZALES-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. Tomo I. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona. 2008. p. 410.

¹⁶²² “Trascurrido el término máximo establecido, si la Administración no ha dictado una resolución expresa o, habiéndolo hecho no la notifica incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental. Y si este incumplimiento genera daño y es imputable a la administración, el interesado tiene derecho a ser indemnizado”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

obtener una licencia, la inercia en cuanto a la concesión de una beca, el retardo en la fijación de una tarifa, la descalificación temporalmente injusta en un concurso público, la demora en la concesión de la residencia o de la nacionalidad y las famosas dilaciones en materias urbanísticas; en estas situaciones se verá la directa relación entre la lesión y el daño causado al particular

En vista de lo anterior, se explica la organización de este capítulo final, el cual estará dividido en dos grandes partes: La primera, se titula I. El reconocimiento de la responsabilidad administrativa en España y la segunda, se designa II. Los elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por dilaciones procedimentales indebidas.

En cuanto a la primera partición, se debe especificar que asimismo se subdivide en dos partes: la primera se denomina 1. Los principios contenidos en el deber de buena administración como sustento general de la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales: concretamente el procedimiento debido y la razonabilidad del plazo (Conformada por: 1.1. La Buena Administración, 1.2. El procedimiento debido y 1.3. La razonabilidad del plazo) y la segunda se titula, 2. El fortalecimiento de la responsabilidad patrimonial por dilaciones procedimentales administrativas en España (Compuesta por: 2.1. El Régimen general de la responsabilidad en España y y 2.2. Una interpretación alternativa de la obligación de resolver y la propuesta de un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992).

La segunda gran parte de este capítulo, está estructurada en una sola parte llamada 3. Los tres elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por dilaciones indebidas: El daño antijurídico, la imputación a una Administración pública y la relación de causalidad; la cual, por consideraciones metodológicas naturalmente ha sido subdividida en tres unidades menores que son: 3.1. La lesión antijurídica; 3.2. La imputación a una Administración pública y 3.3. La relación de causalidad.

**PARTE I. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIONES INDEBIDAS
PROCEDIMENTALES EN ESPAÑA.**

INTRODUCCIÓN.

La primera parte de este capítulo se encarga de demostrar la gran cantidad de argumentos que permiten justificar el reconocimiento de la responsabilidad de las Administraciones públicas por las dilaciones indebidas que generen daños a los particulares dentro de los procedimientos administrativos.

En este sentido, resulta conveniente empezar por exponer el deber de Buena Administración¹⁶²³ en el contexto democrático¹⁶²⁴ y los subprincipios de debido procedimiento y de tempestividad¹⁶²⁵, puesto que están claramente relacionados con la obligación de resolver dentro de un término preestablecido por parte de las entidades públicas; debido a que, en caso de desconocerlos se estará frente a una mala Administración¹⁶²⁶.

Una vez consientes de esto, parece conveniente encontrar la forma de fortalecer la obligación de resolver para evitar que siga siendo desconocida sistemáticamente¹⁶²⁷; para esto, basta repasar la normatividad sobre el tema, pero también sería necesario hacerle una nueva

¹⁶²³ “Y lo que no es evitable es, en todo caso, que el concepto de buena administración vaya calando en los ordenamientos nacionales, mediante la labor de las jurisdicciones internas, que, como es el caso español, en sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Justicia autonómicos, como veremos, aluden ya cotidianamente al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la resolución de conflictos estrictamente internos a la cual, cuando menos, inspiran”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 108.

¹⁶²⁴ “La buena administración, el buen gobierno en la democracia debe estar fuertemente comprometido con la búsqueda de soluciones a los problemas reales de la gente desde el entendimiento, que será auténtico si se opera desde la necesidad de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones públicas*. Colección divulgación jurídica. Primera edición. Editorial Arazadi. Navarra. 2006. p. 38.

¹⁶²⁵ “Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas –equitativas– y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. p. 26.

¹⁶²⁶ “La falta de respuesta expresa en plazo, incluida la falta de notificación, crea una situación de incertidumbre que, con independencia de las respuestas que dé el ordenamiento jurídico, va a construir una actuación administrativa, cuando carece de justificación, que debemos enmarcar, de entrada, en el contexto de una <<mala administración>>, o lo que es lo mismo, contraria al deber de buena administración”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 291.

¹⁶²⁷ “Ni siquiera el régimen vigente, desde la reforma de la Ley de Procedimiento administrativo de 1999, ha conseguido acabar con la criticada práctica, y el cumplimiento de la obligación de resolver, aunque formalmente protegido, sigue careciendo de garantías últimas traducidas en la sanción del incumplimiento”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 238.

interpretación donde sea considerada imperativa e inclusive se plantee la posibilidad de introducir un numeral concreto sobre responsabilidad por incumplimiento con el contenido de la responsabilidad por la obligación de resolver, basado en el propuesto por la doctrina italiana sobre el daño de retardo y el de incerteza.

De los anteriores postulados nace el contenido de esta parte del texto y por ende, su distribución será la siguiente:

La primera división, se denomina 1. Los principios contenidos en el deber de buena administración como sustento general de la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales: concretamente el procedimiento debido y la razonabilidad del plazo, está dividida en tres porciones más pequeñas que atienden a los contenidos previamente enunciados que son: 1.1. La Buena Administración, 1.2. El procedimiento debido y 1.3. La razonabilidad del plazo.

La segunda pieza, titulada 2. El fortalecimiento de la responsabilidad patrimonial por dilaciones procedimentales administrativas en España, se compone de dos pedazos que son: 2.1. Régimen general de la responsabilidad en España y y 2.2. Una interpretación alternativa de la obligación de resolver y la propuesta de un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992.

1. LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL DEBER BUENA ADMINISTRACIÓN COMO SUSTENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD POR DILACIONES INDEBIDAS PROCEDIMENTALES: CONCRETAMENTE EL PROCEDIMIENTO DEBIDO Y LA RAZONABILIDAD DEL PLAZO.

Introducción.

Uno de los derechos cuya incorporación se ha ido fortaleciendo en los últimos años en el derecho administrativo global¹⁶²⁸, en el Derecho Comunitario Europeo¹⁶²⁹ y particularmente, en España es el de Buena Administración¹⁶³⁰ el cual ha influido sobre el procedimiento, considerándose como el punto de Arquímedes en la nueva interpretación del procedimiento administrativo español.¹⁶³¹

Este derecho, forjado al calor del derecho administrativo comunitario europeo¹⁶³², se encuentra establecido en el artículo 41 de la Carta de Niza, está indirectamente incorporado en la Constitución de 1978¹⁶³³, también se hace alguna referencia en la Ley 30 de 1992 y ha sido incorporado en la normatividad de las Comunidades Autónomas y en la jurisprudencia.

¹⁶²⁸ “En definitiva, parece un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado derecho administrativo global o derecho administrativo internacional de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración”. PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 82.

¹⁶²⁹ “Tal y como hemos visto, la buena administración fue deducida como principio general del Derecho comunitario por la jurisprudencia comunitaria, sus distintas manifestaciones y facetas fueron positivizadas por los Tratados hasta quedar reflejadas, bajo la cobertura formal de un <<derecho fundamental>> en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 1158.

¹⁶³⁰ “[...] un instrumento fundamental para el logro de decisiones administrativas de *calidad*, un ámbito de composición de intereses privados y públicos en la búsqueda de los cambiantes y esquivos *intereses generales*, un factor de potenciación del *principio democrático* y del *principio de transparencia* de la actividad administrativa, un elemento importante en la protección y efectividad de los *derechos fundamentales*, una institución de compensación de la *flexibilidad creciente en la dirección normativa* de la Administración Pública y de las *insuficiencias intrínsecas de su control judicial* y, en definitiva, un factor de *legitimación* del actuar administrativo en nuestras modernas sociedades”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 38.

¹⁶³¹ “El punto de Arquímedes de esta nueva interpretación del procedimiento administrativo será el derecho a la buena administración, ya considerado por parte de la doctrina constitucional como derecho fundamental”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 561

¹⁶³² “Anclado en la tradición jurídica de ciertos Estados europeos, la buena administración es, sin lugar a dudas, una noción forjada al calor del Derecho comunitario europeo”.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 1137.

¹⁶³³ “Deber que se encuentra explicitado en los art. 9.3 (principio de la interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y de eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia) y que afectan a todo desarrollo de la función administrativa”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 113.

El derecho a la buena administración se debe interpretar en el contexto del moderno Estado social y democrático del derecho, entendiendo que está compuesto por una serie de subderechos o garantías de los ciudadanos en frente de la Administración.¹⁶³⁴

Entre los subderechos que conforman la Buena administración existen dos que están fuertemente relacionados con las dilaciones indebidas procedimentales que son los de procedimiento debido y de razonable duración o tempestividad. Por tanto, a continuación es pertinente detenerse un poco en el desarrollo de estos tres temas.

1.1. El derecho a la Buena Administración.

En el panorama mundial se están presentando profundas modificaciones en el Estado causadas por diversos factores como la globalización, que han producido transformaciones en las relaciones Administración-administrado y que se han concretado en que las Administraciones públicas se enfoquen hacia la creación de innovadores mecanismos y modelos para hacer frente a las nuevas necesidades sociales en la denominada sociedad de la información¹⁶³⁵ o sociedad del conocimiento.¹⁶³⁶ Es en este nuevo contexto, donde se debe interpretar el derecho a la buena administración.¹⁶³⁷

¹⁶³⁴ “En realidad, el derecho a una buena administración abarca otros subderechos o garantías frente a la Administración, afirmación que ciertamente no persigue en absoluto reconducir dicho derecho a un terreno eminentemente liberal como clásico derecho frente al poder, sino enfocarlo como un derecho que se ejerce frente y ante la Administración en el marco del contemporáneo Estado social y democrático de Derecho, es decir, tanto frente a la Administración de modo directo como, indirectamente, ante ella con apoyo en la noción de acción positiva u obligación positiva”.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. p. 30.

¹⁶³⁵ “La más profunda transformación del Estado y de la Administración radica, en efecto, en la emergencia de una *diversidad* de métodos, formas e instrumentos de regulación, dirección y gobierno, que no son sino el *precipitado* de toda una suerte de movimientos de reforma, tendencias y revoluciones, tales como la globalización de la economía y de la sociedad (la interdependencia económica, social, ambiental o informativa, entre otras); la pluralidad de centros y niveles de producción supra e interestatales; las insuficiencias e ineficacias de los métodos tradicionales; la desregulación y la privatización; etc. Ello ha dado lugar a la aparición de nuevos actores públicos y privados, y a una continua experimentación de formas, modelos y estrategias regulatorias, en donde la clave reside antes en una acertada selección de mecanismos e instrumentos, que en una elección alternativa”.

BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 41.

¹⁶³⁶ “En la sociedad del conocimiento, donde internet, la red, tiene tanta importancia, tenemos que ser conscientes de que la clave está en los conocimientos como capacidad para mejorar la vida de los hombres, no en acumular todo un conjunto de información que viene por la red y que no se sabe para que sirve”.

Estos cambios de perspectiva han tenido repercusiones en el modelo tradicional del procedimiento, incorporando nuevos principios y finalidades que han construido otras visiones procedimentales¹⁶³⁸; las cuales, de no ser introducidas en el ordenamiento jurídico español pueden traer consecuencias negativas.¹⁶³⁹

Una fuerte influencia de la concepción alternativa del procedimiento ha provenido del derecho anglosajón¹⁶⁴⁰, directamente de la introducción de los conceptos de mala¹⁶⁴¹ y de buena Administración.¹⁶⁴² El deber de buena administración está concretamente reconocido en el

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones públicas*. Colección divulgación jurídica. Primera edición. Editorial Arzadi. Navarra. 2006. p. 77.

¹⁶³⁷ “El buen gobierno, la buena Administración no puede olvidar que la sociedad del conocimiento ha de mejorar la calidad de la cultura cívica de las personas, pues de lo contrario estaremos desaprovechando una magnífica oportunidad para incidir positivamente en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos”.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones públicas*. Colección divulgación jurídica. Primera edición. Editorial Arzadi. Navarra. 2006. p. 72.

¹⁶³⁸ “Ciertamente, no es necesario que los mismos sean compendiados en un precepto o en un texto, del rango normativo que sea, para que pueda afirmarse su vigencia; pero no deja de ser evidente que el sistematizarlos y ordenarlos en forma de código tiene sus ventajas en términos de transparencia y efectividad”.

ROZAS VALDÉZ, José. “Hacia la codificación del derecho a la buena Administración”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. pp. 173-174.

¹⁶³⁹ Javier Barnes destaca las consecuencias negativas de la inadaptación del procedimiento administrativo a las nuevas exigencias del contexto español, agrupándolas de la siguiente forma:

“- Inseguridad e incertidumbre jurídica, en la medida en que tantas y tan relevantes acciones de la Administración carezcan de referentes normativos claros, o de una adecuada comprensión;

- Ineficiencias e ineficacias, fruto de la utilización de modelos, técnicas e instrumentos inadecuados;

- Y relajación de los principios del Estado de Derecho y democrático como consecuencia de un poco meditada adaptación de sus exigencias y requerimientos a las diversas clases de procedimiento y mecanismos regulatorios”.

BARNES, Javier. “El procedimiento administrativo en transformación”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008. p. 22.

¹⁶⁴⁰ “A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos públicos de corte anglosajón, en Derecho español el fenómeno de la formalización del derecho a una buena administración a través de la codificación de la conducta que cabe esperar de quienes son empleados o altos cargos de la misma es una realidad reciente”.

ROZAS VALDÉZ, José. “Hacia la codificación del derecho a la buena Administración”. En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008. p. 194.

¹⁶⁴¹ “Pues bien, en el uso ordinario del lenguaje mala administración es la que no gestiona los intereses encomendados con la diligencia y eficacia exigibles en términos de una razonabilidad media o según la medida normal resultante de la experiencia. Es mala, o al menos no es óptima, la administración que no obtiene el máximo rendimiento de los recursos disponibles para la obtención de unos objetivos o satisfacción de unos intereses. Esta solución, de planteamientos netamente económicos o técnico-administrativos, más propios de la Ciencia de la Administración que del Derecho Administrativo, aunque simple y poco significativa desde el punto de vista jurídico, puede perfectamente servir de punto de partida para acercarnos a la dimensión jurídico-administrativa del concepto que analizamos”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 48.

¹⁶⁴² “Principio que se traduce en un modo de ejercer las potestades, en una obligación de medios, que supone que la actividad formalizada de la Administración debe ejercerse de forma racional, objetiva, eficaz, eficiente, económica y coordinada, de manera tal que se asegure una decisión final acertada”.

artículo 41 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza, por lo que su aplicación es imperativa en los países comunitarios.¹⁶⁴³

Concretamente en España, el deber de buena administración¹⁶⁴⁴ está implícito en la Constitución de 1978¹⁶⁴⁵, fuertemente relacionado con los principios constitucionales de racionalidad, objetividad, eficiencia, economía, eficacia y coordinación¹⁶⁴⁶ y se está extendiendo rápidamente tanto a nivel central como de las comunidades autónomas¹⁶⁴⁷ (aunque sin mucha

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. pp. 23-24.

¹⁶⁴³ “La integración de España a las Comunidades Europeas a partir del primero de enero de 1986 hace obligada una referencia al ordenamiento jurídico europeo [...]”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 155.

¹⁶⁴⁴ “Retornando a nuestro país, resultaría posible, trazando un paralelismo con la realidad jurídica inglesa, distinguir de entre todas aquellas conductas administrativas contrarias a las normas por las que rige la Administración su actuación (mala administración en sentido amplio), un conjunto de situaciones que, por la inadecuación del sistema reaccional y la indefensión que se deduce de esta circunstancia, resultan especialmente perniciosas y ponen en juego principios tan esenciales al Estado social de Derecho como la igualdad o la seguridad jurídica y la propia realización de los objetivos materiales a que aspira (mala administración en su sentido originario)”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 51.

¹⁶⁴⁵ “La Constitución española de 1978 recoge un *deber jurídico de buena administración* de forma implícita, de igual modo que lo hace, por ejemplo, en el caso del deber de fidelidad de los funcionarios a la Constitución, supuesto estudiado por EMBID IRUJO. Este deber implícito se induce de la interpretación sistemática de diversos preceptos, los cuales contienen una serie de previsiones referidas al modo de desarrollo de la actividad administrativa”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 155.

¹⁶⁴⁶ “Tal como lo dijimos, el deber constitucional implícito de buena administración está constituido por una serie de deberes conectados a los principios de constitucionales de racionalidad, objetividad, eficiencia, economía, eficacia y coordinación, con impacto directo sobre el modo de desarrollo de la función administrativa y, por tanto, sobre el procedimiento de toma de decisiones”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 155.

¹⁶⁴⁷ “Por cierto que el derecho de buena administración ha pasado a ser reconocido, tras la reforma de los estatutos de autonomía, y a imagen y semejanza del texto de los pioneros de la última reforma, en las normas institucionales básicas de la mayoría de las comunidades autónomas”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 561.

homogeneidad en su contenido¹⁶⁴⁸); por ejemplo, en Cataluña, Andalucía, las Baleares y la Comunidad valenciana.¹⁶⁴⁹

Adicionalmente, se deben retomar las ideas de Julí Ponce Solé quien precisa que el principio de buena administración ha sido reconocido tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español¹⁶⁵⁰ como en la de los Tribunales de Justicia autonómicos.¹⁶⁵¹

Basados en todo lo anterior, los administrativistas españoles han perfilado una nueva concepción del procedimiento mucho más amplia y dinámica, según la cual: “El procedimiento administrativo puede y debe ser una institución jurídica que, además de constituir una defensa para los interesados, ayude a que la Administración administre bien y, en consecuencia, a que aumenten las posibilidades de obtención de decisiones acertadas en servicio a los intereses generales”.¹⁶⁵²

Siguiendo a Beatriz Tomás Mallén se debe resaltar en cuanto a su naturaleza que es un derecho fundamental que conjuga los elementos de derecho garantía y de derecho instrumental

¹⁶⁴⁸ “De hecho, son tantas las discordancias entre los distintos textos estatutarios que, más allá del *nomen* del derecho, es prácticamente imposible reconocer homogeneidad en lo que aparentemente pretende ser una categoría jurídica unitaria, enunciada en todos los casos como un derecho subjetivo”.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 1156.

¹⁶⁴⁹ “Es el caso, por ejemplo, del artículo 30 del nuevo Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, del art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, del art. 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, o del art. 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía Valenciano”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organizació, procedimiento, control judicial*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. pp. 84-85.

¹⁶⁵⁰ “Las referencias a la buena administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se pueden encontrar en alrededor de unas quince sentencias. Algunas de ellas, dictadas hace ya muchas décadas. Otras las últimas detectadas del año 2007. En términos generales, puede afirmarse que es a partir del inicio de ésta década cuando el Tribunal Supremo comienza a hacer uso sistemático del concepto de buena administración”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organizació, procedimiento, control judicial*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 157.

¹⁶⁵¹ “Siguiendo la senda abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, diversos Tribunales de Justicia autonómicos están utilizando también la buena administración como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, con cita expresa de la Carta de Derechos Fundamentales y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organizació, procedimiento, control judicial*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 163.

¹⁶⁵² PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 35.

que propicia la defensa de otros derechos.¹⁶⁵³ Además, el derecho a la buena Administración presenta un contenido concreto conformado por un conjunto de subderechos¹⁶⁵⁴; entre los cuales, se debe hacer puntual referencia al derecho al procedimiento administrativo debido¹⁶⁵⁵ y a una actuación administrativa llevada a cabo en un plazo razonable (Tempestividad).¹⁶⁵⁶

1.2. El derecho al procedimiento debido.

Otro derecho subjetivo que se desprende del Derecho a la Buena Administración es el derecho al procedimiento debido¹⁶⁵⁷, el cual se ha venido derivando del derecho al debido proceso. El justo o debido procedimiento tiene origen el derecho anglosajón¹⁶⁵⁸, se concreta en

¹⁶⁵³ “Pero, ante todo, si los derechos valen tanto como las garantías, en el derecho a la buena administración puede decirse que se conjugan ambos elementos, conformando una especie de *derecho-garantía* o *derecho instrumental*, que propicia la defensa de otros derechos”.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. p. 42.

¹⁶⁵⁴ “En este sentido, la buena administración emergería como un factor coadyuvante, un derecho <<instrumental>>, que se concibe en función de otros derechos subjetivos ubicados en el procedimiento administrativo y ordenados bajo el objetivo de una buena administración a modo de <<subderechos>> a los que suministra una base ordenadora, lógica e interpretativa (de carácter técnico formal) para su aplicación; un derecho instrumental cuya mayor operatividad es, aparte de este valor unificador y potenciador de otros derechos, coadyuvar a la defensa de los mismos mediante garantías específicas de naturaleza extrajudicial”.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 1163.

¹⁶⁵⁵ “El deber jurídico de buena administración queda convertido en una auténtica obligación jurídica mediante la legislación procedimental común, que contiene, en consecuencia, un *derecho* de los interesados, e incluso de los ciudadanos en general, en determinados casos, al procedimiento administrativo *debido*”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 41.

¹⁶⁵⁶ “Como se ha anticipado, la no tempestividad en la realización de la función administrativa se manifiesta cuando la A.P. decide por fuera de los términos fijados para la conclusión del procedimiento: la emisión de un provvedimento (cualquiera que sea su contenido) no sana la inercia, pero cambia el título, convirtiendo el silencio en retardo”.

“Come anticipato, l’imtempestività nell’esplicazione della funzione amministrativa si manifesta quando la p.a. provvede oltre i termini fissati per la conclusione del procedimento: il sopraggiungere di un provvedimento (qualunque sia il suo contenuto) non sana l’inerzia, ma ne muta il titolo, volgendo il silenzio in ritardo”.

ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. pp. 42-43.

¹⁶⁵⁷ “Con esta formulación, el procedimiento administrativo debido evoluciona desde su condición de deber hacia la mejor configuración como derecho subjetivo, incluso constitucional a juicio de parte de la doctrina”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Principio de celeridad”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 983.

¹⁶⁵⁸ “El instituto del justo procedimiento es de clara derivación anglosajona, teniendo origen en la fundamental categoría del *due process of law*, entendido como síntesis de otras garantías –sustanciales y procesales- de <<legalidad procedimental>>, que constituyen el fundamento del mismo sistema del *Rule of law*”. (Traducción propia).

“L’istituto del giusto procedimento è di chiara derivazione anglosassone, traendo origine dalla fondamentale categoria *due process of law*, inteso quale sintesi di più garanzie –sostanziali e processuali- di <<legalità procedurale>>, che costituiscono il fondamento del stesso sistema del *Rule of law*”.

una serie de garantías que buscan garantizar la democracia de la función administrativa¹⁶⁵⁹ y la defensa ante la arbitrariedad.¹⁶⁶⁰

La idea de desarrollar un derecho al procedimiento administrativo debido y de incorporar al ordenamiento jurídico vigente un verdadero seguimiento al procedimiento ha sido impulsada fuertemente por la doctrina española; recientemente, se pueden destacar como sus principales promotores a Julí Ponce Solé¹⁶⁶¹, Enrique Rivero Isern y Ricardo Rivero Ortega.¹⁶⁶²

En España, el nuevo modelo de procedimiento Administrativo, que está siendo fuertemente influenciado por el deber de buena administración, propone una visión alternativa que permite construir un verdadero derecho al procedimiento administrativo, muy conectado con

OZZI, Angela. "La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 468.

¹⁶⁵⁹ "En el procedimiento administrativo, en particular, el principio del *due process of law* se expresa en la previsión de una serie de garantías participativas y de cargas procedimentales, que están dirigidas al destinatario del acto administrativo y que buscan garantizar la democracia de la función administrativa". (Traducción propia).

"Nel, procedimento amministrativo, in particolare, il principio del *due process of law* si esprime nella previsione di una serie di garanzie partecipative e di oneri procedurali, che sono rivolti al destinatario dell'atto amministrativo e che mirano a garantire la democraticità della funzione amministrativa".

OZZI, Angela. "La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 468.

¹⁶⁶⁰ "También en materia de funcionarios, y junto con la expresa previsión del derecho al examen del expediente, el Tribunal parece partir de la idea del proceso debido ** en el procedimiento administrativo. Los que lo soliciten han de conocer, mediante un procedimiento de examen que tiene por objeto la defensa frente a la arbitrariedad, todos los extremos sobre los que la Comisión juzgadora basará sus apreciaciones".

WEBER Albrecht. "Comunidad Europea. El procedimiento administrativo en el Derecho Comunitario". En *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1993. p. 86.

¹⁶⁶¹ "Por tanto, la obligación legal es de seguimiento de un procedimiento adecuado al desarrollo de la función administrativa, que permita el cumplimiento del deber de buena administración, o, en otras palabras, de un procedimiento administrativo *debido*. Este último adjetivo pretende dar cuenta, precisamente de ese plus exigible al desarrollo de la actividad administrativa procedimentalizada. No es suficiente, pues, con seguir un procedimiento de modo formal, rutinario. Es necesario, es obligado jurídicamente, seguir el procedimiento justo, que permita, realmente, la defensa de los interesados y el cumplimiento del deber de buena administración. Si bien esta terminología no es tradicional en nuestro Derecho".

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 200.

¹⁶⁶² "Sin apartarnos de su comprensión tradicional, nosotros proponemos aquí una relectura del procedimiento administrativo para convertirlo en un verdadero derecho, señalando la necesidad de corrección de los aspectos insatisfactorios que todavía se advierten en su régimen, que no puede estar del todo diseñado para garantizar a los interesados todas las garantías, ni tampoco para contemplar una auténtica obligación administrativa de tramitar adecuadamente y resolver los procedimientos".

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El derecho al procedimiento administrativo". En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. pp. 556-557.

el derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 24¹⁶⁶³ de la Constitución. Al igual, que se ha observado por la doctrina italiana, en España no se hace referencia constitucional expresa al procedimiento debido, presentándose una desproporción de consecuencias entre la inobservancia del proceso y procedimiento.¹⁶⁶⁴

Otro artículo de la Constitución de 1978 que se ocupa del procedimiento administrativo es el artículo 105, el cual introduce claras normas en cuanto a la participación de los particulares dentro del procedimiento; en consecuencia se implanta un nuevo modelo mucho más democrático, en que se presenta una relación más cercana entre Administración-administrado y que se dirige hacia la protección de los derechos de los ciudadanos.¹⁶⁶⁵

De este modo, se ha observado que la Constitución contiene algunos preceptos los cuales sirven de fundamento a una interpretación más amplia que permitiría integrar un verdadero

¹⁶⁶³ “Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

¹⁶⁶⁴ “Se ha observado doctrinariamente como la previsión de reglas encaminadas a instaurar un <<justo procedimiento>>, no haya tenido eco la realización por parte de juez administrativo de un <<justo proceso>>, establecido, en cambio, por el artículo 111. Cons.: la razón de esta falta de correspondencia es consecuencia – probablemente- de la desproporción intrínseca entre el ciudadano y la A.P., que se advierte con mayor claridad en la fase patológica del proceso, en lugar de aquella fisiológica del procedimiento”.

“È stato osservato in dottrina come alla previsione di regole volte ad instaurare un <<giusto procedimento>>, non abbia fatto eco la realizzazione da parte del giudice amministrativo di un <<giusto processo>>, sancito, invece, a livello costituzionale dall’art. 111. Cost.: la ragione di questa mancata corrispondenza è d rinvenirse –probabilmente- nella sproporzione intrinseca tra il cittadino e la P.A., che si avverte con maggiore evidenza nella fase patologica del proceso, piuttosto che in quella fisiologica del procedimento”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 469.

¹⁶⁶⁵ “Artículo 105. La ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

derecho al procedimiento administrativo¹⁶⁶⁶ y éste podría ser parte del bloque de constitucionalidad.¹⁶⁶⁷ Desafortunadamente, la jurisprudencia no ha sido proclive al reconocimiento del derecho al procedimiento debido.¹⁶⁶⁸

De igual manera, como lo precisa Julí Ponce Solé, se debe hacer mención a los artículos 53.1¹⁶⁶⁹ y 78.1¹⁶⁷⁰ de la Ley 30 de 1992, donde se establecen algunos posibles elementos de los que se puede derivar el derecho al procedimiento debido en España y como el mismo lo explica: “En nuestro caso, la obligación de seguimiento de un procedimiento administrativo debido, derivado de la LRJPAC, significa la necesidad de seguir un procedimiento adecuado, tanto como garantía de los administrados como también para lograr el cumplimiento del deber constitucional

¹⁶⁶⁶ “En realidad, debido sobre todo al art. 105, es difícil extraer sólo de nuestro texto constitucional un verdadero derecho al procedimiento administrativo. Si optáramos por una interpretación *originalista* de la Constitución, esta tesis será probablemente endeble. Pero a la luz de las últimas evoluciones del concepto de Constitución, en un contexto de supraestatalidad y reforma de los estatutos de la autonomía, es posible ir más allá de la literalidad de los artículos, de la jurisprudencia constitucional incluso, para buscar el fundamento del derecho del procedimiento por encima y por debajo de la Constitución y terminar integrándolo en ésta”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 559.

¹⁶⁶⁷ “[...] lo cierto es que la obligación a reconsiderar el *bloque de la constitucionalidad*, también en lo relativo de los derechos, hasta el punto de que derechos sociales sólo reconocidos como principios rectores de la política social y económica hasta ahora, pasan a los nuevos estatutos a tener la condición de verdaderos derechos subjetivos. Y el procedimiento administrativo, dentro del derecho a la buena administración también se ve realizado”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 561.

¹⁶⁶⁸ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido bastante reticente al aceptar un derecho pleno al procedimiento administrativo, como ellos mismo lo destacan: “De acuerdo con su jurisprudencia, no existe un derecho al procedimiento que pueda invocarse sin más ante el Tribunal Constitucional y sea susceptible de las garantías constitucionales de este tipo de derechos correspondientes a la jurisdicción contenciosa el control de la Administración, sin perjuicio de su aplicación con matices a los procedimientos sancionadores (SsTC 42/89, de 16 de junio, y 68/85, de 27 de mayo, y Auto de 20 de noviembre de 1995).

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 560.

¹⁶⁶⁹ “Artículo 53. Producción y contenido.

1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t5.html#a53

¹⁶⁷⁰ “Artículo 78. Actos de instrucción.

1. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t6.html

de buen administración, más allá, pues, de la perspectiva meramente defensiva”.¹⁶⁷¹ De todas formas, los profesores Enrique y Ricardo Rivero consideran importante para facilitar la aplicación del derecho al procedimiento debido, que se haga una consagración inequívoca de este derecho dentro del texto de la Ley 30 de 1992.¹⁶⁷²

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho al procedimiento debido, como lo afirma Juli Ponce Solé se puede entender como: “[...] un derecho público subjetivo típico o activo, que otorga el poder a su titular para exigir la realización de aquellos trámites previstos por el ordenamiento de forma diligente, así como el poder de proponer la realización de todas aquellas actividades procedimentales que se crean precisas para resolver mejor”¹⁶⁷³.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que: “Este derecho, en caso de ser vulnerado, puede dar lugar a una reacción en contra del incumplimiento de la obligación de seguimiento de un procedimiento administrativo debido, que puede llegar, en última instancia, a plasmarse en la articulación de los pertinentes recursos judiciales”.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁷¹ PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 141.

¹⁶⁷² “Pero quizás no estaría de más introducir en la Ley 30/92 alguna previsión expresa estableciendo la necesidad de procedimiento, como obligación de la Administración y como derecho de los interesados. Ya que está implícita en todo el texto de la norma (especialmente en los artículos citados, pero también en muchos otros), podría consagrarse de manera explícita. O en la línea anticipada por el Tratado por el que se pretendía establecer una Constitución para Europa y la reforma de los Estatutos de la Autonomía, mediante el reconocimiento del derecho a la buena administración, con sus distintas proyecciones (derecho de audiencia, transparencia administrativa, posibilidad de exigencia de responsabilidad)”.

RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. “El derecho al procedimiento administrativo”. En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008. p. 563.

¹⁶⁷³ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 210.

¹⁶⁷⁴ PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 144.

1.3. El derecho a la tempestividad o razonable duración del procedimiento Administrativo en el Derecho Comunitario europeo.

El plazo razonable procedimental se debe abordar metodológicamente desde dos perspectivas¹⁶⁷⁵: Por un lado, en relación con un proceso sin dilaciones indebidas contenido en el artículo 42 de la Constitución y por el otro, en relación a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la cual influye en los procedimientos administrativos españoles.¹⁶⁷⁶ Como al primer, enfoque se hizo referencia previamente es conveniente remitirse a lo establecido¹⁶⁷⁷; en cuanto, a la jurisprudencia de la Comunidad Europea sobre la materia se desarrollará a continuación.

Al lado de los principios procedimentales establecidos en el derecho interno¹⁶⁷⁸, se debe hacer especial mención al principio de Buena Administración, concretamente a la razonable duración del procedimiento o tempestividad, que he tenido un amplio desarrollo en el Derecho Comunitario que hace parte del derecho nacional¹⁶⁷⁹. Puesto que, como lo explica Javier Barnés: “En realidad, todos los principios comunitarios pueden servir de parámetro para el procedimiento administrativo nacional (así, p. ej., para interpretar conceptos legales de las propias normas de

¹⁶⁷⁵ “En lo que afecta al derecho a una resolución administrativa dictada en un plazo razonable, como no podía ser de otro modo, se ha estudiado por la jurisprudencia constitucional en conexión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24 CE), lo mismo que ha ocurrido en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (artículo 6 CEDH)”. TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004. p. 126.

¹⁶⁷⁶ “Sin embargo, un análisis más cuidadoso de la situación nos muestra como diversos factores han conducido a que tanto el derecho derivado como la jurisprudencia comunitaria influyan en los procedimientos administrativos españoles. Por un lado la necesidad de una aplicación del Derecho comunitario uniforme y coherente ha llevado a que el Derecho derivado comunitario, bien mediante codificaciones sectoriales, siendo destacable al respecto el ámbito ambiental, haya generado una armonización procedimental. En segundo lugar, la jurisprudencia comunitaria influye en el Derecho nacional, como es sabido, mediante la generación de principios procedimentales [...]”.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. “Procedimiento Administrativo globalización y buena administración”. En *Derecho Administrativo global: Organizació, procedimiento, control judicial*”. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010. p. 107.

¹⁶⁷⁷ Ver Capítulo VII. Especialmente el punto 2.1. La definición de plazo razonable en los procesos judiciales y su posible aplicación al procedimiento administrativo.

¹⁶⁷⁸ “Los principios generales del Derecho, en cuanto constituyen las normas básicas del Ordenamiento, operan respecto de la reglamentación del procedimiento igual que respecto a los demás sectores. Pero las leyes reguladoras del procedimiento administrativo y la doctrina enumeran también entre los principios los que no son sino normas que garantizan la eficacia y buen hacer de la Administración”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009. p. 32.

¹⁶⁷⁹ “Pues bien, la primera y fundamental observación a retener es que el Derecho Comunitario forma parte del Derecho nacional de los Estados miembros y, por lo tanto, constituye Derecho propio de cada uno de ellos, en la misma medida que el Derecho creado por los órganos constitucionales. Este es el efecto primario de la cláusula de supranacionalidad”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición, Madrid, Civitas, 2006. p. 160.

procedimiento del respectivo país; o incluso para reducir o transformar una potestad discrecional reconocida por el ordenamiento interno en potestad reglada)".¹⁶⁸⁰

Al ser España Estado miembro desde el 1 de enero de 1986, resulta necesario remitirse a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que introduce en su artículo 41 el Derecho a una Buena Administración¹⁶⁸¹ y concretamente, en su numeral 1¹⁶⁸² reconoce el derecho a que los asuntos que le conciernen sean tramitados dentro de un plazo razonable.¹⁶⁸³

Así, como lo precisa Marco Angelone: "Tal principio <<impone [...] a la Administración no permanecer inactiva>>, de modo que <<la obligación de tempestividad y la obligación de resolver dentro del término, se convierten en parámetros para evaluar no sólo la ilegitimidad de la inercia de la institución comunitaria sino también elementos sobre los cuales fundar la responsabilidad misma".¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸⁰ BARNÉS Javier. "Introducción: hacia el derecho público europeo. En *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1993. p. 40.

¹⁶⁸¹ "El principio de buena Administración: el principio impone la garantía de la tempestividad de la acción administrativa y, entendiéndola conexa a la acepción de imparcialidad, de evitar en casos análogos, tratamientos diferentes sin una adecuada motivación o de respetar criterios establecidos previamente". (Traducción propia).

"Il principio di buona amministrazione: il principio impone di garantire la tempestività dell'azione amministrativa e, nella connessa accezione di imparzialità, di evitare, in casi analoghi, trattamenti differenti senza adeguata motivazione o di rispettare criteri di massima fissati in precedenza".

DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010. p. 181.

¹⁶⁸² "Artículo 41. Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable".

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

¹⁶⁸³ "El art. 41 (<<Derecho a una buena administración>>) de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (c.d. <<Carta de Nizza>>), al establecer el derecho de cada persona a que las cuestiones que le incumben sean tratadas <<dentro de un término razonable por las instituciones>>, eleva el factor temporal a un autónomo bien jurídico, presentándose a su vez como corolario del <<principio de buena administración>>". (Traducción propia).

"L'art. 41 (<<Diritto ad una buona amministrazione>>) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. <<Carta di Nizza>>), nel sancire il diritto di ogni persona a che le questioni che la riguardano siano trattate <<entro un termine ragionevole dalle istituzioni>>, eleva il fattore temporale ad autonomo bene giuridico, presentandosi —a sua volta— quale corollario del <<principio di buona amministrazione>>".

ANGELONE, Marco. *Inercia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. pp. 84-85.

¹⁶⁸⁴ "Tale principio <<impone [...] all'amministrazione di non restare inattiva>>, di modo che <<L'obbligo di tempestività e l'obbligo di provvedere nel termine, divergono parametri per valutare non solo l'ilegitimità dell'inercia dell'istituzione comunitaria ma anche elementi su cui fondare la responsabilità della stessa>>".

ANGELONE, Marco. *Inercia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. p. 85.

De lo precedente se sigue que el derecho de la Comunidad Europea adopta una concepción determinada del procedimiento donde se entiende que el término está fijado a favor del particular, al obligar a la Administración pública a decidir dentro del término prefijado¹⁶⁸⁵ y de esta manera, el privado tendrá un verdadero derecho a una respuesta por parte de las Administraciones Públicas.¹⁶⁸⁶

Como lo señala Anna Simonati la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo ha reconocido pacíficamente el derecho a la razonabilidad del plazo de la decisión procedimental o tempestividad basada en el principio de Buena Administración. “A esto se refieren numerosas sentencias relativas al procedimiento administrativo en materia de política de la concurrencia. No faltan, tampoco ejemplos de aplicación del principio en otros campos: entre otros, relativos a los procedimientos de supresión de fondos estructurales y a los procedimientos disciplinarios en contra de los dependientes de las instituciones comunitarias”.¹⁶⁸⁷ (Traducción propia).

En cuanto a la razonabilidad del término procedimental, es un tema bastante complejo sobre el cual la jurisprudencia de la Corte Europea ha ido construyendo ciertos parámetros guía que se pueden extraer de sus fallos. En términos generales se pueden concretar en tres: 1. La

¹⁶⁸⁵ “Establecer en interés de quien está establecido el término del procedimiento representa, como se verá, un pasaje importante para encuadrar en el dentro del plan teórico la cuestión del incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de prever en el término prefijado”. (Traducción propia).

“Stabilire nell’interesse di chi è posto il termine del procedimento rappresenta, come vedremo, un passaggio importante per inquadrare sul piano teorico la questione dell’inadempimento da parte dell’amministrazione dell’obbligo di provvedere nel termine prefissato”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 14.

¹⁶⁸⁶ “Contra tal obligación que está en cabeza del privado que ha presentado la petición una situación jurídica activa que tiene el rango de un verdadero y propio del derecho del ciudadano <<derecho a una respuesta>>”. (Traducción propia).

“A fronte de tale obbligo vi è in capo al privato che ha presentato l’istanza una situazione giuridica attiva che ha il rango di un vero e proprio diritto del cittadino (<<diritto a una risposta>>)”.

CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995. p. 28.

¹⁶⁸⁷ “Ad esso fanno riferimento numerose sentenze relative ai procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza. Non mancano, però esempi di applicazione del principio anche in altri campi: tra l’altro, relativamente ai procedimenti di soppressione di fondi strutturali e ai procedimenti disciplinari nei confronti dei dipendenti delle istituzioni comunitarie”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. pp. 243-244.

complejidad del caso, 2. El comportamiento de las partes y 3. El comportamiento de la autoridad competente.¹⁶⁸⁸

1. La complejidad del caso: El primer parámetro hace referencia a que la razonabilidad se debe medir en torno a la complejidad de los hechos y de la dificultad jurídica que envuelve.¹⁶⁸⁹ En consecuencia, “[...] debe ser valorada sobre la base de las circunstancias específicas y del contexto que distinguen cada caso; sin desconocer, la cantidad y calidad de las distintas fases procedimentales y de la multiplicidad de los intereses involucrados”¹⁶⁹⁰. (Traducción propia).

2. El comportamiento individual: Así mismo, se debe evaluar la actividad realizada por el particular o “[...] el comportamiento desplegado por el destinatario del acto, con la finalidad de verificar si éste haya, al menos en parte, determinado el desarrollo del procedimiento administrativo”.¹⁶⁹¹ (Traducción propia).

3. El comportamiento de la Administración: Adicionalmente, se debe recordar la actuación desplegada por las entidades públicas que debe cumplir con el principio de tempestividad y no olvidar que “[...] a cargo del Estado hay una obligación de resultado, que tiene por objeto la predisposición de una organización administrativa y procesal, compuesta de personas y de

¹⁶⁸⁸ “[...] Los cánones interpretativos elaborados por la copiosa jurisprudencia de la Corte europea llamada a pronunciarse repetidamente sobre el tema de *delai raissonable*, o sea la complejidad del caso, el comportamiento de las partes y el comportamiento de la autoridad competente”. (Traducción propia).

“[...] i canoni interpretativi elaborati dalla copiosa giurisprudenza della Corte europea chiamata a pronunciarsi ripetutamente in tema di *delai raissonable*, ossia la complessità del caso, il comportamento delle parti ed il comportamento delle autorità competente”.

DE MARZO, Giuseppe, DE FRANCESCA, Giuseppe e FABRIZZI, Giampaolo. *Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2008. p. 32.

¹⁶⁸⁹ “La razonabilidad de los tiempos procesales debe ser, ante todo, valorada en relación con la complejidad factual y jurídica de la controversia objeto del juicio”.

“La ragionevolezza dei tempi processuali dev'essere innanzitutto valutata in rapporto alla complessità fattuale e giuridica della vicenda oggetto di giudizio”.

DE MARZO, Giuseppe, DE FRANCESCA, Giuseppe e FABRIZZI, Giampaolo. *Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2008. p. 44.

¹⁶⁹⁰ “[...] deve essere valutata sulla scorta delle circostanze specifiche e del contesto che contraddistinguono ciascuna vicenda, nonché della quantità e qualità delle varie fasi procedurali espletate e della molteplicità degli interessi coinvolti”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell'analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 248.

¹⁶⁹¹ “[...] il comportamento tenuto dal destinatario dell'atto, al fine di riscontrare se vi sia la possibilità che egli abbia, almeno in parte, determinato il potersi del procedimento amministrativo”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell'analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 252.

medios, con los que esté en grado de satisfacer en tiempo razonable las peticiones de los usuarios [...]”.¹⁶⁹² (Traducción propia).

En lo referente a los efectos del desconocimiento del principio de tempestividad en el procedimiento según el derecho comunitario, se deben hacer dos observaciones puntuales siguiendo el muy interesante trabajo de Anna Simonati.

La primera, se refiere a que “[...] la violación del principio de por sí no determina, ni siquiera potencialmente, algún efecto directo sobre el contenido de la decisión procedimental emitida”.¹⁶⁹³ (Traducción propia). Esto se debe a que el derecho que se vulnera no es aquel pretendido en la petición; sino otro, que tiene que ver con el incumplimiento de un término y por ende, el desconocimiento de una prerrogativa del individuo.

La segunda, es que en la práctica no se reconoce la sola afectación del derecho al término, sino que tiene que demostrarse la lesión de otro derecho:

“Emerge claramente, entonces, que no obstante las afirmaciones generales acerca de la necesidad de la tempestividad de las operaciones de las instituciones comunitarias, la decisión emitida tardíamente será anulada exclusivamente cuando el retardo haya producido las consecuencias también en términos de lesiones de derechos de defensa de los privados involucrados. En caso contrario, la incompatibilidad con el principio del término razonable – que así obviamente subsiste – es irrelevante a los fines de la legitimidad del acto, porque falta la demostración de un perjuicio real y concreto a un derecho procedimental del individuo”.¹⁶⁹⁴ (Traducción propia).

¹⁶⁹² “[...] a carico dello Stato di un’obbligazione di risultato, che ha ad oggetto la predisposizione di un’organizzazione amministrativa e procesuale, fatta di persone e di mezzi, che sia in grado di soddisfare in tempi ragionevoli le istanze degli utenti [...]”.

DE MARZO, Giuseppe, DE FRANCESCA, Giuseppe e FABRIZZI, Giampaolo. *Irragionevole durata del proceso e responsabilità dello Stato*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2008. p. 68.

¹⁶⁹³ “[...] la violazione del principio di per sè non determina, neanche potenzialmente, alcun effetto diretto sul contenuto del provvedimento emeso”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. p. 253.

¹⁶⁹⁴ “Emerge chiaramente, dunque, che, nonostante le affermazioni di ampia portata circa la necessaria tempestività dell’operato delle istituzioni comunitarie, la decisione emessa tardivamente viene annullata esclusivamente laddove il ritardo abbia prodotto delle conseguenze anche in termini di lesione dei diritti di difesa dei privati coinvolti. In caso contrario, l’incompatibilità con il principio del termine ragionevole - che pure palesemente sussiste - è irrilevante ai fini della legittimità dell’atto, poiché manca la dimostrazione di un pregiudizio reale e concreto a un diritto procedimentale del singolo”.

SIMONATI, Anna. *Procedimiento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell’analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009. pp. 255-256.

2. EL FORTALECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DILACIONES PROCEDIMENTALES ADMINISTRATIVAS EN ESPAÑA.

Introducción.

De lo que se ha establecido en los capítulos anteriores, resulta evidente la imperiosa necesidad de fortalecer la obligación de resolver con el fin de hacerla operante a efectos de poder exigir la responsabilidad patrimonial a la entidad pública incumplidora. Puesto, que aunque existen muchas formas de sustentar su reconocimiento por su fuerte respaldo jurídico tanto la legislación¹⁶⁹⁵ como la jurisprudencia¹⁶⁹⁶ continúan sin reconocerla y ha sido entendida como un simple deber u obligación natural.¹⁶⁹⁷

Los anteriores planteamientos llevan a querer determinar si es posible, hacer imperativa la obligación de resolver que en ocasiones en la práctica resulta ser desconocida y cuya violación no acarrea ninguna responsabilidad a las Administraciones y a sus agentes. Para esto, es necesario empezar por observar el régimen de responsabilidad general objetivo español contenido principalmente en la Constitución¹⁶⁹⁸ y en la Ley 30 de 1992¹⁶⁹⁹, pero encaminándolo un poco más hacia las dilaciones indebidas procedimentales en concreto.

¹⁶⁹⁵ “No existen previsiones normativas que fuercen a la Administración al cumplimiento forzoso del deber de resolver expresamente y notificar el plazo”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 296.

¹⁶⁹⁶ “Y en este punto cabe citar la STS 22 septiembre de 1987 (RJ 1987, 7745): <<El deber de resolver –deber es y no obligación, puesto que nace directamente de la Ley...-...>>”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 493.

¹⁶⁹⁷ “Sin otros cauces para exigirlo, el deber de resolver llegó a verse como un deber carente de sanción efectiva en caso de incumplimiento, lo que permitía su ubicación entre las denominadas <<naturales obligaciones>> (SSTS. 4 enero 1977 [RJ 1977, 149], 30 de mayo [RJ 1981, 2016] y febrero 1984 [RJ 1984, 1014]”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 534.

¹⁶⁹⁸ “Buscar referencias en la Constitución de cualquier cuestión jurídico-administrativa se ha convertido en un lugar común del método investigador en nuestra disciplina, corriendo el riesgo de trivializar a veces, pese a su gran relevancia, la cita de los preceptos constitucionales”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 240.

¹⁶⁹⁹ El régimen general de responsabilidad de las Administraciones públicas españolas se encuentra desarrollado ampliamente en el Capítulo I de este escrito.

Posteriormente, se debe estudiar el contenido de la obligatoriedad de cumplir el plazo de resolver por parte de las Administraciones españolas, su sustento de derecho, exponer una nueva interpretación en la que sea realmente vinculante y finalmente, proponer la introducción de un nuevo artículo o numeral para que sea indudable la obligatoriedad de la obligación de resolver y se pueda fundar responsabilidad estatal por su incumplimiento.

De esta manera el apartado segundo estará compuesto por dos temas generales que son:

2.1. Régimen general de la responsabilidad en España (2.1.1. La Constitución de 1978 y 2.1.1. La Ley 30 de 1992) y 2.2. Una interpretación alternativa de la obligación de resolver y la propuesta de un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992 (2.2.1. El cumplimiento del plazo es obligatorio y 2.2.2. La fijación una verdadera consecuencia jurídica en caso de su desconocimiento: La posibilidad de incorporar un octavo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992).

2.1. Régimen general de la responsabilidad en España.

Buscando los fundamentos para lograr la responsabilidad patrimonial española por dilaciones procedimentales, es conveniente empezar por presentar el régimen general y ver si existe alguna norma que facilite su desarrollo o por el contrario, exista alguna regla jurídica que impida el reconocimiento de este tipo de daños procedimentales.

Se debe recordar que el régimen de responsabilidad objetivo español se introdujo en la década de los años cincuenta, posteriormente se fue desarrollando y finalmente, logró su respaldo Constitucional en 1978.¹⁷⁰⁰ En la actualidad, dicho régimen está incorporado en la Ley 30 de 1992 con sus posteriores modificaciones contenidas en la Ley 4 de 1999.¹⁷⁰¹

¹⁷⁰⁰ “La construcción de sus rasgos actuales en el ordenamiento jurídico español se forja a mitad del siglo XX, bajo el principio *pro damnato* cuya finalidad es el amparo de las víctimas frente a la actuación de la Administración pública. Se prescinde, por tanto, de la culpa o imprudencia como criterio de imputación, abstrayéndose de valorar la existencia de diligencia en la actuación administrativa”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 282.

¹⁷⁰¹ Estas ideas se encuentran desarrolladas con mayor detenimiento en el Capítulo I titulado “El régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual objetiva de las Administraciones Públicas en España.

Siguiendo la anterior línea de pensamiento, corresponde detenerse en los temas de la responsabilidad Española contenidos en la Constitución de 1978 y La ley 30 de 1992, los cuales serán tratados a continuación.

2.1.1. La Constitución de 1978.

El régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas está claramente delineado en el texto de la Constitución de 1978, en la que se mantiene el régimen de responsabilidad objetiva.¹⁷⁰²

Precisamente, dentro de la norma de normas, se hacen diversas alusiones al tema, por ejemplo: Desde su primer artículo vemos como el pueblo español se define como un “Estado Social y democrático de Derecho”¹⁷⁰³; además, en el numeral 3¹⁷⁰⁴ del artículo 9¹⁷⁰⁵, el constituyente hace un reconocimiento expreso de la responsabilidad en que pueden incurrir los poderes públicos, incluyendo a la Administración.¹⁷⁰⁶

Continuando con la reconstrucción del tema en materia constitucional se debe precisar que, el régimen de responsabilidad objetiva administrativa en España está contenido en el

¹⁷⁰² “El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que consagrado en la LE, va a constitucionalizar el art. 106.2 de la Constitución y reiterar la LRJPA, se aparta por completo de la idea de culpa, para implantar un sistema de responsabilidad objetiva, que permite una reparación integral de la lesión causada por la actuación administrativa”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. pp. 349-350.

¹⁷⁰³ “Art. 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

¹⁷⁰⁴ “Art. 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁷⁰⁵ “El art. 9.3 CE debe ser interpretado, a nuestro juicio, en el sentido que la responsabilidad a la que alude comprende también la de naturaleza civil”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 674.

¹⁷⁰⁶ “El artículo 9.3 CE utiliza la expresión <<poderes públicos>> en un sentido amplio, que abarca tanto a las personas físicas que ejercen funciones públicas –agentes públicos– como a las organizaciones dotadas de personalidad jurídica en las que aquellas se integran –entes públicos–, por lo que parece que en principio todos ellos habrían de responder civilmente en los daños que causen”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 674.

numeral 2 del artículo 106¹⁷⁰⁷ en los siguientes términos: “Art. 106. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.¹⁷⁰⁸

Otro artículo relevante de la Constitución en relación con la responsabilidad es el 149 que en su numeral 18 ordena la existencia de un régimen general para todas las Administraciones Públicas.¹⁷⁰⁹ De esta manera, como lo explican Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Todas ellas se rigen, pues, en este momento por una misma Ley, que en este momento es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [...]”.¹⁷¹⁰

La reconstrucción de los lineamientos sobre responsabilidad estatal fijados en la Constitución española no estaría completo, sin hacer referencia al artículo 121¹⁷¹¹, donde se establece la responsabilidad por los errores judiciales y el funcionamiento anormal de la justicia.¹⁷¹² Este artículo se encuentra fuertemente vinculado con en el numeral 4¹⁷¹³ del artículo

¹⁷⁰⁷ “Cuando en 1977 se inicia el proceso constituyente la cláusula general de responsabilidad introducida por el artículo 121 LEF y ratificada por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 había y entrado plenamente en las costumbres, sin reservas ni reticencias de ninguna clase, por lo que el artículo 106.2. de la Norma Fundamental pudo limitarse a ratificarla pura y simplemente”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición. Madrid. Civitas. 2006. pp. 376-377.

¹⁷⁰⁸ “A esta circunstancia obedece el que, para proteger la indemnidad patrimonial de los particulares, el artículo 106 CE, dando concreción al genérico principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE, declare la responsabilidad de la Administración por todos los daños de origen administrativo, sin tomar en consideración el comportamiento seguido por aquélla. Los particulares tendrán derecho, pues, a ser indemnizados por toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 842.

¹⁷⁰⁹ “Los categóricos términos de la Constitución no dejan lugar a dudas. En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas una legislación única -la estatal- regirá en todo el territorio nacional”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 211.

¹⁷¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición. Madrid. Civitas. 2006. pp. 377-378.

¹⁷¹¹ “Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t6.html#a121

¹⁷¹² “Finalmente, y como última referencia constitucional aunque ya no en el ámbito de las Administraciones públicas. El artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado por los errores judiciales y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia [...]”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 43.

139 de la Ley 30 de 1992, que remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial o Ley 6 de 1985, concretamente a los artículos 292 a 297 que se encuentran en el Título V denominado la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de la justicia.¹⁷¹⁴

En cuanto al tema de las dilaciones indebidas procedimentales, las construcciones doctrinales en torno a éste artículo, pueden ser de gran utilidad puesto que permite reconocer supuestos de funcionamiento anormal por dilaciones indebidas procesales que han dado a un gran número de reclamaciones y decisiones jurisprudenciales.¹⁷¹⁵

2.1.2. El régimen normativo vigente de responsabilidad estatal en España: La Ley 30 de 1992 y sus posteriores modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999.

La responsabilidad de las Administraciones públicas españolas está regulada por la Ley 30 de 1992, con las modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999, particularmente en el artículo 139 y siguientes.¹⁷¹⁶ Esta ley desarrolla un sistema de responsabilidad con las características de ser: 1. Un sistema de derecho público; 2. Sistema Unitario; 3. Constituye un régimen general; 4.

¹⁷¹³ "Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#)".

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#

¹⁷¹⁴ "En virtud de la normativa reseñada, los requisitos materiales y objetivos que deban acreditarse para el reconocimiento de la responsabilidad los siguientes: el funcionamiento anormal o defectuoso de la Administración de Justicia (art. 292.3 de la LOPJ); la producción de un daño (art. 292.2 de la LOPJ); la relación de causalidad entre el funcionamiento normal y el daño (art. 292.1 de la LOPJ); y que no exista fuerza mayor en el origen de las dilaciones indebidas (art. 292.1 de la LOPJ) ni que tengan por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado (art. 295 de la LOPJ)".

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. p. 117.

¹⁷¹⁵ "La derivada del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, constituyendo las dilaciones indebidas el supuesto de anormalidad que ha dado lugar a mayor número de reclamaciones y decisiones jurisprudenciales (Ss. De 1 de octubre de 1999 –Ar. 1395. Ponente: Maurandi-; 22 de enero de 2000 –Ar. 1046. Ponente: Mateo Díaz-)".

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 129.

¹⁷¹⁶ "La Ley 30 de 1992, 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común –modificada por la Ley 4/1999-, regula, obviamente, la responsabilidad de las Administraciones públicas, que se enumeran en su artículo 2. Pero contiene dos preceptos que hacen referencia a la posible responsabilidad derivada de actos legislativos y de la función jurisdiccional: los números 3 y 4 del artículo 139".

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 57.

Responsabilidad Directa; 5. Carácter objetivo; 6. Pretende una reparación integral y 7. Con una unidad jurisdiccional.¹⁷¹⁷ Estas notas han sido reconocidas por la jurisprudencia y en la actualidad se han claramente afianzado.¹⁷¹⁸ (Algunas de estas características se desarrollan detenidamente en el Capítulo I de este texto).

De la lectura de las normas precitadas se puede concluir que los requisitos para que se genere la responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas son los de: Una lesión antijurídica, la imputación y la relación de causalidad, los cuales serán explicados, brevemente a continuación. (Para profundizar sobre esto, se puede regresar al Capítulo I de este escrito).

1. Lesión antijurídica: Del análisis conjunto del artículo 139 (numerales 1 y 2)¹⁷¹⁹ y del 141 (numeral 1)¹⁷²⁰, se puede concluir que la lesión puede ser de cualquier tipo, siempre que sea efectiva, evaluable económicamente, individualizado con relación a un persona o grupo de personas y antijurídico.

Como lo aclaran Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Lo que quiso decir y dijo el artículo 141 LPC más atrás recordado es que hay *lesión* y, por lo tanto, responsabilidad de la Administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es siempre que no ocurra un título jurídico que

¹⁷¹⁷ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. pp. 52-53.

¹⁷¹⁸ “Ni la doctrina del Consejo de Estado ni la jurisprudencia han dudado nunca tampoco en definir el régimen de responsabilidad administrativa extracontractual, con base en estas notas, aunque es lógico que hiciera falta cierto tiempo para que las reglas y principios propios del régimen instaurado en 1954 adquirieses auténtica implantación real”. BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Editorial Aranzadi. Pamplona 2009. pp. 75-76.

¹⁷¹⁹ “Art. 139. Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

¹⁷²⁰ “Artículo 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido, o al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado”.¹⁷²¹

2. La imputación a una Administración Pública: Es la posibilidad de ser atribuido el daño al Estado, debido a su acción u omisión en un caso específico.¹⁷²² El criterio introducido en el numeral 1 del artículo 139, señala que es necesario que el daño se haya producido como consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público.¹⁷²³

Se debe recordar, como lo afirma Luis Martín Rebollo, que al tratarse de un sistema de imputación objetiva no es imprescindible la presencia del elemento subjetivo o culpa para que se genere la responsabilidad estatal.¹⁷²⁴

3. La relación de causalidad: Este requisito, también presente en el artículo 139.1., se refiere a la relación de causalidad entre la lesión y la imputación; es decir, se pide que el daño se produzca como consecuencia o resultado de la acción u omisión del Estado.

Siguiendo a Jesús González Pérez: “La responsabilidad patrimonial de la Administración exige que <<exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado

¹⁷²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición, Madrid, Civitas, 2006. p. 383.

¹⁷²² “Para que una Administración pública esté obligada a indemnizar es necesario que le sea imputable el daño, esto es, que la persona física a la que pueda imputarse la acción u omisión determinante del daño esté integrada en la organización de la Administración, sea autoridad funcionario o contratado, incluso en el supuesto de gestión de *facto* (S. de 20 de mayo de 1986) y que el hecho o el acto del que se derive el daño este <<enmarcado dentro de la gestión pública>> (SS. 20 de diciembre de 1984, 28 de febrero, 3 y 23 de marzo de 1995).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*. Civitas. Editorial Aranzadi. Nacarra. 2009. p. 119.

¹⁷²³ “El problema es, ya lo hemos dicho, que el indicado precepto no define claramente los títulos de imputación, pues utiliza una fórmula imprecisa que se limita a proclamar la responsabilidad de la Administración por los daños que sean *consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. Por eso se ha dicho que la doctrina y la jurisprudencia deben localizar, a partir del análisis de los casos concretos, los criterios de imputación que, según el tipo de actividad dañosa de que se trate encajen en la genérica formulación legal, como modalidades del funcionamiento normal o del funcionamiento anormal del servicio realizado”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 214.

¹⁷²⁴ “El punto de partida, digo, porque, según ya se avanzado, el sistema español pivota en la culpa, cuya presencia no es imprescindible para que se genere la responsabilidad”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 226.

dañoso, erigiéndose este nexo causal en un elemento fundamental y requisito *sine qua non* para poder declarar procedente la responsabilidad>>”.¹⁷²⁵

Otro artículo que se debe destacar nuevamente es el 145¹⁷²⁶ de la Ley 30 de 1992 que establece la responsabilidad directa del Estado por la actuación de sus agentes; “[...] con, independencia del establecimiento a su vez, de un acción de regreso a favor de la Administración para que, cuando hubiera indemnizado a los lesionados, pueda exigir la correspondiente responsabilidad a las autoridades y personal causante del daño”.¹⁷²⁷

De lo antedicho, resulta posible derivar que del actual ordenamiento jurídico español es perfectamente posible establecer la existencia de responsabilidad directa de las Administraciones públicas por la producción de dilaciones indebidas o incumplimiento del plazo razonable dentro de los procedimientos administrativos, cuando concurren todos los requisitos preestablecidos.

2.2. Una interpretación alternativa de la obligación de resolver y la propuesta de un nuevo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992.

En el Capítulo III denominado “El término procedimental y las consecuencias de su desconocimiento”, se expusieron los avances que se han presentado en materia del cumplimiento

¹⁷²⁵ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 509.

¹⁷²⁶ “Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el [Capítulo I de este Título](#), los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#a145

¹⁷²⁷ ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 310.

del plazo procedimental y los efectos que pueden ocurrir en caso de su incumplimiento dentro del ordenamiento jurídico español vigente.

Allí, se determinó que en los términos actuales la obligación de resolver¹⁷²⁸ dentro del término previsto del artículo 42 de la Ley 30 de 1992, se quedaba en un sólo deber¹⁷²⁹ o recomendación¹⁷³⁰; puesto que, no tienen una verdadera conexión¹⁷³¹ que permita establecer mecanismos jurídicos que obliguen a las Administraciones públicas a cumplir y tampoco, a hacerlas responsables patrimonialmente por su incumplimiento.¹⁷³²

Por otra parte, a diferencia de lo que se observó en el caso italiano, donde se ha desarrollado una normatividad rigurosa sobre los daños procedimentales en general y el daño de retardo en particular, como quedó establecido en el Capítulo VI de este mismo escrito titulado: “El término del procedimiento y las consecuencias de su violación en la legislación italiana”.

¹⁷²⁸ “Señalaré, por último, que el deber de resolver obliga no sólo a dictar resolución expresa y ejecutiva, sino también a decidir todas las cuestiones presentes en el expediente. El contenido de la resolución, por consiguiente, ha de ser congruente con el expediente en que se dicta. En este sentido, tanto puede considerarse como inactividad de la Administración la falta de resolución expresa, como el dictado de una resolución incongruente por omisión”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 477.

¹⁷²⁹ “Un origen legal u objetivo, institucional si se prefiere, del deber de resolver que en cierto modo queda encubierto por la redacción del artículo 42.1 LRJPAC. Este precepto aparece titulado como <<Obligación de resolver>>, se dice que la Administración está <<obligada>>, concepto subjetivo de connotaciones individualistas que resulta menos apropiado que el deber, que se corresponde mejor con la idea de una competencia administrativa desvinculada de concretas situaciones jurídicas”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 293.

¹⁷³⁰ En cuanto al artículo 42 donde se establece <<la obligación de resolver>> debe ser abordada cuidadosamente, porque es una obligación relativa, como lo observa Ricardo Rivero:

“En estas condiciones, y desde mi punto de vista al menos, la naturaleza real de la obligación de resolver, en nuestro Derecho, está más próxima a la de un deber o, si se quiere, a la de una recomendación de buena conducta administrativa, que a la de una verdadera obligación, con todas sus consecuencias, que son las que faltan”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 283.

¹⁷³¹ “La responsabilidad de carácter patrimonial no tiene una mención específica que la conecte con el incumplimiento de la obligación de resolver, sino tan sólo se alude a la misma de forma genérica, ha diferencia de cómo ha sucedido en con alguna legislación sectorial”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 333.

¹⁷³² “La base de partida está en admitir que la obligación de resolver (columna vertebral de la nueva regulación) puede ser infringida, a pesar de los buenos deseos del legislador”.

GARRIDO FALLA, Fernando. “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”. En *Revista de Administración Pública*. Número. 150. Septiembre-diciembre. 1999. p. 135.

En este orden de ideas, parece conveniente para lograr combatir las dilaciones procedimentales indebidas fortalecer la obligación de resolver dentro de un término en España; es decir, volver realmente la previsión del artículo 42 como una verdadera obligación, o sea hacerla imperativa y exigible y sobre todo, establecer una responsabilidad patrimonial¹⁷³³ en caso de su violación como se hizo en la legislación italiana¹⁷³⁴ con la modificación de la Ley 241 de 1990 introducida por la reforma de Ley 69 de 2009.

Para esto resulta conveniente dejar dos cosas en claro por las que se debe propender y que deben ser la nueva línea interpretativa que oriente los desarrollos teóricos sobre la materia de los plazos en el procedimiento administrativo español que son: 2.2.1. La obligatoriedad del plazo como regla general y 2.2.2. La fijación una verdadera consecuencia jurídica en caso de su desconocimiento.

2.2.1. El cumplimiento del plazo legal es obligatorio.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, existen muchos sustentos para interpretar de una forma muchas acorde con los lineamientos constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho español el contenido del artículo 42 de la Ley 30 de 1992 donde se establece la obligación de resolver dentro de un término, por parte de las distintas Administraciones Públicas españolas.

De esta manera, desde los mismos lineamientos constitucionales, como lo explica Ricardo Rivero, se puede constatar que el modelo de Estado consagra la obligación de resolver; debido a

¹⁷³³ “Sólo asociando una consecuencia jurídica de signo sancionador a su incumplimiento, o determinando el derecho a una indemnización cuando el mismo produzca quebrantos, pueden considerarse efectivamente vinculante los plazos en el procedimiento administrativo”.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Principio de celeridad”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 983.

¹⁷³⁴ Los grandes avances que se presentaron frente a la obligación de cumplir el término procedimental en el derecho italiano, se deben en gran parte, al invaluable trabajo del profesor Marcelo Clarich concretamente en su obra “Termine del procedimento e potere amministrativo”, que fue editado por G. Giappichelli Editore en la ciudad de Turín en el año de 1995.

que: “Cada vez que la Administración no resuelve, vulnera los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, convirtiéndose en una mala administración y vulnerando derechos”.¹⁷³⁵

Esta interpretación alternativa, impulsada por ejemplo, por Ernesto García-Trevijano¹⁷³⁶, Ricardo Rivero¹⁷³⁷ y Luís Medina Alcoz¹⁷³⁸, resulta más acorde con la simple redacción del artículo 42 que se denomina obligación de responder, lo que demuestra que el legislador buscaba consagrar una verdadera *obligación*, cuyo cumplimiento fuese exigible por los particulares y que en caso de su incumplimiento los particulares tuvieran mecanismos reales para compeler a la Administración a su cumplimiento y en caso de que se les generen un daño hubiera lugar a una reparación patrimonial.

En este mismo artículo en su numeral primero, concretamente se habla de obligación de resolver en dos oportunidades, de lo que se depende la voluntad inequívoca por parte del órgano legislativo de consagrarla como tal y no simplemente como un deber como pretende hacerlo ver la mayoría de sus intérpretes.¹⁷³⁹ De igual forma, se debe enfatizar en el contenido de su numeral 7

¹⁷³⁵ RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 244-245.

¹⁷³⁶ “Sin embargo, tampoco significa que puedan calificarse los plazos previstos para la tramitación de los procedimientos administrativos como meramente orientativos. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la actuación administrativa aunque válida, será irregular, pues se habrá producido incumpliendo un precepto legal. En segundo lugar, porque tal incumplimiento podrá comportar, según veremos, la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 223.

¹⁷³⁷ “En cambio, considerarla verdadera obligación (aunque su actual situación sea imperfecta) complementándola con los debidos mecanismos reaccionales (que no consistirían en el recurso frente a la inactividad, sino una acción de responsabilidad directa), fundamentaría la idea, constitucionalmente correcta, de que el ciudadano tiene derecho a un bien determinado, esto es, una respuesta de la Administración, cuando se dirige a ella, al menos si lo hace de acuerdo a los cauces legalmente previstos”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 254.

¹⁷³⁸ “Transcurrido el término máximo establecido, si la Administración no ha dictado una resolución expresa o habiéndolo hecho, no la notifica, incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental. Y si este incumplimiento genera daños y es imputable a la Administración, el interesado tiene derecho a ser indemnizado. Esta modalidad de incumplimiento es expresiva de un funcionamiento anormal, por lo que, conforme al planteamiento general anteriormente expuesto, la Administración ha de reparar los daños que produzca.

ALCOZ MEDINA, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Thomson-civitas. Editorial Aranzadi. Navarra. 2005. p. 312.

¹⁷³⁹ “Artículo 42. Obligación de resolver.

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”.

en el cual se atribuyen consecuencias a la obligación de resolver (usando de nuevo este término) y sobre todo se reconoce la posibilidad de una responsabilidad de diversos tipos, de la cual se puede derivar la patrimonial.¹⁷⁴⁰

Se debe recordar además, el artículo 47 de La Ley 30 de 1992 que establece la obligatoriedad de los plazos procedimentales¹⁷⁴¹, por lo que debería establecerse una exigencia efectiva de responsabilidad.¹⁷⁴²

Así mismo, se ha observado como las transformaciones que se han presentado en la visión de la Administración y concretamente, sobre el procedimiento administrativo¹⁷⁴³, han dado lugar a una diversa relación Administración-administrado¹⁷⁴⁴; que se traduce, para el primero, en una

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t4.html#a41

¹⁷⁴⁰ “7. El personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t4.html#a41

¹⁷⁴¹ “Artículo 47. Obligatoriedad de términos y plazos.

Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t4.html

¹⁷⁴² “El incumplimiento de los plazos por la Administración debería llevar consigo una efectiva exigencia de de responsabilidades que, aún previstas, como ha estamos viendo, no han sido ciertamente exigidas”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 308.

¹⁷⁴³ “Al procedimiento administrativo se han reconocido tradicionalmente dos fines. Por un lado, desde la vertiente garantista, el procedimiento permite al interesado defender su posición frente al acto que incide en su esfera de derechos o intereses legítimos. El interesado podrá exigir el respeto del ordenamiento que vincula la adopción de la decisión. Pero, por otro lado, el procedimiento es también el cauce que permite asegurar la buena administración, la imparcialidad administrativa. En este caso el procedimiento no es garantía de un administrado, es garantía del interés general, de un interés que la norma puede limitarse a definir como el objetivo a alcanzar”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 23.

¹⁷⁴⁴ “La experiencia comparada demuestra, por ejemplo, que el esquema procesal en que se basa el procedimiento tradicional no sirve para solucionar situaciones en las que es necesaria la mediación, la generación de consenso y la aceptación entre un amplio segmento de la población del proyecto propuesto (ubicación de infraestructuras de transporte y telecomunicaciones; instalación de industrias, centrales eléctricas o depuradoras; la apertura de un centro comercial o religioso; etc.). La mediación no consiste en una resolución, constituye una actividad material”.

BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006. p. 283.

serie de deberes (u obligaciones) y para los segundos, en una serie derechos.¹⁷⁴⁵ Unos ejemplos que hacen referencia al derecho de exigir responsabilidad procedimental se encuentran en el numeral j. del artículo 35¹⁷⁴⁶ y en el artículo 41¹⁷⁴⁷ de la Ley 30 de 1992.¹⁷⁴⁸

Adicional, a estos claros argumentos legales sobre la consagración de una verdadera obligación de resolver los procedimientos en el término previsto, es conveniente buscar otras justificaciones presentes en el ordenamiento jurídico español que aunque no son tan explícitas permitirían fácilmente derivar una lectura más adecuada de la obligación de resolver y su verdadero alcance. Estos fundamentos, como lo explica Luis Medina Alcoz¹⁷⁴⁹ se pueden encontrar en los mecanismos tendientes a asegurar la rápida solución del procedimiento como los de eficacia (art. 103.1 C.E.) y celeridad (Art. 74 LPC) y a estos se pueden sumar, las nuevas previsiones

¹⁷⁴⁵ “Perspectiva que obliga a enfocar esta cuestión desde la revalorización de la importancia y la trascendencia de la organización y del procedimiento administrativo como funciones que deben dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos desde la perspectiva del cumplimiento del interés público”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 291.

¹⁷⁴⁶ “Artículo 35. Derechos de los ciudadanos.

Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

J) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t4.html#a41

¹⁷⁴⁷ “Artículo 41. Responsabilidad de la tramitación.

1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

2. Los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública que corresponda”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t4.html#a41

¹⁷⁴⁸ “Pues bien, en el apartado 2 del artículo 41 LRJPAC se contempla una especie de legitimación expresa de los interesados afectados por las tramitaciones defectuosas –en lo que a nosotros intereses, por la falta de resolución expresa en plazo de los procedimientos- para <<solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración pública que corresponda>>”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 311.

¹⁷⁴⁹ “Considero, además, que el término legal tiene un valor obligatorio inequívoco, y no sólo por el tenor literal del artículo 42 LPC. Como hemos dicho la fijación del plazo sirve a los principios de eficacia (art. 103.1 CE) y celeridad (art. 74 LPC) y en este sentido, se puede decir que cumple una función de tipo organizativo, tendiente a asegurar una rápida solución del procedimiento”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 328.

en la materia introducidas en la Ley 11 de 2007, exactamente al principio de simplificación administrativa (art. 4. Literal j.).¹⁷⁵⁰

De igual manera, se debe recordar además, que la interpretación de darle un verdadero valor vinculante a la obligación de resolver es mucho más coherente con los lineamientos del derecho administrativo comunitario; debido a que, su incumplimiento contraviene el deber general de buena administración¹⁷⁵¹, particularmente los subderechos de tempestividad y de procedimiento debido.¹⁷⁵²

2.2.2. La fijación una verdadera consecuencia jurídica en caso de su desconocimiento: La posibilidad de incorporar un octavo numeral al artículo 42 de la Ley 30 de 1992.

A pesar de la fuerte normatividad que aparece en el derecho español de la que se puede desprender una verdadera obligación de resolver en término los procedimientos administrativos por parte de las Administraciones públicas; sin embargo, como se ha observado tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido un poco reacios a entender su verdadera naturaleza y en la práctica se observa cómo es desconoce su cumplimiento y no se le atribuye alguna consecuencia jurídica.¹⁷⁵³

¹⁷⁵⁰ "Artículo 4. Principios generales.

La utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios:

j. Principio de simplificación administrativa, por el cual se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa".

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l11-2007.tp.html#a4

¹⁷⁵¹ "En línea con lo que se está exponiendo, debe tenerse en cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la Cumbre de Niza, el 7 de diciembre de 2000. El art. 41 de este texto consagra el "derecho a una buena administración", ligado a una serie de obligaciones procedimentales y de motivación de las instituciones y órganos de la Unión Europea".

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. p. 37.

¹⁷⁵² "El deber de buena administración, al que daría cumplimiento la resolución expresa y en plazo tal como se acaba de indicar, a pesar de no estar explícitamente positivizado como principio constitucional, encontraría en el procedimiento administrativo uno de sus mecanismos técnicos de articulación. La obligación de resolución expresa y en plazo de los procedimientos administrativos forma parte del procedimiento administrativo debido".

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. "El incumplimiento de la obligación de resolver". En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 291-292.

¹⁷⁵³ "De momento, la única consecuencia del incumplimiento, aún con ciertas mejoradas operadas en la legislación vigente, es el silencio administrativo, que difícilmente puede calificarse como verdadera sanción, no al menos de quien

En este orden de ideas, parece conveniente introducir un nuevo artículo (o numeral al artículo 42) a la Ley 30 de 1992 para fortalecer la obligación de resolver, hacerla realmente imperativa y en caso de su desconocimiento que el Estado español deba responder patrimonialmente por los daños que cause por la dilación indebida procedimental.¹⁷⁵⁴

Una norma en este sentido, como se ha explicitado, se encuentra en la legislación italiana concretamente en fue introducida por la Ley 69 del 2009, que modifica la Ley 241 del 7 de agosto de 1991; concretamente, esta disposición establece lo siguiente:

“Artículo 2-bis. Consecuencias por el retardo de la Administración en la conclusión del procedimiento.

1. La Administración pública y los sujetos contenidos en el art. 1, numeral 1-ter, están obligados al resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento”.¹⁷⁵⁵ (Traducción propia).

Este artículo cuenta con una redacción clara por lo que facilitaría su implantación en el derecho español, pero de entrada se observa como se trata de una disposición basada en un régimen de responsabilidad subjetiva como el italiano y por tanto, considera como un elemento necesario para que se genere la responsabilidad del Estado la presencia de la culpa o dolo. Partiendo de esto, se debe analizar si se debe mantener esta característica, que no es la regla general del régimen de responsabilidad administrativa española.

En este momento se debe determinar si la responsabilidad por las dilaciones indebidas procedimentales en España se puede producir por el solo vencimiento del término o es necesario que además se presente un elemento subjetivo. Inicialmente, parecería más conveniente dejar de

desobedece lo establecido por la Ley. Los efectos del silencio se limitan a la posibilidad de interponer los correspondientes recursos, administrativos o contencioso-administrativo, pero no coadyuvan al cumplimiento de las normas por parte de sus aplicadores”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 111.

¹⁷⁵⁴ “En mi opinión, debería dársele más trascendencia al incumplimiento de los plazos para resolver, mediante el reconocimiento de determinados efectos a tal incumplimiento”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 223.

¹⁷⁵⁵ “Articolo 2-bis. Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento.

1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

<http://www.altalex.com/index.php?idnot=550>

lado la presencia de la culpa al ser un sistema predominantemente objetivo como el español; no obstante, por las características especiales de la responsabilidad procedimental y en particular, por el daño causado por dilaciones indebidas es conveniente mantener el criterio subjetivo o responsabilidad por funcionamiento anormal¹⁷⁵⁶, que es la propuesta mayoritaria por parte de la doctrina española.¹⁷⁵⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, parece conveniente que el nuevo artículo sobre la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales, basado en su hermano del derecho italiano, debería estar incorporado como un novedoso numeral 8 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992 relativo a la obligación de resolver, con el siguiente tenor literal:

“Artículo 42. La obligación de resolver.

8. Las Administraciones públicas españolas están obligados al resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento”.

La introducción de este numeral al artículo 42 permitiría superar las limitaciones que ha efectuado la inadecuada interpretación mayoritaria frente a la obligación de resolver dentro del término establecido y definitivamente, se podría dotar a la obligación de resolver de una verdadera fuerza vinculante que en caso de incumplimiento permitiera condenar a las Administraciones públicas españolas a responder patrimonialmente por los daños causados a los particulares.

¹⁷⁵⁶ “La obligación de indemnizar es consecuencia de entender – lo que parece obvio- que aquella inactividad o actividad extemporánea constituye supuestos típicos de funcionamiento anormal del servicio”.
DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 325.

¹⁷⁵⁷ A este tema se hace referencia en la parte siguiente de este estudio, donde se establecen los elementos necesarios para que se presenten la responsabilidad de las Administraciones públicas españolas por dilaciones indebidas procedimentales y por tanto, es conveniente remitirse a esa parte del texto.

PARTE II. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR DILACIONES PROCEDIMENTALES INDEBIDAS.

INTRODUCCIÓN.

Se ha visto la posibilidad de reconocer las dilaciones indebidas procedimentales en España¹⁷⁵⁸ como una expresión del funcionamiento anormal del servicio público¹⁷⁵⁹; puesto que la fórmula de responsabilidad es tan amplia que permitiría aceptar también estas situaciones de inactividad procedimental.¹⁷⁶⁰

Partiendo de esto, resulta ahora necesario concentrarse en ver cómo se aplicarían los requisitos concretos para el reconocimiento de la responsabilidad, lo cual hace pertinente concentrarse en los tres elementos que son: La lesión, la imputación a una Administración y la relación de causalidad existente entre los dos otros requisitos.

En este orden de ideas, la segunda parte del capítulo está compuesta tan sólo de un parte, la cual describe los tres requisitos que se requieren para la responsabilidad en general, pero

¹⁷⁵⁸ “En mi opinión, en modo alguno existe un deber jurídico de soportar la inactividad de la Administración, de manera que cualquier daño directamente causado por el incumplimiento de la obligación de resolver debería ser indemnizable, concurriendo el resto de los presupuestos de la responsabilidad (daño efectivo, relación de causalidad, etc). De manera que los perjuicios derivados de la mala administración no deban ser asumidos por los propios perjudicados”. RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 279.

¹⁷⁵⁹ “El legislador, consciente de la especial función que las Administraciones Públicas desempeñan en orden a prestar determinados servicios a los ciudadanos, ha estipulado que los daños acaecidos <<por la carencia o defectuosa prestación de estos>> repercutan en el patrimonio de la Administración sobre la base de determinados <<criterios jurídicos de imputación>>”.

PÉREZ. María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997. p. 153.

¹⁷⁶⁰ “Así pues, si la fórmula legal permite abarcar infinidad de daños que pueden darse en la práctica, lo que nos interesa es precisar en qué supuestos va a surgir responsabilidad patrimonial por incumplimiento de la obligación de resolver”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 322.

adaptándolos y estudiándolos según las características específicas de la responsabilidad por dilaciones indebidas que se debe abordar como un supuesto típico de inercia procedimental.¹⁷⁶¹

De esta manera, resulta natural establecer la división de esta parte del escrito en tres parcelas: 3.1. La lesión antijurídica; 3.2. La imputación a una Administración pública y 3.3. La relación de causalidad.

La primera parte, se subdividirá en los cuatro elementos necesarios para que se configure una verdadera lesión antijurídica que según se ha visto serán los de: Efectividad, evaluabilidad, individualización y antijuridicidad.

La segunda porción, se concentra en la imputación, puntualmente se hace una profunda referencia de la necesidad del elemento subjetivo para poder sustentar la responsabilidad administrativa por el desconocimiento de la obligación de resolver en el término previsto.

En el tercer fragmento, se estudia la causalidad o relación causa-efecto. Se describirán sus nociones básicas y a renglón seguido, se establecen los verdaderos casos en que se puede producir la ruptura del nexo causal.

¹⁷⁶¹ “En particular, ella se delinea cuando trascurren infructuosamente los términos previstos para la definición del procedimiento administrativo, sin que se haya emitido un provvedimento expreso, in tutti i casi nei quali lo esigano disposizioni particolari o valori e principi dell’ordinamento”.

“In particolare, essa si delinea là dove decorrano infruttuosamente i termini previsti per la definizione del procedimento amministrativo, senza che sia stato rilasciato un provvedimento espreso, in tutti i casi nei quali lo esigano disposizioni particolari ovvero valori e principi dell’ordinamento”.

ANGELONE, Marco. *Inercia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. pp. 22-23.

3. LOS TRES ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR DILACIONES INDEBIDAS: EL DAÑO ANTIJURÍDICO, LA IMPUTACIÓN A UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Introducción.

En esta parte del escrito corresponde ver como se configura la responsabilidad patrimonial por dilaciones procedimentales¹⁷⁶², para esto es necesario comprobar que se cumplan con los tres requisitos establecidos. En consecuencia, resulta preciso estudiar cada uno de los tres requisitos de forma independiente.

Puntualmente, en este capítulo se estudiará el daño antijurídico conformado por los elementos de efectivo, evaluable, individualizado y antijurídico; posteriormente, se analizará el requisito de la imputación (principalmente en lo concerniente al tema de la culpa) y finalmente, se presentará la relación causal (enfaticando en los casos de su rompimiento).

3.1. El daño antijurídico.

El primero de los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad de las Administraciones públicas españolas por dilaciones indebidas procedimentales es la producción de un daño. En el derecho español como se ha visto, el sistema pivota sobre el concepto de lesión entendido como daño antijurídico;¹⁷⁶³ el cual, como se ha reseñado, puede presentarse por

¹⁷⁶² “En definitiva, la asusencia de actividad jurídicamente relevante en un plazo razonable cuando existe una obligación de actuar puede provocar diversas consecuencias jurídicas. Entre estas consecuencias jurídicas encontramos la existencia del deber de indemnizar un daño por darse los requisitos exigidos por la responsabilidad patrimonial de la administración”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 288-289.

¹⁷⁶³ “El sistema pivota sobre el concepto de lesión, entendida esta como un daño antijurídico. No como un daño causado antijurídicamente, pues el adverbio conlleva una carga circunstancial de subjetividad que alejaría al sistema de su carácter objetivo para acercarlo a un tipo subjetivo”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 56.

funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos y también puede ser consecuencia de una acción o de una omisión de las entidades públicas.¹⁷⁶⁴

En concreto, el daño de dilación indebida procedimental será encuadrable en una hipótesis de funcionamiento anormal¹⁷⁶⁵ debido a la inactividad¹⁷⁶⁶ que se materializa en la omisión de emitir una decisión dentro del tiempo establecido por parte de un ente estatal.¹⁷⁶⁷ Las notas diferenciadores de este supuesto de responsabilidad hacen que sea necesario realizar algunas matizaciones al tratarse de una hipótesis de responsabilidad por inactividad procedimental¹⁷⁶⁸, pero en todo caso es indudable su posible reconocimiento.¹⁷⁶⁹

¹⁷⁶⁴ “Por último, los daños pueden derivar de la inactividad de la Administración, por no actuar cuando debía hacerlo. Por lo que es imprescindible que la actuación omitida incumbía a la Administración. Por lo que se estimará improcedente la pretensión de indemnización cuando la actividad omitida no era de su competencia”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. pp. 424-425.

¹⁷⁶⁵ “El ejercicio de las funciones administrativas puede producir, al lado de los efectos propios, otros que, por no derivarse de ella pueden calificarse como de anormales. El presupuesto típico lo constituye la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones públicas*. Civitas. Editorial Aranzadi. Nacarra. 2009. p. 117.

¹⁷⁶⁶ “La inactividad, en efecto, no es más que un mero «factum» administrativo, una situación o conducta ilegal de la Administración consistente en el incumplimiento por omisión de un deber de obrar”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 860.

¹⁷⁶⁷ “Por tanto, más que hablar de propiamente de inactividad sería más conveniente señalar que se trata de la ausencia de actividad jurídicamente relevante que la Administración estaba obligada a realizar dentro de un plazo determinado”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 286.

¹⁷⁶⁸ “Finalmente, por lo que se refiere a la inactividad procedimental consideramos que requiere un tratamiento distinto de la inactividad material. En este caso estamos ante una obligación, la de resolver y notificar en el plazo determinado, en la que la Administración no se sitúa en una posición de control o realización de una prestación, sino la de adoptar una decisión en el marco de un procedimiento administrativo. La existencia de una pasividad total será una clara muestra de una conducta imprudente o negligente”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 297.

¹⁷⁶⁹ “Está claro también y no es objeto de discusión alguna que la responsabilidad patrimonial de la Administración puede surgir tanto de una actividad jurídica, ya se plasme en un acto administrativo o en un reglamento como de un actividad puramente material o técnica o incluso, de una simple omisión. Cada uno de estos supuestos puede dar lugar, ciertamente, particularidades y justificar matizaciones de diverso tipo, pero el principio en sí mismo no es discutible”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición, Madrid, Civitas, 2006. p. 378.

Previamente, se ha observado que para presentarse una verdadera lesión por inactividad la legislación exige que se presenten cuatro elementos que son:¹⁷⁷⁰ 1. Efectivo, 2. Evaluable económicamente, 3. Individualizado con relación a una persona o un grupo de personas¹⁷⁷¹ y 4. Antijurídico.¹⁷⁷² De esta manera, se estudiarán a continuación los tres primeros elementos y posteriormente se hará una referencia especial al tema de la antijuridicidad.

3.1.1. Los elementos del daño contenidos en el artículo 139 de la Ley 30 de 1992: Su efectividad, su valoración económica y su individualización.

1. Efectivo: La efectividad es el primer requisito para el reconocimiento del daño, para definirlo parece interesante hacer referencia a las anotaciones del profesor Leguina Villa recogidas por Jesús González Pérez quien precisa que: “Por daño efectivo –dice Leguina- hay que entender el daño cierto, ya producido no simplemente posible o contingente, lo que no excluye que, en algún caso, deba indemnizarse también el daño que habrá de ocurrir en el porvenir pero cuya producción sea indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo”.¹⁷⁷³

¹⁷⁷⁰ “Ahora bien, no toda inactividad de la Administración provocará necesariamente una lesión indemnizable. Para que proceda la indemnización el daño debe ser: a) antijurídico; b) efectivo; c) evaluable económicamente; d) individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 294.

¹⁷⁷¹ Estas tres primeras características del daño aparecen establecidas en el numeral 2 del artículo 139 de la Ley 30 de 1992.

“Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#a139

¹⁷⁷² A su vez, el requisito de la antijuridicidad del daño, se encuentra incorporado en el numeral 1 del artículo 141 de la Ley 30 de 1992.

“Artículo 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

¹⁷⁷³ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 357.

De la anterior noción se extrae la importancia de la prueba de la existencia del daño¹⁷⁷⁴, la cual se puede realizar por cualquier mecanismo que haya sido aceptado por el ordenamiento jurídico. El daño por dilación indebida procedimental se realiza cuando se presenta la violación del plazo para resolver, dependiendo del tipo del procedimiento en que se realice variará el término fijado y el tipo de utilidad (u oportunidad) que ha dejado de percibir el particular.¹⁷⁷⁵

2. Evaluable económicamente: Con este segundo requisito se pretende lograr valorar el impacto real de la lesión causada al afectado, con el fin de encontrar la mejor forma de repararla adecuadamente, es decir sin que la indemnización sea injusta.

La determinación de los daños patrimoniales o que repercuten en los derechos económicos de las personas es la más sencilla, pero también se deben calcular las lesiones morales o síquicas que se causen y concretamente, será necesario “[...] verse como ha sido afectado, el perjudicado por dilaciones indebidas, en cada uno de esos ámbitos: el personal y el patrimonial”.¹⁷⁷⁶

Para cerrar, se debe destacar que “[...] aunque, en efecto, la prueba del daño suele ser rigurosa, ello no quiere decir que se exija una total exactitud en su cálculo o evaluación, puesto que, una vez demostrada su realidad, la valoración de la indemnización se hace por aproximación a partir de la adopción de los criterios variados [...]”.¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷⁴ “El daño debe ser efectivo lo que implica la necesidad de probar su existencia; prueba que suele ser rigurosa: <<total, plena y evidente>> o simplemente convincente, por emplear expresiones recogidas de la jurisprudencia”. MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 56.

¹⁷⁷⁵ “Por eso la cuestión subyacente bajo la regla de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo es una cuestión seria: la dificultad de indemnizar la pérdida de una ventaja que aparece como incierta o meramente hipotética y no como un daño cierto y efectivo”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 201.

¹⁷⁷⁶ RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. p. 121.

¹⁷⁷⁷ MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 56.

3. Individualizado: La individualización hace referencia a la determinación de la persona o grupo de personas que realmente han sido afectadas por el daño, con esto se pretende evitar el reconocimiento de los daños generales.¹⁷⁷⁸ En este orden de ideas, es imprescindible diferenciar la lesión de la carga común de la vida social¹⁷⁷⁹ y para esto es necesario entender que el daño debe ser un sacrificio excesivo o desigual.¹⁷⁸⁰

Concretamente, como lo explica, Jesús González, la individualización “[h]abrà de referirse a los individuos que se encuentren en una situación determinada, que resulten afectados de un modo específico”.¹⁷⁸¹ En este sentido, aplicándolo a las dilaciones indebidas procedimentales, los interesados serán aquellas personas afectadas por la demora o el incumplimiento de la obligación de resolver por parte de la Administración pública que esté tramitando el procedimiento administrativo.

3.1.2. La antijuridicidad del daño, requisito contenido en el numeral 1 del artículo 141 de la Ley 30 de 1992.

Siguiendo a Luis Martín Rebollo un comportamiento será antijurídico cuando “[...] se trate de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones públicas, que impongan la

¹⁷⁷⁸ “Por último, la individualización del daño prevé que no pueda reclamarse la responsabilidad de la Administración por daños causados a la generalidad, es decir, a personas o grupos de personas no determinadas pues se dice que esto implica las cargas de vivir en una sociedad”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 299.

¹⁷⁷⁹ “El requisito de la individualidad del daño quiere indicar, en primer término, que ha tratarse de un daño concreto, residenciable directamente en el patrimonio del reclamante, y que exceda, además, de lo que puede considerarse cargas comunes de la vida social”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición, Madrid, Civitas, 2006. p. 388.

¹⁷⁸⁰ “El problema se centra en fijar la línea divisoria entre lo que constituye una carga que, por fundamento, debe ser soportada por los ciudadanos afectados, y lo que ya constituye un sacrificio excesivo y desigual”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 381.

¹⁷⁸¹ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 382.

obligación de tolerarlo”.¹⁷⁸² De esta manera, como lo explica Rosario Alonso Ibáñez: “El perjuicio ocasionado por el retraso tiene que constituir una lesión antijurídica”.¹⁷⁸³

Los particulares no tienen la obligación de soportar la indiferencia administrativa, la cual se presenta al incumplir el plazo razonable que ella misma se ha establecido para decidir el procedimiento. En este sentido, se debe entender que el plazo razonable es el consagrado por la ley y sólo excepcionalmente, se podrá pretender la no razonabilidad del plazo legal, casos en los que tendrá que probarla quien la alegue.¹⁷⁸⁴

Con base en lo anterior, se debe enfatizar que la responsabilidad por dilación indebida procedimental sólo se puede presentar cuando se produzca la superación del plazo; con lo que se plasma una visión opuesta a la planteada por Marco Gómez Puente, Vicenc Aguado i Cudola y Alina Nettel Barrera, quienes consideran que el vencimiento del plazo razonable como algo relativo¹⁷⁸⁵, como un simple indicio¹⁷⁸⁶ y lo que erróneamente los lleva a concluir que puede haber ocasiones en que se presente la responsabilidad aunque no se haya concluido el término legal para resolver.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸² MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 60.

¹⁷⁸³ ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 323.

¹⁷⁸⁴ “El plazo establecido en cada caso para resolver goza, por tanto, de una presunción legal de razonabilidad: presunción <<i>ius tantum>>, sin embargo, que puede combatirse mediante prueba en contrario de la irrazonabilidad en una situación dada. Quien invoque ser otro el plazo razonable para resolver, sea la Administración o el particular tendrá que demostrarlo”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 509.

¹⁷⁸⁵ “Debe tenerse en cuenta que el mero incumplimiento de los plazos de la obligación de resolver y de notificar producirán por sí la obligación de indemnizar sino que deben ser otros criterios como la razonabilidad o proporcionalidad del plazo”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 297.

¹⁷⁸⁶ “Aunque la superación de éste pueda ser indicia de la existencia de un funcionamiento anormal, esta noción puede ser independiente de aquél”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 864.

¹⁷⁸⁷ “Si se acepta lo que acabo de decir, no será difícil admitir una responsabilidad por omisión o falta de resolución administrativa, aun inconcluso el plazo legal para resolver, siempre que circunstancias de urgencia o necesidad, de las que la Administración tuviera constancia, hagan exigible una mayor celeridad en la resolución y ésta sea materialmente posible según una razonabilidad media. La mera resolución en plazo no ha de excluir automáticamente un funcionamiento anormal, ni tampoco la responsabilidad, si la respuesta administrativa se retrasa más allá del plazo que resulte razonable conforme a las circunstancias específicas del caso y ello es causa de perjuicios que, con mayor celeridad y diligencia, pudieran haberse evitado”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 864.

El punto débil de su argumentación consiste en no reconocer la obligatoriedad del plazo para resolver, al no entender que en general el plazo legal será el razonable¹⁷⁸⁸ y desconocer que la violación del término legal es uno de los pilares fundamentales sobre los que se debe construir la responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales, como se ha construido el daño por retardo en Italia.

El incumplimiento del plazo demuestra la antijuridicidad del comportamiento de la Administración al desconocer el principio de la buena fe¹⁷⁸⁹ y los lineamientos de la Buena Administración¹⁷⁹⁰; concretamente, al violarse el derecho subjetivo al cumplimiento del término de la obligación de resolver¹⁷⁹¹. Por tanto, este tipo de daños debe ser autónomamente resarcible por las Administraciones públicas Españolas.¹⁷⁹²

¹⁷⁸⁸ “El concepto de dilación indebida no puede identificarse, sin embargo, con la mera infracción de los plazos procesales previstos en las leyes, precisamente porque no pueden desconocerse, como tampoco el legislador puede prever con entera-exactitud, ni la realidad, ni las circunstancias del caso concreto que pueden justificar y hacer necesaria la superación de aquellos plazos”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 424.

¹⁷⁸⁹ “También la doctrina italiana ha destacado el perfil garantista del deber de resolver, poniendo de manifiesto, además, cómo la necesidad de que el procedimiento no se prolongue *sine die* constituye, además, una exigencia del genérico deber de obrar de buena fe. La responsabilidad por inactividad o actividad tardía conecta, pues, con el principio general de la buena fe, del que deriva, a la postre, la exigencia, adecuadamente concretada por el Derecho positivo, de que los procedimientos no se prolonguen indefinidamente”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

¹⁷⁹⁰ “Nace en cabeza del sujeto-usuario un derecho (subjetivo) a una buena administración que se configura en la obligación de tener, un comportamiento correcto de la A.P. y decisiones marcadas por la legalidad, imparcialidad y oportunidad administrativa respetando la certeza de los tiempos del derecho”.

“Nasce in capo al soggetto-utente un diritto (soggettivo) ad una buona amministrazione che si configura nell’obbligo ad avere, un comportamento corretto della P.A. e provvedimento costellati dalla legalità, imparzialità ed opportunità amministrativa nel rispetto della certezza dei tempi del diritto”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione proceduralizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 65.

¹⁷⁹¹ “Y de hecho, frente a la petición del ciudadano, la A.P. tiene el poder de decidir si acoge o rechaza, pero tiene la obligación (y no el poder) de responder dentro del término. El tiempo del procedimiento es, entonces, un bien de la vida sobre el que la Administración no puede disponer”.

“Ed infatti, a fronte dell’istanza del cittadino, la P.A. ha il potere di decidere se accogliere o meno, ma ha l’obbligo (e non il potere) di rispondere nel termine. Il tempo del procedimento è, quindi, un bene della vita di cui l’Amministrazione non può più disporre”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 325.

¹⁷⁹² “Incluso en la categoría de los derechos procedimentales, el derecho al término presenta características que lo diferencian de los otros derechos, y que justifican conclusiones en parte diversas que sustentan su autónoma resarcibilidad”.

“Benché incluso nella categoria dei diritti procedurali, il diritto al termine presenta caratteri che lo differenziano dagli altri diritti, e che giustificano conclusioni in parte diverse riguardo alle conclusioni per la sua autonoma risarcibilità”.

3.2. La imputación: Principalmente la presencia de la culpa.

La imputación como se ha visto es exigida como el segundo requisito para que se presente la responsabilidad de las Administraciones públicas por demoras o dilaciones administrativas procedimentales.¹⁷⁹³ Este elemento está establecido en la última frase del numeral 1 artículo 139 de la Ley 30 de 1992, al precisar que se reconocerá la lesión “[...] siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

La inactividad de la Administración también puede hacer que se imputen daños a las entidades estatales, concretamente se puede presentar en materia procedimental por ausencia de resolución administrativa¹⁷⁹⁴; pero, para esto es necesario que exista un deber previo de actuación incorporado en la legislación¹⁷⁹⁵, que concretamente en materia de dilaciones indebidas será la obligación de resolver introducida en el numeral 1 del artículo 42 de la Ley 30 de 1992.¹⁷⁹⁶

En adición, se debe tener siempre presente que la imputación de los daños en España se hace conjuntamente con la Administración pública y no exclusivamente, frente al funcionario en

TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La reponsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. p. 47.

¹⁷⁹³ “En todos los ordenamientos de nuestro entorno cultural rige la regla de que no basta la *causación material* de un daño para convertir al sujeto que lo ocasiona en *responsable*, exigiéndose la concurrencia de una circunstancia específica que sirva para individualizar el juicio de responsabilidad. Tal circunstancia o presupuesto se conoce comúnmente como título, criterio, causa o factor de imputación (o de atribución) del daño (o de la responsabilidad”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 212-213.

¹⁷⁹⁴ “Otro ámbito donde la inactividad puede producir daños por sí misma sería en los casos de inactividad procedimental donde se produce la ausencia de una resolución administrativa en un tiempo razonable”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 308.

¹⁷⁹⁵ “La doctrina y la jurisprudencia han señalado que el principal presupuesto para que exista una omisión o inactividad por la que se pueda declarar la responsabilidad de la Administración es la existencia de un deber de actuar concreto que imponga la norma”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 300.

¹⁷⁹⁶ “Artículo 42. Obligación de resolver.

1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t4.html#a42

virtud del principio de responsabilidad solidaria¹⁷⁹⁷ y por la característica esencial de la responsabilidad directa.¹⁷⁹⁸ En el caso puntual de las dilaciones procedimentales al ciudadano le interesa probar el mal funcionamiento del servicio público y no determinar la persona en particular que ha causado el hecho dañoso.¹⁷⁹⁹

Realizadas las anteriores precisiones generales sobre la imputación en materia de responsabilidad por dilaciones indebidas procedimentales, parece indispensable detenerse a observar las diversas tesis que se han manejado por la doctrina española sobre la conveniencia o inconveniencia de la introducción del criterio culpabilístico y del plazo razonable sobre el tema de la inactividad y las demoras en finalización de la actividad procedimental.¹⁸⁰⁰

3.2.1. Más coherente con el sistema objetivo de responsabilidad español es omitir el criterio de la culpa como requisito para la configuración de las dilaciones indebidas procedimentales y dejar el sólo incumplimiento como criterio de imputación.

¹⁷⁹⁷ “Y ello porque la acción de responsabilidad podrá ejercitarse frente a la Administración a la que imputa su actuación el funcionario responsable, y no exclusivamente frente a éste, por el principio de responsabilidad solidaria existente en el ámbito de la responsabilidad administrativa”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 225.

¹⁷⁹⁸ “Se trata de un sistema de responsabilidad directa, de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquellos hubieran incurrido en dolo culpa o negligencia grave”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 53.

¹⁷⁹⁹ “Para éste será indiferente que el causante directo de la demora haya sido un funcionario, varios, o incluso ninguno en concreto, pues, en definitiva, el fundamento de su pretensión estribará exclusivamente en el incorrecto funcionamiento de un <<servicio público>>, expresión esta que a la sazón, debe tomarse en sentido amplio, equivalente a la función administrativa”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 226.

¹⁸⁰⁰ “[...] se ha entendido históricamente que una única circunstancia determinaba el surgimiento de la responsabilidad civil: la culpa. Sin embargo, en todo el panorama europeo se ha acabado imponiendo una concepción policéntrica de la responsabilidad civil, según la cual la culpa constituye uno solo de los diversos títulos que justifican que quien causa un daño deba repararlo: los sistemas jurídicos utilizan en la actualidad una pluralidad de factores de atribución para solucionar, en ámbitos materiales diferentes, la cuestión de la imputación jurídica de los perjuicios y, consecuentemente, de la responsabilidad civil”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 213.

Algunos autores españoles consideran que no es necesario recurrir a la artificiosa idea de la culpa, para fundamentar la responsabilidad procedimental por inactividad o demora en la decisión procedimental; es decir, no es necesario que se produzca un mal funcionamiento para que se del servicio para que se genere un daño que deba ser indemnizado por las Administraciones Públicas. Entre ellos se destacan Mariano Magide Herrero¹⁸⁰¹, Rafael Entrena Cuesta¹⁸⁰², Javier De Ahumada Ramos¹⁸⁰³ y Luis Medina Alcoz¹⁸⁰⁴. A continuación se debe presentar la tesis más elaborada y actualizada que es la de Luis Medina.

El profesor Luis Medina Alcóz en su libro, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, publicado en 2005, realiza una rigurosa crítica a las doctrinas que vinculan la responsabilidad por retraso a la noción de culpa afirmando que:

“A mi juicio, los planteamientos expuestos son rebatibles. Como venimos diciendo, la actividad (y la inactividad) Administrativa formal, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos de nuestro entorno, no queda sujeta a una cláusula general de responsabilidad por culpa (como ocurre en Italia, Alemania y a través de la fórmula jurisprudencial de la *faute du service*, en Francia) que obligue a *fingir* que hay negligencia siempre que hay un retraso en la resolución del procedimiento ni a admitir la posibilidad de que la Administración se libere acreditando, simplemente que su morosidad era razonable o inculpable”.¹⁸⁰⁵

¹⁸⁰¹ MAGIDE HERRERO, Mariano. “El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos”. En *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Marcial Pons. Valladolid. 1999. pp. 373-398.

¹⁸⁰² ENTRENA CUESTA, Rafael. “Responsabilidad e inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Marcial Pons. Valladolid. 1999. pp. 357-372.

¹⁸⁰³ “Ahora bien, ni esto es una peculiaridad de los supuestos de responsabilidad por omisión (pues también puede darse en relación con los supuestos en que se da una actuación administrativa positiva), ni la constatación de las peculiaridades que puede revestir el *modo causal lesivo* en esos casos incide de ninguna manera en lo que es el *fundamento* del instituto resarcitorio; fundamento que, como ha repetido la doctrina mayoritaria, y nosotros hemos reiterado aquí, es de carácter exclusivamente *objetivo*. De ahí que no exista oposición entre omisión y responsabilidad objetiva”.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. pp. 334-335.

¹⁸⁰⁴ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 327-336.

¹⁸⁰⁵ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 327.

Para evitar recurrir, al criterio culpabilístico o subjetivo, considerado por algunos autores artificioso en el sistema objetivo (por ejemplo, Fernando Garrido Falla¹⁸⁰⁶ y Mir Oriol Puigpelat¹⁸⁰⁷), Medina Alcóz sostiene que existen criterios jurídicos o buenas razones más armónicas con los principios del sistema de responsabilidad objetivo español, como el incumplimiento.¹⁸⁰⁸

Por otra parte, otro de los puntos cuestionables de esta tesis, en opinión del profesor de la Universidad Complutense, consiste: “[...] en que extrapola el criterio necesariamente casuístico propio de las obligaciones cuyo cumplimiento no está sometido a un plazo concreto, para llevarlo a un caso, como el deber de resolver el procedimiento, en el que existen normas legales o reglamentarias que marcan el tiempo máximo utilizable. De ahí que, a mi juicio no pueda trasladarse al procedimiento administrativo la doctrina del plazo <<razonable>> [...]”.¹⁸⁰⁹

Continuando con sus ideas, sostiene, en los siguientes términos, la inconveniencia de la incorporación de la definición de plazo razonable en el procedimiento administrativo lo que puede convertir el término legal en una simple sugerencia:

¹⁸⁰⁶ “Pero, dicho esto, reconozco mi casi inquietante soledad cuando tozuda e ininterrumpidamente he venido manteniendo que la interpretación del antiguo artículo 40 debe hacerse teniendo en cuenta que la regla general es el funcionamiento *anormal* del servicio público para justificar la indemnización; y que la expresión funcionamiento *normal* cubre los supuestos de *riesgo creado* y el de aquellas actuaciones administrativas –en especial obras públicas- que causan perjuicios singulares que por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica la obligación de reparar”.

GARRIDO FALLA, Fernando. “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 94. Abril-junio. 1997. p. 185.

¹⁸⁰⁷ “Creo, efectivamente, ha llegado el momento de que nuestra doctrina aborde en profundidad el debate acerca de cuál debe ser el *fundamento* de la responsabilidad administrativa y cuáles deben ser sus *límites*, debe discutirse seriamente, teniendo muy en cuenta los condicionamientos económicos existentes y las *funciones* que se quieran atribuir a la responsabilidad de nuestras Administraciones públicas, si cabe mantener la responsabilidad una responsabilidad administrativa genérica como la actual o si resulta preferente (como ocurre –es preciso recordarlo- en los países de nuestro entorno cultural) reservarla sólo para determinados sectores de la actividad administrativa, convirtiendo a la responsabilidad por culpa en la regla general”.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000. pp. 40-41.

¹⁸⁰⁸ “[...] tal criterio o buena razón es, sencillamente, en el ámbito de la actividad administrativa formal, el incumplimiento que, en la medida en que sea imputable a la Administración, justifica, por sí e independientemente de la inocencia o culpabilidad de esta el surgimiento de la obligación resarcitoria”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 327.

¹⁸⁰⁹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 328.

“Esto último me parece grave porque los ciudadanos necesitan saber de antemano a qué atenerse, esto es, saber (sobre todo cuando se trata de procedimientos destinados a adoptar medidas susceptibles de ampliar su esfera jurídica) que en un lapso determinado van a obtener el bien o que les va a ser denegado, y lo que en muchos casos les preocupa enormemente no es tanto que recaiga una resolución negativa ni, incluso, que ésta sea contraria a Derecho, sino que pase el tiempo sin que la Administración diga nada, ni a favor ni en contra. Y si el plazo máximo fijado pierde su estricta juridicidad, deja de ser el instrumento útil que marca el momento a partir del cual la situación de incertidumbre del interesado respecto de la utilidad pretendida se convierte en ilícita por el incumplimiento del deber de resolver, lo que, en el plano de la responsabilidad, asume una importancia determinante, tal y como se ha puesto de manifiesto”.¹⁸¹⁰

Ahora bien, para finalizar se deben citar las ventajas que presenta la implementación de la propuesta antes elaborada, que se pueden observar en los párrafos siguientes del texto de Luis Medina Alcóz:

“Si se parte, en cambio, de que la fuente de la responsabilidad se encuentra en el incumplimiento mismo y no en la culpa (que, ciertamente, éste presupone muchas veces), no sólo se consigue brindar a estos supuestos una respuesta válida desde una perspectiva sistemática (por su coherencia con todos los de responsabilidad «entre conocidos», civiles o administrativos, incluidos los de ilegalidad y deslealtad), sino también que la Administración sólo quede liberada cuando puede demostrar la decisiva interferencia de un suceso o acontecimiento objetivo, de una *vis maior*, cualquiera que ésta sea, que es, a la postre, lo que pretenden los partidarios de la «culpa» y del «plazo razonable», pues los ejemplos de irresponsabilidad que contemplan son siempre casos de fuerza mayor.

A su vez, y estamos analizando la segunda de las diferencias, la explicación teórica aquí brindada se apoya en el régimen general de responsabilidad patrimonial y en la virtualidad exoneradora de la fuerza mayor que éste reconoce. Esto aleja la responsabilidad por morosidad de soluciones «necesariamente casuísticas», aferrándola a un sistema dotado de criterios normativos con que resolver las diferentes situaciones que se presentan. Frente a una justicia irremediadamente abandonada al caso concreto, la tesis aquí sostenida ofrece reglas con que discernir qué circunstancias deben exonerar de responsabilidad y cuáles no. Me refiero a los criterios de la imprevisibilidad y de la inevitabilidad que son, por imperativo de los artículos 106 CE y 139 LPC, los que deben conducir a determinar si un hecho o acontecimiento reviste los caracteres de una fuerza mayor exoneradora”.¹⁸¹¹

En cuanto a la importancia de la propuesta alternativa al modelo mayoritario español, se deben destacar las siguientes tres importantes ideas: 1. Logra mantener los principios del sistema objetivo español, sin recurrir a la presencia de la culpa, que como se ha visto, para muchos juristas resulta ser artificiosa e innecesaria; 2. Ataca la noción de plazo razonable que la doctrina ha mal interpretado hasta entender que no se trata de algo vinculante, sino de un mera sugerencia para

¹⁸¹⁰ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 331.

¹⁸¹¹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 336.

la Administración y 3. Recupera la importancia del término al considerarlo como de obligatorio cumplimiento por lo que fortalecería la obligación de resolver y la haría exigible.

3.2.2. *La teoría mayoritaria española que exige como elemento indispensable la culpa y que entiende el plazo como razonable de manera muy amplia como si no fuera obligatorio, sino simplemente un parámetro orientador.*

Para la gran mayoría de autores el fundamento de la responsabilidad por demoras está en la posibilidad general de reconocer las lesiones antijurídicas producidas dentro del funcionamiento de los servicios públicos, concretamente la encuadran dentro de los supuestos de funcionamiento anormal por inactividad; con lo que, para constatar su existencia no se debe solamente examinar el incumplimiento, sino se debe demostrar la presencia de la culpa.¹⁸¹² Entre sus representantes más destacados se encuentran los profesores Ernesto García-Trevijano¹⁸¹³, Marco Gómez Puente¹⁸¹⁴, Juan Diez Sánchez¹⁸¹⁵ y Vicenc Aguado i Cudola.¹⁸¹⁶

¹⁸¹² "Porque el retraso o la inactividad suele ser culpable la Administración ha de afrontar, en principio, los daños que ocasione, pues <<la superación del término legal constituye un indicio de irracionalidad>>. Ahora bien, si la dilatación temporal del procedimiento más allá del término marcado puede considerarse razonable (inculpable), la Administración no incurre en responsabilidad porque falta la actuación negligente de la Administración".

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. pp. 323-324.

¹⁸¹³ "En realidad, es la Administración la responsable del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de tal forma que, si procediera la indemnización por la demora, ésta podría exigirse directamente de la Administración, como titular del servicio cuyo incorrecto funcionamiento ha ocasionado los perjuicios al interesado".

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. pp. 225-226.

¹⁸¹⁴ "[...] la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y que para la determinación de ésta, no es posible prescindir de la idea de culpabilidad o ilicitud de la Administración parece, pues, fuera de duda".

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 771.

¹⁸¹⁵ "Se trata, en este caso, de una responsabilidad directa y objetiva de la Administración. Responsabilidad basada en el anormal funcionamiento del servicio público y siempre que se demuestre la relación de causalidad entre dicho funcionamiento y la lesión del bien o derecho".

DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 325.

¹⁸¹⁶ "En estos casos, la procedencia de la indemnización se basa no tanto en la conducta administrativa sino si el plazo resulta razonable. Debe tenerse en cuenta que el mero incumplimiento de los plazos de la obligación de resolver y notificar producirán por sí la obligación de indemnizar sino que debe ser otros los criterios como la razonabilidad o proporcionalidad del plazo".

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 297.

De lo anterior se coligue, que a los requisitos generales para que se presente la responsabilidad estatal (lesión antijurídica, imputación y relación de causalidad), para el caso de las dilaciones indebidas; en particular, es necesario que se produzca un funcionamiento anormal que se concreta en un retraso injustificado o la violación del plazo razonable.

Esta tesis parte de idea de que toda inactividad u omisión es siempre una responsabilidad de tipo subjetiva¹⁸¹⁷ y en consecuencia, se debe probar el funcionamiento anormal del servicio público y probar la culpabilidad o ilicitud del comportamiento administrativo. En el caso de los retardos procedimentales, particularmente, se tratará de un caso de inactividad formal por parte de la entidad estatal.

Esta demora en la realización de algún trámite procedimental, puede generar consecuencias patrimoniales al particular y por ende, la Administración Pública por ser la titular de la prestación del servicio público desarrollado incorrectamente y generar perjuicios, debe responder patrimonialmente.¹⁸¹⁸

Hasta acá se ha expresado la necesidad de la presencia de culpa o de funcionamiento anormal como uno de los requisitos *sine qua non* para que se genera la responsabilidad por inactividad; ahora, incumbe analizar la segunda matización correspondiente a la interpretación del término “plazo razonable” que es propuesta por esta línea de pensamiento.

Como se ha visto, la doctrina dominante española, basada en la idea de plazo razonable procesal, considera que además del incumplimiento no debe haber un motivo que haya justificado tal retraso o sino tal demora será razonable y será una carga que el particular debe soportar y por tanto, no existirá la antijuridicidad.

¹⁸¹⁷ “La responsabilidad administrativa por omisión es siempre, pues, una responsabilidad subjetiva que tiene por presupuesto no la mera pasividad, sino la inactividad (pasividad antijurídica) de la administración”. GÓMEZ PUENTE, Marco. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 116.

¹⁸¹⁸ “No obstante, el principio de indemnidad del perjudicado, cuando proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración, impone que aquel deba ser resarcido de todos y cada uno de los perjuicios que se le hubieran ocasionado (y fueran procedentes), aun en el caso de que exedieran de los correspondientes intereses de demora”. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 232.

En este orden de ideas, resulta necesario profundizar en el contenido de la expresión plazo razonable; la cual significa en la práctica que no bastará el mero incumplimiento del plazo procedimental, si no que para que se genere la responsabilidad en estos supuestos de inactividad formal, es necesario que se presente un retraso irrazonable o demora injustificada.¹⁸¹⁹ Es decir, que la demora en la tramitación sólo puede originar responsabilidad patrimonial de la Administración cuando dicho retraso exceda el estándar normal de funcionamiento que se espera cumpla la entidad en la realización de sus actuaciones.¹⁸²⁰

El criterio de estándar normal de funcionamiento es bastante complicado de determinar en la práctica; debido a que, para su formulación es necesario conocer las condiciones particulares de funcionamiento de la entidad pública que se pretende imputar.¹⁸²¹ Es decir, para determinar la adecuación del funcionamiento a dicho parámetro se requiere conocer sus funciones y la adecuación de sus recursos para cumplir con las finalidades asignadas y esto, sólo se podrá hacer estudiando detenidamente cada caso concreto.

3.2.3. La doctrina que exige la presencia de la culpa de la Administración y el vencimiento del término para que se configure el funcionamiento anormal o tesis del mero incumplimiento del plazo.

Esta tesis ubicada dentro de las hipótesis que exigen la presencia de la culpa o mal funcionamiento del servicio público, postula que la responsabilidad de las Administraciones

¹⁸¹⁹ “Para comprometer la responsabilidad de la Administración no basta, por tanto, el mero retraso; no basta el mero incumplimiento del plazo legal de resolución. Es necesario, además, una infracción, un incumplimiento que constituye caso de inactividad de la Administración, pues sólo entonces puede tenerse por daño, por lesión antijurídica, el perjuicio ocasionado por el retraso”.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. “El silencio y la inactividad de la Administración”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 116.

¹⁸²⁰ “Esta únicamente surgirá, cuando, sin existir justificación, se supere el *standard* normal, o, en definitiva, la tramitación exceda de <<plazos razonables>>”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 229.

¹⁸²¹ “Ahora bien, no es lo mismo el funcionamiento normal que el funcionamiento óptimo. Funcionamiento normal es el que encaja en el estándar de eficacia que es exigible a la Administración; no el que existe, sino el que es exigible”. BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control*. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 217.

públicas se configura en el momento en que se cumple el plazo procedimental sin que se produzca la decisión de la entidad pública.¹⁸²²

El anterior planteamiento se fundamenta en el reconocimiento del tiempo como un bien de la vida digno de tutela autónoma.¹⁸²³ De esta forma, se puede observar como no se tiene en cuenta si la demora fue irrazonable, sino el simple incumplimiento será el hecho determinante. Esta doctrina ha sido aceptada tanto en España como en Italia.

En cuanto al caso español, como lo destaca Luis Medina Alcoz, entre sus representantes se deben destacar: Bolea Foradada, Gómez Ferrer, Montoro Chiner, González Pérez, Laso Baeza y Mal Bel.¹⁸²⁴ Este mismo autor, destaca el pensamiento de Mata Siérra quien considera, para el caso del Derecho Tributario, que: “[...] basta la extralimitación de los plazos de los procedimientos de gestión, inspección, recaudación o revisión y la producción de una lesión patrimonial para que surja la responsabilidad de la Administración tributaria”.¹⁸²⁵

En Italia, la tesis de resarcibilidad del daño de provvedimento administrativo desfavorable ha sido acogida por una jurisprudencia absolutamente minoritaria¹⁸²⁶ y parece que en la

¹⁸²² “En definitiva, el retardo propiamente dicho (o <<puro>>) se configura donde el comportamiento della a.p. en la adopción de un acto se produce –incluso sin ser legítimo y favorable– fuera de los tiempos previstos en la ley”.

“In definitiva, il ritardo propiamente detto (o <<puro>>) si configura ove il comportamento della p.a. sfoci nell’adozione di un atto –in sè finanche legittimo e favorevole– al di fuori dei tempi previsti dalla legge”.

ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. p. 44.

¹⁸²³ “Igualmente, la doctrina ha encontrado la forma de profundizar la argumentación, entendiendo el tiempo como un bien de la vida digno de tutela autónoma y en consecuencia, entendiendo admisible el daño de mero retardo”.

“Parimenti, la dottrina ha avuto modo di approfondire l’argomento, configurando il tempo come bene della vita degno di tutela autonoma e quindi ritenendo ammissibile un danno da mero ritardo”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 96.

¹⁸²⁴ “Por otra parte, hay autores que no mencionan el requisito de la razonabilidad de la demora, lo que puede dar a entender que asocian el surgimiento de la responsabilidad con el mero incumplimiento imputable BOLEA FORADADA, GÓMEZ FERRER, MONTORO CHINER, GONZÁLEZ PÉREZ, LASO BAEZA, MAR BEL”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 325.

¹⁸²⁵ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 325.

¹⁸²⁶ “La tesis de la resarcibilidad del daño por provvedimento tardío desfavorable ha permanecido, de verdad, en una jurisprudencia absolutamente minoritaria: sostenida en la ordenanza de remisión de la IV Sesión del Consejo de Estado

actualidad no queda espacio en el ordenamiento para esta tesis.¹⁸²⁷ En cambio, alguna parte de los administrativistas propende porque sean reconocidos todos los supuestos en que se presenta incumplimiento del plazo procedimental; es decir, tanto en los casos de daño de retardo como en los de incerteza, lo que en la práctica se traduce en que no importa cuál sea el resultado del juicio hipotético acerca del éxito del procedimiento se reconocerá la lesión causada por el desconocimiento del término.¹⁸²⁸

Al no ser necesaria la realización de un juicio pronóstico que como resultado tenga un resultado positivo¹⁸²⁹ (es decir que el procedimiento de haber sido terminado a tiempo se le hubieran reconocido al peticionario lo que deseaba siendo favorable a sus pretensiones), es

del 7 de marzo de 2005, n. 875, no ha sido acogida por la Audiencia Plenaria, que ha optado por una fórmula más conservadora". (Traducción propia).

"La tesi della resarcibilità del danno da provvedimento tardivo sfavorevole è rimasta, invero, in giurisprudenza assolutamente minoritaria: sostenuta nell'ordinanza di rimessione della IV Sezione del Consiglio di Stato del 7 marzo 2005, n. 875, non è stata accolta dall'Audanza Plenaria, che ha optato per una formula più conservativa".

OZZI, Angela. "La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 483.

¹⁸²⁷ "De lo hasta aquí observado, parecería en este momento subsistir poco espacio en el ordenamiento para aquella específica hipótesis de interés procedimental consistente en el mero respeto de los tiempos del procedimiento.

La jurisprudencia administrativa ha estado prevalentemente orientada a sostener que el mero retardo en la adopción de un provvedimento no puede autónomamente fundar el derecho al resarcimiento del daño, manteniendo tal prevalente orientación también en la innovación legislativa de la que hace referencia la Ley del 18 de junio de 2009, n. 69".

"Da quanto fin qui osservato, sembrerebbe allora sussistere poco spazio nell'ordinamento per quella specifica ipotesi di interesse procedimentale consistente nel mero rispetto dei tempi del procedimento.

La giurisprudenza amministrativa si è prevalentemente orientata a sostenere che il mero ritardo nell'adozione di un provvedimento non può autonomamente fondare il diritto al risarcimento del danno, mantenendo tale prevalente orientamento anche dopo la novella legislativa di cui alla legge 18 giugno 2009, n. 69".

OZZI, Angela. "La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 485.

¹⁸²⁸ "Los sostenedores de tal reconstrucción exegética concluyen, entonces, que la Administración que decida retrasadamente o que no decida es llamada, prescindiendo de cada indagación sobre la expectativa del bien de la vida o de la utilidad final, a resarcir los daños consiguientes a la situación de incerteza acerca de la expedición o no del provvedimento solicitado en el cual ha estado culpablemente descuidado aquel que ha presentado la petición".

"I sostenitori di tale ricostruzione esegetica concludono, allora che l'amministrazione che provveda in ritardo o che non provveda affatto è tenuta, a prescindere da ogni indagine sulla speranza del bene de la vida o dell'utilità finale, a risarcire i danni conseguenti alla situazione di incerteza circa il rilascio o meno del provvedimento richiesto in cui è stato colpevolmente lasciato colui che ha presentato l'istanza".

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo*. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. pp. 498.

¹⁸²⁹ "Al contrario, rispetto all'interesse legittimo, il giudizio prognostico dovrebbe risultare irrilevante. L'interesse legittimo, infatti, sussiste come situazione giuridica, anche se un risultato favorevole non è raggiunto; e non cambiano né la natura né il suo contenuto essenziale (di tutela del privato, destinatario o terzo, nella formazione della decisione amministrativa), a seconda che sia ipotizzabile o meno un risultato favorevole".

"Al contrario, con respecto al interés legítimo, el juicio pronóstico debería resultar irrelevante. El interés legítimo, de hecho subsiste, como situación jurídica, aunque el resultado favorable no sea alcanzado; y no cambian ni la naturaleza ni su contenido esencial (de tutela del privado, destinatario o tercero, en la formación de la decisión administrativa), sin importar que sea hipotizable o no un resultado favorable".

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 25.

posible el reconocimiento no solamente del daño de retardo, sino también del denominado daño de incerteza que se produce cuando el resultado del procedimiento hubiera sido desfavorable.¹⁸³⁰

3.2.4. *La presencia de la culpa, el incumplimiento del término y la realización de un juicio pronóstico positivo: El daño de retardo en Italia.*

Como se ha visto el reconocimiento de los intereses legítimos se ha introducido jurisprudencialmente por medio de la Sentencia 500 de 1999 de la Corte de Casación con lo que se ha abierto la puerta a la posibilidad de reconocer daños procedimentales pretensivos¹⁸³¹ incluyendo aquellos causados por las demoras temporales.¹⁸³²

¹⁸³⁰ “Relativamente a ésta última hipótesis, es obvio que el destinatario de un provvedimento ilegítimo a él desfavorable pueda tener interés, en vista del transcurso del tiempo, no más a una reedición del poder administrativo, sino a un mero resarcimiento del daño, que ha sufrido en consecuencia del legítimo comportamiento de la a.p. que no ha respetado los términos para la adopción del provvedimento aunque sea denegatorio”.

“Relativamente a quest’ultima ipotesi, è palese che il destinatario di un provvedimento illegittimo a lui sfavorevole possa aver interesse, visto il decorso del tempo, non più ad una riedizione del potere amministrativo, ma ad un mero risarcimento del danno, che egli ha subito in conseguenza dell’illegitimo comportamento della p.a. che non ha rispettato i termini per l’adozione del provvedimento quantunque di diniego”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 98.

¹⁸³¹ “En el estado actual de la legislación, no es reparable el daño de retardo, así separado de la demostración judicial de del merecimiento de la tutela del interés pretensivo hecho vales, como la consecuencia que el eventual daño no es resarcible cuando la Administración haya adoptado, aunque con notable retardo, un provvedimento, que permaneció ininapugnado, de contenido negativo para el interesado”.

“Allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno da ritardo, cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell’interesse pretensivo fatto valere, con la conseguenza che l’eventuale danno non è risarcibile quando l’amministrazione abbia adottato, ancorché con notevole ritardo, un provvedimento, rimasto inoppugnato, dal contenuto negativo per l’interessato”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione proceduralizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 83.

¹⁸³² “Después, de la citada sentencia n. 500 de 1999 de la Casación el cuadro ahora referido ha tenido una vuelco radical: es, de hecho, propiamente aquella de los intereses pretensivos la nueva área en la cual la jurisprudencia ha venido reconociendo la reparación equivalente cuando el provvedimento ventajoso sobrevenga en retardo o no pueda ser conseguido”.

“Sopraggiunta la citata sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione il quadro ora riferito ha ottenuto un radicale ribaltamento: è, infatti, proprio quella degli interessi pretensivi la nuova area nella quale la giurisprudenza è venuta riconoscendo il ristoro per equivalente quando il provvedimento vantaggioso sopraggiunga in ritardo o non possa essere addirittura più conseguito”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010. pp. 50-51.

En el sistema de responsabilidad extracontractual italiano está establecido en el artículo 2043 del Código Civil¹⁸³³ con lo que se ha establecido un sistema culpabilístico o basado en la culpa¹⁸³⁴; según el cual, es necesario que se pruebe el funcionamiento anormal de la Administración pública para que se genere la responsabilidad del Estado.

Como se ha observado, el daño de retardo es un daño plenamente reconocido por la legislación italiana el cual se puede definir como “[...] la lesión ocasionada por la Administración pública en razón de la inercia en la emanación del provvedimento”.¹⁸³⁵ Y ha sido el adoptado por la jurisprudencia mayoritaria de ese país en la actualidad.¹⁸³⁶

El daño de retardo ha sido introducido en la legislación italiana por medio de la Ley 69 de 2009 modificatoria de la Ley 241 de 1991, concretamente en el artículo 2 Bis, como se ha mencionado varias veces a lo largo de este escrito¹⁸³⁷; con lo que, se ha reconocido valor económico al transcurrir inerte del tiempo.¹⁸³⁸

¹⁸³³ “El segundo consagra la responsabilidad *extracontractual* -en cuanto se refiere a las relaciones entre los sujetos no vinculados por obligaciones preexistentes- y establece que: <<cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a quien causado el hecho a reparar el daño”.

“Il secondo riguarda la responsabilità detta *extracontrattuale* -in quanto si riferisce a rapporti tra soggetti non vincolati da preesistenti obbligazioni- e stabilisce che <<qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno>>”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 231.

¹⁸³⁴ “Es pacífico que la simple ilicitud no es suficiente para fundar la responsabilidad civil, siendo necesario, al lado del daño el elemento subjetivo, consistente en el *dolo* (es decir en la voluntaria comisión del hecho conocido como ilícito) o en la *culpa* (es decir en la comisión con *negligencia, impudencia o impericia o por la inobservancia de leyes, relamentos, ordenes o disciplinas*

“È pacifico che la semplice illecità non è sufficiente a fondare la responsabilità civile, essendo necessario, accanto il danno, l'elemento soggettivo, consistente nel *dolo* (cioè nella volontaria commissione del fatto conosciuto come illecito) o nella *colpa* (cioè nella commissione con *negligenza, imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordine o discipline* [...]”.

FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009. p. 244.

¹⁸³⁵ “Con la locuzione danno da ritardo si intende la lesione cagionata dalla pubblica amministrazione in ragione della inercia nell'emanare il provvedimento”.

LIBERATI, Alessio. La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 494.

¹⁸³⁶ “Antes que todo, hay que señalar que la jurisprudencia mayoritaria propende por reconocer el daño de retardo solamente cuando el resultado del provvedimento sea favorable en grado de satisfacer el bien de la vida anhelado”.

“Innanzitutto, va preso atto che la giurisprudenza maggioritaria propende per disporre il risarcimento del danno da ritardo soltanto sopraggiungia il provvedimento favorevole in grado di appagare il bene della vita anelato”.

ANGELONE, Marco. *Inercia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. p. 120.

¹⁸³⁷ “El art. 2-bis de la l.n. 241/1990, insertado por el artículo 7, numeral 1, literal c), de la l.n. 69/2009, establece que las Administraciones públicas y lo sujetos privados encargados del ejercicio de la actividad administrativa, <<son llamados al

Para que se reconozca el daño de retardo, como se ha precisado, al lado de la culpa¹⁸³⁹, es necesario que el daño injusto sea atribuible a un bien de la vida¹⁸⁴⁰ y la realización de un juicio pronóstico¹⁸⁴¹, del que se desprenda que el resultado del procedimiento hubiese sido favorable o positivo para el particular.¹⁸⁴²

resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa y culposa del término de conclusión del procedimiento”. (Traducción propia).

“L’art. 2-bis della l.n. 241/1990, inserito dall’articolo 7, comma 1, lettera c), della l. n. 69/2009, stabilisce che le pubbliche amministrazioni ed i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative, <<sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa e colposa del termine di conclusione del procedimento>>”.

VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010. p. 94.

¹⁸³⁸ “Parece obligado afirmar que la actual disposición tiende reconocer valor económico al transcurrir inerte del tiempo, circunstancia que también la A.P. debe metabolizar en su actuar procedimentalizado al conseguimiento del fin colectivo”.

“Appare doveroso aserire che l’attuale disposizione tende a riconoscere valore economico al trascorrere inerte del tempo, circostanza che anche la P.A. deve metabolizzare nel suo agire procedimentalizzato al raggiungimento del fine collettivo”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 66.

¹⁸³⁹ “Tal norma ha tenido la finalidad de consagrar la persistente orientación doctrinal y jurisprudencial que afirmaba la responsabilidad, dolosa o culposa, de la A.P. por los daños generales, a los usuarios por la intempestiva adopción del provvedimento final conclusivo del procedimiento administrativo”. (Traducción propia).

“Tale norma ha avuto la finalità di consacrare il persistente orientamento dottrinale e giurisprudenziale che affermava la responsabilità, dolosa o colposa, della P.A. per i danni generati, agli utenti, per la intempestiva adozione del provvedimento finale conclusivo del procedimento amministrativo”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 68.

¹⁸⁴⁰ “Secondo un orientamento maggioritario, formatosi già prima della codificazione della fattispecie, il danno da ritardo inteso come <<danno ingiusto>> può essere individuato solo in connessione con la spettanza del bene della vita e non anche autonomamente nel caso, cioè in cui il danneggiato non abbia diritto al provvedimento cui il procedimento è finalizzato: in altre parole la risarcibilità del danno da ritardo sarebbe ammissibile solo nel caso di emanazione di un provvedimento tardivo favorevole para il danneggiato”.

OZZI, Angela. “La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 482.

¹⁸⁴¹ “Valoración que implica un juicio pronóstico, basado en la normatividad sectorial, sobre la fundamentación o no de la petición, donde se establecerá si el pretendiente será titular no de una mera expectativa, como tal no tutelable; sino, más bien, de una situación susceptible de determinar una confianza objetiva acerca de su conclusión positiva, y así de una situación que, según la disciplina aplicable esté destinada, según el criterio de normalidad, a un éxito favorable, y resultaba entonces jurídicamente protegible”. (Traducción propia).

“Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già de una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 21.

¹⁸⁴² “[...] que el incumplimiento o el retardo deben referirse a la emanación de un hecho favorable al interesado negándose, así, la reparación del daño cuando el retardo o la omisión conciernan a un procedimiento negativo”.

De igual forma, como lo explica Roberto Giovagnoli: “Debe, por tanto, retenerse que el privado tendrá la carga de probar los perjuicios patrimoniales padecidos a causa de la violación del término de conclusión del procedimiento y el resarcimiento podrá ser reconocido solo para restaurar los daños efectivamente demostrados”.¹⁸⁴³

3.2.5. El término jurídico es obligatorio y se presume el plazo razonable, en caso de incumplimiento debe ser imputable a la Administración por ser un funcionamiento anormal del servicio.

Una vez expuestas las diversas teorías sobre el daño por el término procedimental que se han desarrollado tanto en España como en Italia, corresponde a hacer referencia a una que parece estar más acorde con los lineamientos que se han visto durante el desarrollo de este Tesis Doctoral. No sin antes advertir, que no obedece a un postulado original sino simplemente al rescate de algunas de las ideas propuestas por la doctrina y la jurisprudencia de los dos países con los que se tuvo contacto directo durante estos años de estudio.

En este orden de ideas, lo primero que se debe aclarar es que pese a ser el sistema español primordialmente objetivo, la responsabilidad por inactividad procedimental administrativa, concretamente por dilaciones indebidas, debe estar asociada a la idea de mal funcionamiento o culpa¹⁸⁴⁴ y por tanto, es uno de los elementos que se deben establecer para que se pueda generar la responsabilidad de las Administraciones públicas.¹⁸⁴⁵ De esta forma, el

“[...] che l’inadempienza o il ritardo debbono riguardare l’emanazione di un fatto favorevole all’interessato negandosi, così, il ristoro del danno quando il ritardo o l’omissione concernono un provvedimento negativo”.

DE ROBERTO, Alberto. *L’attività Pubblicistica dell’Amministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010. pp. 50-51.

¹⁸⁴³ “Deve, pertanto, ritenersi che il privato avrà l’onere di provare i pregiudizi patrimoniale patiti a causa della violazione del termine di conclusione del procedimento e il risarcimento potrà essere riconosciuto solo per ristorare i danni effettivamente dimostrati”.

GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010. p. 324.

¹⁸⁴⁴ “Esta flagrante contradicción entre dogma y realidad se constata también, como veremos, en el ámbito de la inactividad donde tras la enfática declaración de la responsabilidad objetiva se toman en consideración el rendimiento y la diligencia de la Administración en la actuación realizada”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 285.

¹⁸⁴⁵ “Es necesario, además, una infracción, un incumplimiento que constituye caso de inactividad de la Administración, pues sólo entonces puede tenerse por daño, por lesión antijurídica, el perjuicio ocasionado por el retraso”.

ciudadano deberá demostrar tanto la inobservancia del término como la prueba de la anormalidad del comportamiento administrativo.¹⁸⁴⁶

Lo segundo, es recordar que en la responsabilidad por inactividad se debe encontrar un respaldo o fundamento que le atribuya a la Administración la obligación de actuar de no permanecer silente o pasiva frente a un hecho determinado. Como se vio anteriormente, existen muchos fundamentos relacionado con el derecho a una buena administración dentro del procedimiento y concretamente, en la Ley 30 de 1992 existe la obligación de resolver¹⁸⁴⁷; la cual, se debe entender como una verdadera obligación (como lo sostienen actualmente en el derecho italiano y en España por ejemplo, Ricardo Rivero¹⁸⁴⁸ y Luis Medina Alcoz¹⁸⁴⁹) y no seguir entendiéndola como una obligación natural¹⁸⁵⁰ o un simple deber¹⁸⁵¹, que es la posición mayoritaria tanto en doctrina como en jurisprudencia en España.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 519.

¹⁸⁴⁶ “Pesará en cabeza del ciudadano no sólo la demostración de la inobservancia del término por parte de la A.P.; pero sobretodo, la disfunción de la maquinaria administrativa, según los criterios de burocracia perenne comprobando la negligencia y la impericia en la actuación administrativa”.

“Pesará in capo al cittadino non solo dimostrare l’inosservanza del termine da parte della P.A., ma soprattutto, la disfunzione ella macchina amministrativa, ancorata a criteri di perenne burocraticità attestandone la negligenza e l’imperizia dell’agire amministrativo”.

FESTA, Giancaludio. “Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010. p. 73.

¹⁸⁴⁷ “La falta de resolución administrativa en el plazo estipulado normativamente puede provocar la responsabilidad patrimonial y disciplinaria (arts. 42.7, 74.2, 79.2 y 139 y ss. LRJPAC), así como la pérdida de la competencia para resolver por parte de la Administración ineficaz”.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001. pp. 463-464.

¹⁸⁴⁸ “En cambio, considerarla verdadera obligación (aunque su actual situación sea imperfecta) complementándola con los debidos mecanismos reaccionales (que no consistirían en el recurso frente a la inactividad, sino una acción de responsabilidad directa), fundamentaría la idea, constitucionalmente correcta, de que el ciudadano tiene derecho a un bien determinado, esto es, una respuesta de la Administración, cuando se dirige a ella, al menos si lo hace de acuerdo a los cauces legalmente previstos”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 254.

¹⁸⁴⁹ “Transcurrido el término máximo establecido, si la Administración no ha dictado una resolución expresa o, habiéndolo hecho, no la notifica, incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental. Y si este incumplimiento genera daños y es imputable a la Administración, el interesado tiene derecho a ser indemnizado”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 312.

¹⁸⁵⁰ “Sin cauces para exigirlo, el deber de resolución llegó a verse como un deber carente de sanción efectiva en caso de incumplimiento, lo que permitiría su ubicación entre las denominadas «naturales obligaciones»”.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. “El incumplimiento de la obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 297.

En tercer lugar, resulta conveniente mantener el criterio del plazo razonable como elemento atemperante en los juicios de responsabilidad; pero enfatizando en que la regla general es que el plazo razonable sea el legal y sólo excepcionalmente se puede alegar otro término como el válido si existen verdaderos argumentos de peso para que el plazo no sea el antedicho. Por ejemplo, cuando el particular se ha comportado de manera dilatoria u obstruccionista o cuando existe una fuerza mayor invalidante, situaciones que se estudiarán posteriormente cuando se haga referencia a la relación de causalidad.

En cuarto lugar, se debe aclarar que no se recoge totalmente la tesis planteada en el derecho italiano del daño de retardo, según la cual es necesaria la realización de un juicio pronóstico cuyo resultado sea favorable al particular para que se indemnice el daño causada. Puesto que, resultaría más conveniente para el caso español, partiendo de su visión de la responsabilidad del Estado, omitir el elemento del juicio pronóstico y en todo caso, reconocer la lesión antijurídica en caso de que se cumplan los demás requisitos; en otras palabras, sería conveniente no solo reconocer el daño de retardo, sino adicionalmente brindar una protección mucho más amplia que incluiría el denominado daño de incerteza.¹⁸⁵²

3.3. Relación de causalidad.

Ahora corresponde analizar la relación de causalidad entre el daño y la posibilidad de imputarlo a una Administración pública; la cual, para efectos metodológicos resulta conveniente subdividirla en dos partes independientes que son: 3.3.1. Las nociones básicas y 3.3.2. Las

¹⁸⁵¹ “Así, aunque el precepto aparece titulado como «Obligación de resolver», luego se emplea el término «deber», noción más general que, desprovista de las connotaciones individualistas del concepto subjetivo de «obligación», se acomoda mejor a la idea de competencia administrativa”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997. p. 473.

¹⁸⁵² “[...] aquel que –más correctamente- sostiene que la misma suja a continuación de la simple inobservancia de las prescripciones que determinan la expiración temporal de la acción administrativa, precindiendo de cualquier consideración sobre la fundamentación de la pretensión solicitada o sobre el éxito del procedimiento”.

“[...] quello che –più correttamente- ritiene che la medesima sorga a sèguito della semplice inosservanza delle prescrizioni che scandiscono sul versante temporale l’azione amministrativa, a prescindere da qualsiasi indagine sulla fondatezza della pretesa vantata dall’istante o sull’esito del procedimento”.

¹⁸⁵² ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010. pp. 44.

situaciones en que en que se presentará el quebrantamiento de la relación de causalidad en los casos de dilaciones procedimentales administrativas.

3.3.1. Nociones básicas.

El tercer de los elementos que se debe analizar para identificar la existencia de dilaciones indebidas procedimentales es la relación de causalidad entre la lesión y la imputación a alguna de las Administraciones públicas.¹⁸⁵³ Este requisito está establecido en el numeral 1 del artículo 139 al exigir <<que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios>>.¹⁸⁵⁴

Como lo explican Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández el problema de la relación de causalidad es bastante enredado; puesto que:

“[...] las dificultades nacen con el propio concepto de relación causal, que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, agrupados en una o varias series, que, a su vez, puedan ser autónomas entre sí o dependientes unas de otras, dotados en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal”.¹⁸⁵⁵

Se ha observado como existen diversas teorías para probar la relación de causalidad como las de causalidad adecuada, la equivalencia de condiciones o la imputación objetiva.¹⁸⁵⁶ Entre ellas la jurisprudencia, para los casos de inactividad de la Administración, ha elegido la teoría de la causalidad adecuada que escoge la causa con mayor relevancia en la producción del resultado y

¹⁸⁵³ “Para que haya responsabilidad de la Administración es preciso que exista una relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo determinante del daño y este mismo”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 87.

¹⁸⁵⁴ “Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#a139

¹⁸⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición, Madrid, Civitas, 2006. pp. 402-403.

¹⁸⁵⁶ “Se han formulado diversas teorías sobre la relación de causalidad, cuya importancia práctica se manifiesta en el supuesto en que la producción del resultado lesivo concurren varias causas”.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 512.

por esto, permite ponderar la indemnización cuando concurren simultáneamente la inactividad de la entidad y la acción de terceros o de la propia víctima.¹⁸⁵⁷

En este momento es interesante recordar que las dilaciones indebidas procedimentales se producen en casos de inactividad procedimental y por tanto, para analizar la relación de causalidad es determinante la existencia de un deber previo de actuar por parte de la Administración pública en concreto.¹⁸⁵⁸ El nexo de causalidad entre la lesión y la imputación siempre será observable por la ocurrencia de un funcionamiento anormal¹⁸⁵⁹ y el incumplimiento de la obligación de resolver.¹⁸⁶⁰

En síntesis, para probar la existencia del vínculo causal en los casos de dilación indebida procedimental, se debe demostrar que el incumplimiento de la obligación de resolver ha causado un perjuicio al asociado¹⁸⁶¹ o la verificación del nexo causal entre la decisión y sus efectos

¹⁸⁵⁷ “Y por último, la teoría de la causalidad adecuada distingue de entre las causas concurrentes la que tenga más relevancia en la producción de la lesión. De esta forma permite ponderar, por ejemplo, la indemnización correspondiente cuando concurren para la producción del daño no sólo la inactividad administrativa sino como también la acción de terceros o de la propia víctima”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. pp. 309-310.

¹⁸⁵⁸ “Por lo que se refiere a la responsabilidad por omisión debe tenerse siempre presente que *la existencia de un deber de actúe - constituye un presupuesto necesario de la responsabilidad patrimonial administrativa*. La garantía de los derechos de los ciudadanos debe quedí. circunscrita a su- justos límites, sin que aquéllos puedan pretender de la Administración más de lo *que* cabe Inferir de las disposiciones normativas conformes con la Constitución.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004. p. 295.

¹⁸⁵⁹ Como lo explica Luis Martín Rebollo en estos casos se debe “[...] poner prioritariamente el acento en el llamado funcionamiento anormal de la Administración, esto es, en la incorrecta o tardía actividad administrativa, tanto si ese funcionamiento anormal es debido a una culpa personal como si resulta atribuible a una y genérica <<culpa>> de la organización o del servicio”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 43.

¹⁸⁶⁰ “Transcurrido el plazo que corresponda, la falta de resolución expresa, se hayan o no contemplado los trámites previos, constituye un incumplimiento, por omisión del deber de resolver. A esta situación de funcionamiento anormal se refiere la inactividad singular o procedimental de la Administración”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 857.

¹⁸⁶¹ “De hecho será necesario indagar la relevancia causal que la violación del derecho asume en la determinación del contenido del acto”. (Traducción propia).

“Infatti, sarà necessario indagare la rilevanza causale che le violazioni del diritto assumo nella determinazione del contenuto dell’atto”.

LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009. p. 582.

jurídicos¹⁸⁶². Concretamente, se debe determinar la pérdida de la ventaja que sufrió el asociado afectado por el comportamiento inadecuado de la entidad.¹⁸⁶³

3.3.2. Situaciones en que se presentará el quebrantamiento de la relación de causalidad en los casos de dilaciones procedimentales administrativas.

Como lo afirma Jesús González Pérez al referirse al nexo causal, por regla general, se debe tener siempre presente que “[c]uando en esa relación no ha incidido ninguna otra causa, no se plantea problema alguno: será responsable la Administración pública”.¹⁸⁶⁴ Sin embargo, como lo matiza Luis Medina, “[...] hay veces en que intervienen auténticos imponderables, efectivamente determinantes del incumplimiento, que impiden el nacimiento del crédito resarcitorio”.¹⁸⁶⁵

De lo anterior se deriva que la causalidad se puede ver interrumpida cuando se presenta una causa extraña la cual debe ser analizada para entender sus características, sus efectos y el poder determinante en la producción del resultado final.¹⁸⁶⁶

¹⁸⁶² “El nexo causal entre la decisión final del procedimiento (providimento) y evento lesivo (privación de un bien, denegación de una utilidad) se podría decir *in re ipsa*, y no tiene necesidad de demostración. Por esto, la indagación sobre la relación de causalidad no desarrolla una función apreciable, si está referida a la verificación del nexo entre el hecho (la decisión final procedimental) y el evento (los efectos jurídicos producidos por la decisión final)”. (Traducción propia)”.
“Il nesso causale tra provvedimento e evento lesivo (privazione di un bene, diniego di un'utilità) si potrebbe dire *in re ipsa*, e non ha bisogno di dimostrazione. Per questo, l'indagine sul rapporto di causalità non svolge una funzione apprezzabile, se essa viene riferita alla verifica del nesso tra il fatto (il provvedimento) e l'evento (gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento)”.
TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009. pp. 62-63.

¹⁸⁶³ “La cuestión de fondo es la imposibilidad de afirmar la certeza del daño, o lo que viene a ser lo mismo, la de apreciar el nexo causal entre la pérdida de la utilidad deseada (por ejemplo el contrato administrativo o el puesto en una función pública) y la irregularidad administrativa, cuando la subsistencia de un margen de valoración discrecional impide realizar un pronóstico seguro en torno al resultado final que habría arrojado un procedimiento libre de irregularidades”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 201.

¹⁸⁶⁴ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 518.

¹⁸⁶⁵ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 337.

¹⁸⁶⁶ “Se apunta así claramente a lo que, dado el principio de la garantía de la víctima que inspira y da sentido a toda la institución, debe ser el la solución del problema de la causalidad: la exclusión de aquellos hechos que con toda evidencia, no hayan tenido ningún poder determinante en la producción del daño final (LEGUINA), planteamiento de carácter negativo que remite el análisis del problema de la causa extraña, es decir, al de aquellos supuestos en que le

Puntualizando, se debe decir que las principales causas de la ruptura de la relación causa-efecto, en el tema de las dilaciones indebidas procedimentales serán las siguientes tres: 3.3.2.1. La culpa de la víctima, 3.3.2.2. El hecho de un tercero, 3.3.2.3. La fuerza mayor. Adicionalmente, se hará mención a otras dos hipótesis que son 3.3.2.4. La excesiva complejidad del procedimiento y 3.3.2.5. La demora por la desmedida carga de trabajo; las cuales, como se explicará no producen el rompimiento del nexo causal, sino que en ocasiones son encuadrables en situaciones de fuerza mayor en caso de ser imprevisibles e inevitables.

3.3.2.1. La culpa de la víctima: El primer supuesto que se debe estudiar en cuanto al rompimiento de la relación de causalidad hace referencia a los casos en que la propia víctima influye con su comportamiento en la materialización de la dilación indebida procedimental.¹⁸⁶⁷ Estas situaciones se pueden presentar en dos hipótesis que son su desinterés y por su conducta obstruccionista dentro del procedimiento administrativo.

La desidia consiste en el desinterés que presenta el particular en el desarrollo del procedimiento realizando actos u omisiones que van dilatando el término hasta que se produzca su incumplimiento.¹⁸⁶⁸ Se presenta por ejemplo, cuando la Administración le pide al interesado que aporte documentos u otros elementos necesarios para el buen desarrollo del procedimiento y el particular no lo hace o lo hace con retraso sin ninguna justificación, con lo que se rompe el nexo

nexo de causalidad queda roto al interferirse una situación de fuerza mayor, al hecho de un tercero o, incluso, la propia conducta de la víctima”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimotercera Edición. Madrid. Civitas. 2006. p. 406.

¹⁸⁶⁷ “Por otra parte, no solamente habrá que examinar la inactividad administrativa sino también la conducta del afectado por la inactividad, que puede llegar a ser determinante en la estimación de si concurre o no la exigencia de la responsabilidad”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 338.

¹⁸⁶⁸ “Así ocurre por ejemplo, cuando es el propio interesado el que con su desidia retrasa la efectiva tramitación del procedimiento”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 228.

causal; al contrario, si se trata tan sólo de actuaciones opcionales del particular la Administración no podrá sostener que se ha destruido la relación de causalidad.¹⁸⁶⁹

La conducta obstruccionista es el ánimo que tiene el administrado en hacer que se llegue al vencimiento del término por medio de acciones u omisiones¹⁸⁷⁰ desplegadas conscientemente con el fin de estructurar la responsabilidad por dilación indebida procedimental. Ante este comportamiento mal intencionado del privado se rompe la causalidad, puesto que no es realmente culpa del ente de derecho público, castigando así la actuación inadecuada del sujeto privado.¹⁸⁷¹

En estos dos casos se debe tener en cuenta que por definición las dilaciones indebidas sólo son posibles cuando la demora es imputable en su totalidad a la Administración; puesto que, si el retraso injustificado ha sido parcialmente consecuencia del particular simplemente se presenta el rompimiento del nexo causal lo que se traduce, en que no se generará la responsabilidad del Estado.¹⁸⁷² Así mismo, se debe destacar el deber de impulso oficioso por parte de la Administración y por ende, en la mayoría de los casos se puede superar la pasividad del particular y la mayoría de los casos sólo serán imputables a la primera.

¹⁸⁶⁹ “En cambio, no romperán tal nexo de causalidad, aquellas conductas que si bien no estaba obligado a realizar el particular, están posibilitadas por el propio ordenamiento jurídico y hubieran causado la misma obligación reparadora”. AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 339.

¹⁸⁷⁰ “El interesado puede entorpecer también el desarrollo de un procedimiento eludiendo realizar ciertas actividades. Un supuesto claro es el de la falta de subsanación de los errores o deficiencias de la solicitud”.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 337.

¹⁸⁷¹ “Así, no cabrá aplicar el instituto de la responsabilidad cuando el particular lleve a cabo una conducta obstruccionista o que contribuyan a dilatar en el tiempo la tramitación del procedimiento. Este tipo de comportamiento distorsiona, por tanto, la tramitación del procedimiento y rompe el nexo de causalidad que hipotéticamente pudiera existir entre la actividad del órgano administrativo y dichos daños”.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. “Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 339.

¹⁸⁷² “No obstante lo anterior, y específicamente en los casos de dilaciones indebidas, atendiendo a la jurisprudencia, una dilación indebida sólo es en la medida que es imputable de modo exclusivo al órgano judicial, toda vez que cualquier falta de diligencia, culpa o dolo del perjudicado en la concurrencia de la dilación implicaría directamente su no consideración por dilación indebida”.

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. p. 122.

Para precisar, como lo explica claramente Luis Medina Alcoz: “En estas circunstancias, esa conducta constituye factor de liberación, pero no porque el tiempo empleado haya sido razonable o por la ausencia de imprudencia que esta circunstancia desde luego revela; sino sencillamente, porque la culpa (causa) exclusiva de la víctima constituye un hecho irresistible, es decir, una especie de fuerza mayor que libera (al aparente) agente dañoso en éste y en todo el ámbito de la responsabilidad”¹⁸⁷³.

3.3.2.2. Hecho de un tercero: La segunda situación que se debe analizar en la que pueda verse afectada el nexo de causalidad es cuando una persona extraña tanto a la Administración como al administrado interviene en el procedimiento desviando el curso normal de los hechos y cuya intervención acarrea como resultado el incumplimiento de la obligación de resolver dentro de un determinado plazo.

En estos casos son personas desconocidas que coadyuvan en la producción de la lesión antijurídica por medio de su comportamiento¹⁸⁷⁴ y en estos casos, lo importante es determinar el grado de participación que ha tenido el tercero en la producción del daño para poder determinar el nivel de responsabilidad que tiene tanto la Administración como el tercero.¹⁸⁷⁵

En este orden de ideas, corresponde determinar por la doctrina y en el caso concreto por la jurisprudencia para encuadrar la situación en alguna de las tres hipótesis posibles que son: 1. Si el daño ha sido exclusivamente causado por el agente extraño, donde se romperá el nexo de causalidad y la Administración no será responsable; 2. Si la actuación del tercero conjuntamente

¹⁸⁷³ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 337.

¹⁸⁷⁴ “Con frecuencia se trata de casos de responsabilidad por omisión en los que coadyuvan al daño causas o personas desconocidas”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005. p. 90.

¹⁸⁷⁵ “Como se ha venido diciendo, no es infrecuente y muestra de ello se encuentra en la jurisprudencia y los dictámenes del Consejo de Estado, que en la producción del daño concurra también un tercero, en cuyo caso será necesario descifrar a la luz de los datos concretos si su participación ha excluido la responsabilidad o no, pudiendo en este último caso moderar la misma”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 66.

con la acción administrativa ha causado el daño, casos en que se producirá una coparticipación y

3. Cuando la intervención del tercero ha sido tan insignificante que no ha influido realmente en el nexo causal y de esta forma, sólo será responsable la entidad de derecho público.

En todo caso como lo explica el profesor Jesús González Pérez en los casos de responsabilidad conjunta o “[...] cuando concurre la acción del tercero en la producción del daño, por lo general, se mantiene la responsabilidad de la Administración, salvaguardando así los intereses de la víctima”.¹⁸⁷⁶ Esto obedece a que, por regla general, la capacidad económica del particular es inferior a la del gobierno español y esto también se aplicará si el interviniente es uno de sus agentes.¹⁸⁷⁷

Por último, se debe transcribir la pertinente observación que hace Luis Medina Alcoz en cuanto que en ocasiones la demora puede ser causada por otra entidad o como el mismo lo explica:

“Es posible que el incumplimiento sea imputable a otra Administración distinta de la encargada de resolver el procedimiento porque, por ejemplo, aquélla se demorase en la entrega de un informe importante. El interesado podrá reclamar la indemnización a cualquiera de las dos por la regla de la solidaridad (artículo 140.1 LPC); pero si la que resulta finalmente obligada es la que debió dictar en tiempo la resolución, podrá repetir contra la otra, que es la que imposibilitó materialmente la tempestiva definición del procedimiento”.¹⁸⁷⁸

3.3.2.3. Fuerza mayor: El tercer caso del rompimiento del nexo causal es la fuerza mayor, supuesto que está incluido en el numeral 1 del artículo 139 de la Ley 30 de 1992¹⁸⁷⁹; donde se afirma que no habrá responsabilidad en los casos en que haya daño, puesto que la ocurrencia de

¹⁸⁷⁶ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 536.

¹⁸⁷⁷ “Nótese, en primer lugar, que las autoridades y funcionarios carecen por lo común de los recursos patrimoniales necesarios para reparar muchos de los daños que ocasionan, algunos de los cuales revisten una extraordinaria magnitud. Las Administraciones públicas, en cambio, muy difícilmente serán insolventes”.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010. p. 689.

¹⁸⁷⁸ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 337.

¹⁸⁷⁹ “Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#a139

un hecho catalogado como fuerza mayor trae como efecto la ausencia de la relación de causalidad.¹⁸⁸⁰

Se debe tener en cuenta que la *vis maior* no es definida por normas de derecho público y de esta manera, es necesario remitirse a la noción proporcionado por el derecho privado en el Código Civil y por los desarrollos en la materia en derecho administrativo.¹⁸⁸¹

Una muy interesante definición es proporcionada por Jesús González Pérez para quien: “La fuerza mayor se define como aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación”.¹⁸⁸²

De lo antedicho se desprende, como lo explica Concepción Barrero Rodríguez “[...] para que se presente la exclusión de la responsabilidad es necesario que el daño cuya indemnización se reclame guarde la debida relación de causalidad con un acontecimiento ajeno a la Administración y de carácter imprevisible o inevitable”.¹⁸⁸³

Se debe enfatizar que estos hechos inevitables o imprevisibles que pueden llegar a configurar una hipótesis de fuerza mayor, en España tiene una valoración particular puesto que es

¹⁸⁸⁰ “De este modo, la presencia de la fuerza mayor no supone negar la existencia del daño sino simplemente la falta de relación de causalidad, de ahí que se estudie en este punto”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC”. En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009. p. 68.

¹⁸⁸¹ “La falta de una definición normativa de la fuerza mayor obliga al estudio, necesariamente casuístico, de los muchos supuestos en los que tanto el Consejo de Estado, hoy también los Consejos consultivos autonómicos, como el Tribunal Supremo han debido pronunciarse sobre la existencia o no de la fuerza mayor invocada por la Administración como causa liberadora de su responsabilidad, al objeto de averiguar si en su doctrina y jurisprudencia puede allarse esa noción que la norma ofrece”.

BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Editorial Aranzadi. S.A. Pamplona. 2009. pp. 83-84.

¹⁸⁸² GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006. p. 399.

¹⁸⁸³ BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Editorial Aranzadi. S.A. Pamplona. 2009. p. 200.

la única excepción que consagra la ley en materia de responsabilidad que puede romper la causalidad.

Para cerrar, es pertinente mencionar que en los casos en que se configure una dilación indebida procedimental, la Administración causante del daño debe probar la ocurrencia de la fuerza mayor para no tener que responder patrimonialmente.¹⁸⁸⁴

3.3.2.4. La excesiva complicación del procedimiento: Tradicionalmente, para la doctrina mayoritaria española otra hipótesis en la que se ha permitido a la Administración liberarse de su responsabilidad ha sido en las situaciones en que el procedimiento administrativo ha sido tan complicado que se considera que el término razonable incluirá la ampliación del término legalmente establecido.¹⁸⁸⁵

Al lado de esta interpretación general, se está construyendo una posición alternativa más cercana a las nuevas tendencias del procedimiento administrativo español y a los principios que deben orientar sus desarrollos. Algunos de sus principales exponentes son Ricardo Rivero Ortega y Luis Medina Alcoz, quienes no consideran que las entidades estatales se puedan excusar en la extraordinaria dificultad del procedimiento y que la noción de plazo razonable ha permitido que las Administraciones públicas injustamente desconozcan el término de finalización del procedimiento y la obligación de resolver.

A continuación se expondrán algunas consideraciones planteadas por estos autores aclarando nuevamente que sólo se romperá el nexo causal cuando se comprueben que la

¹⁸⁸⁴ “Como anteriormente se ha manifestado, se trata del único requisito en donde la carga de la prueba pesa sobre la Administración [...]”.

RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009. p. 123.

¹⁸⁸⁵ “La variación, complejidad y vicisitudes que rodean su tramitación son tan diversas que de alguna manera hay que salvaguardar la responsabilidad, no sólo personal del funcionario encargado de su tramitación, sino incluso de la propia Administración. De ahí que cuando esté justificado el retraso en función de las circunstancias concretas del caso, no proceda responsabilidad administrativa alguna”.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990. p. 228.

complicación es de tipo extraordinaria¹⁸⁸⁶; es decir, que cumpla con los requisitos de ser: Impredecible y/o inevitable¹⁸⁸⁷.

En este orden de ideas, como lo afirma el profesor de la Universidad de Salamanca Ricardo Rivero Ortega en la mayoría de los casos no es posible aducir a la excesiva complicación del procedimiento como agente extraño que interrumpa el nexo causal; puesto que, el mismo ordenamiento jurídico ha dotado a las Administraciones públicas con una serie de mecanismos que les permita cumplir con la obligación de resolver.¹⁸⁸⁸

Finalmente, como lo aclara Luis Medina Alcoz profesor de la Universidad Complutense de Madrid en cuanto al rompimiento del nexo causal en los casos de responsabilidad por dilación indebida procedimental:

“Ahora bien, y téngase en cuenta que se trata de una advertencia de orden abstracto, cuando el retraso obedece a circunstancias que no son extraordinarias porque la Administración los tuvo (o debió tenerlos) en cuenta al programar el plazo máximo de terminación, no habrá, en principio, posibilidad de exoneración. En efecto, no puede decirse que la demora y los factores que la causan fueran imprevisibles, por lo que la Administración sólo podrá liberarse demostrando que la excesiva dilatación temporal era inevitable porque era radicalmente imposible poner término al procedimiento en menos de seis meses (que es el lapso dentro del cual la Ley autoriza que la Administración concrete el plazo máximo de terminación); o por alguna otra circunstancia de la que se tenga la debida constancia en el expediente”.¹⁸⁸⁹

3.3.2.5. Demora por el excesivo trabajo: De igual manera, la doctrina imperante considera que se presentará una exclusión de la responsabilidad de la Administración en los casos en que se

¹⁸⁸⁶ “Por otra parte, si la tramitación de un procedimiento se complica *extraordinariamente*, dilatándose en el tiempo más allá del límite reglamentario o legal, no habrá tampoco responsabilidad porque el retraso y los daños que éste genere no son imputables a la Administración, sin que deba, por tanto, acudir a otro tipo de argumentación”.

¹⁸⁸⁶ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 339.

¹⁸⁸⁷ Como se puede observar estas situaciones se excluyen al ser casos más cercanos a una fuerza mayor que a una verdadera complicación procedimental.

¹⁸⁸⁸ “Todas estas consideraciones sobre la suspensión y la ampliación de los plazos para el cumplimiento de la obligación de resolver nos demuestran que en la redacción e interpretación de la Ley se puede dejar un margen más que suficiente a la Administración para no verse sorprendida o superada por múltiples circunstancias a la hora de cumplir con su deber de dictar una resolución expresa. La mayoría de las dificultades que pueden presentársele han sido contempladas en la norma”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. pp. 274-275.

¹⁸⁸⁹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 339.

presente un incremento bastante amplio en la carga laboral en cuanto al número de los procedimientos administrativos; por ende, en muchas ocasiones el plazo legal no coincide con el plazo razonable.¹⁸⁹⁰

Siguiendo nuevamente a Ricardo Rivero y a Luis Medina Alcoz es acertado establecer que la excesiva carga laboral, por regla general, no rompe el nexos causal y solamente sucederá esto cuando sea posible enmarcarlo en los supuestos de casos extraordinarios es decir impredecible y/o inevitable.

Así, Luis Medina Alcoz opina, en cuanto al retardo por exceso de trabajo que: “En este caso, puede ser extremadamente difícil mantener el ritmo resolutivo que imponen los plazos máximos de terminación. Pero la Administración no podrá tratar de liberarse probando esta contingencia si la acumulación de expedientes era previsible porque pudo ponderarse esta incidencia al fijar el tiempo del procedimiento”.¹⁸⁹¹

En igual sentido Ricardo Rivero Ortega considera que el legislador fue consciente de esta posible carga de trabajo por lo que dotó a la Administración de los mecanismos suficientes para que puedan cumplir con los plazos.¹⁸⁹² De este modo, dejó que la Administración pública pueda fijar sus propios plazos para cumplir con el procedimiento¹⁸⁹³; estableció las situaciones en que se

¹⁸⁹⁰ “Acabamos de ver que no existe tanto un deber de resolver en plazo legal, cuanto de hacerlo en un plazo razonable, de modo que los principios de eficacia, celeridad, especialidad, relatividad y razonabilidad son indispensables para la determinación del plazo de resolución. También se ha puesto de relieve la autonomía o sustantividad del plazo para resolver (plazo razonable no necesariamente coincidente con el legal) y del plazo del silencio administrativo (que es, en todo caso, el legalmente señalado)”.

GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002. p. 514.

¹⁸⁹¹ MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005. p. 339.

¹⁸⁹² “Que los incrementos de trabajo se conviertan en la razón principal de la relativización del cumplimiento de los plazos por parte de la Administración nos parece arriesgado desde el punto de vista del Estado de Derecho, en su elemento de búsqueda de previsibilidad del ejercicio del poder, pues esta relativización, considerada como normal — admitiendo que la normalidad es en nuestra Administración excepcional, y que casi nunca da tiempo a contestar en plazo— menoscaba la eficacia y el sentido de las normas de procedimiento administrativo”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 282.

¹⁸⁹³ “De manera que frente a situaciones anticipables de multiplicación del trabajo la Administración debe calcular sus propias capacidades y los tiempos requeridos para responder al crecimiento de la demanda (del número de interesados) y, o bien establecer desde el principio un plazo largo de tramitación de los procedimientos (para los procesos

puede ampliar o suspender los términos¹⁸⁹⁴ y en ocasiones, en que realmente sea anormal se podrá recurrir a las categorías generales del derecho público, con base en las cuales cualquier tribunal aceptaría dichas situaciones como claras excepciones.¹⁸⁹⁵

CONCLUSIONES

1. La cláusula general de responsabilidad de las Administraciones públicas españolas es un instrumento que permite controlar la acción estatal en los casos en que se presente un funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos y que facilita indemnizar los daños patrimoniales causados a los particulares si se cumplen los requisitos de que exista una lesión antijurídica, que sea imputable a una entidad del Estado y medie una relación de causa-efecto entre las dos anteriores.

extraordinarios, como la regularización de inmigrantes) o bien asignar de antemano a las oficinas públicas que van a recibir un aluvión de expedientes los medios necesarios para tramitarlos en los tiempos adecuados”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 274.

¹⁸⁹⁴ “Pero no puede decirse que el legislador no haya tenido presentes la complejidad, el volumen de trabajo y los distintos incidentes que pueden plantearse en el curso de la tramitación de los expedientes, contemplando casi todas las situaciones que pueden requerir alteraciones en los plazos de la obligación de resolver. Así que el artículo 42 no se limita a endosar el cumplimiento de una obligación a los órganos administrativos, asignando plazos inflexibles para ello, sino que también prevé los supuestos en los que tales plazos pueden requerir suspensiones o ampliaciones, lo que cabalmente es necesario para adaptar las normas a la realidad compleja de los procedimientos”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 271.

¹⁸⁹⁵ “Por supuesto, siempre es posible que se den circunstancias de incremento espectacular del trabajo sin posibilidad alguna de responder al mismo, ni de cumplir las normas procedimentales por razones extraordinarias. Pero el Derecho público contempla estas situaciones, recurriendo a las categorías especiales, y al concepto de necesidad, para permitir excepciones que cualquier tribunal aceptaría tras contrastar la verdadera concurrencia de las circunstancias excepcionales”.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. “La obligación de resolver”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006. p. 283.

2. Este amplio régimen de responsabilidad objetivo admite reconocer teóricamente cualquier tipo de lesión que se presente, por lo que sería posible que la Administración respondiera por los daños causados a los particulares dentro de la realización de los procedimientos administrativos; pese a esto, las lesiones por actividad procedimental no han sido adecuadamente desarrolladas por el legislador y en la actualidad se mantiene un gran vacío sobre la materia.

3. Algunas de las razones que han contribuido a mantener el poco desarrollo de las lesiones procedimentales en el sistema de responsabilidad pública han sido: La oposición histórica a la responsabilidad por omisión o inactividad, el considerar que realmente no se puede causar un daño relevante a los asociados por los trámites procedimentales, la dificultad de determinar cuál es su fundamento jurídico y la gran complicación que se presenta al tratar de encuadrar los daños procedimentales dentro de un tipo específico.

4. La situación de irresponsabilidad procedimental española no se presenta en otros países como en Italia, donde se ha podido determinar que existe la posibilidad de reconocer los daños procedimentales y se ha construido tanto una amplia doctrina como una importante jurisprudencia sobre la materia.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario hacer uso de la metodología del derecho comparado para abordar el ordenamiento jurídico italiano y lograr así, seleccionar parte del conocimiento desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia de ese país y poderla introducir al ordenamiento jurídico español en los puntos que resulte acorde a sus principios. Esto porque en materia de responsabilidad procedimental el derecho italiano, es mucho más avanzado que el régimen español.

6. De igual manera, debe ser recurrente apoyarse en el Derecho comunitario ya que, éste presenta un amplio desarrollo de principios íntimamente relacionados con las demoras procedimentales, como los de buena administración, procedimiento administrativo debido y la tempestividad en el cumplimiento de los plazos.

7. Concentrándose nuevamente en el caso español, aunque la experiencia no ha sido del todo negativa, se ha venido introduciendo paulatinamente la posibilidad de condenar a las Administraciones públicas por su inactividad formal o procedimental; pero, en la práctica no parece consolidarse una línea de pensamiento claro en este sentido y mucho menos, tan elaborado como ocurre en el derecho italiano.

8. Concretamente, el ordenamiento jurídico español en materia de responsabilidad por los retrasos en la finalización del procedimiento, ha avanzado en los últimos años basado en los principios de buena administración, celeridad, debido procedimiento y tempestividad; no obstante no se ha podido consolidar un verdadero daño por las demoras causadas dentro del desarrollo de los procedimientos administrativos.

9. En este mismo sentido, ha supuesto un gran paso la introducción de la imperatividad del cumplimiento de los tiempos procedimentales y en concreto, la consagración legislativa de la obligación de resolver en término los procedimientos por parte de las entidades del Estado; no obstante, la interpretación mayoritaria se ha desprendido de su lectura natural haciendo una artificiosa construcción que le da a este postulado el valor de una simple sugerencia o deber por parte de la Administración.

10. En Italia la concepción de la obligatoriedad de los términos es diferente, lo que les ha permitido entender que los tiempos tienen que ser cumplidos por las Administraciones públicas y en caso de ser desconocidos, generando daños a los asociados, deben indemnizarlos patrimonialmente al vulnerar los derechos a los particulares. De esta forma, se ha creado una muy interesante clasificación en materia de daños procedimentales y se ha introducido normativamente en la Ley 69 de 2009 la responsabilidad del Estado por daño de retardo.

11. En este orden de ideas, corresponde afirmar que España en materia de daños procedimentales debe seguir el ejemplo italiano, concentrándose en el estudio de estos supuestos. Concretamente, en cuanto al daño por el incumplimiento de los términos para finalizar los procedimientos debe acercarse tanto hacia la legislación italiana como a su jurisprudencia sobre el daño de retardo, con el fin de lograr una verdadera regulación sobre la materia acorde con las necesidades de un régimen de responsabilidad para implementarlo en España.

12. Con todo, el ejercicio no consiste en trasladar automáticamente el modelo italiano, sino entender las particularidades del caso español y del sistema de responsabilidad estatal objetivo, que se ha ido construyendo desde la segunda mitad del siglo veinte, con el fin de que se armonice la responsabilidad procedimental con el régimen de responsabilidad vigente en España y de introducir los ajustes necesarios sin causar traumatismos o contradicciones internas, que dificulten o hagan impracticable su aplicación en la realidad.

13. Haciendo un recorrido tanto por la Constitución como por la normatividad sectorial resulta evidente que no existe motivo para no reconocer la responsabilidad procedimental, como uno de los supuestos que debe ser indemnizado por parte de las Administraciones públicas españolas en caso de generar perjuicios a los privados. Al contrario, mantener la irresponsabilidad por demoras en la resolución del procedimiento contraviene simultáneamente las orientaciones del derecho interno y los lineamientos del derecho comunitario.

14. De lo antedicho, resulta necesario introducir la responsabilidad de las Administraciones públicas por las dilaciones indebidas procedimentales, entendiendo como tales los casos en que se produce el incumplimiento de la obligación de resolver dentro del plazo determinado los procedimientos administrativos. En estas situaciones la entidad incumplidora puede causar perjuicios patrimoniales a los administrados y por ende, están compelidos a indemnizar reparando las lesiones causadas por su desidioso comportamiento.

15. Así mismo, es pertinente recordar que tampoco es conviene traspasar la definición de dilación indebida procesal; debido a que, el procedimiento presenta tanto similitudes como diferencias con respecto al proceso administrativo y por ende, para no caer en impropiedades es necesario delimitar claramente estas dos figuras y tener siempre presente que son dos instituciones diversas.

16. Según lo advertido a lo largo de este trabajo, la responsabilidad por dilaciones indebidas dentro del procedimiento, se debe enmarcar dentro de los supuestos de funcionamiento anormal de las Administraciones públicas por inactividad. Esto significa que debe

existir un fundamento jurídico que obligue a la Administración a actuar en determinado sentido, es decir el cumplimiento de la obligación de resolver durante el término establecido.

17. Adicionalmente, se debe tener siempre presente que la responsabilidad por dilaciones indebidas no pueden presentarse en todos los tipos de procedimientos, sino que es propia de los procedimientos ampliatorios, en los que por definición se puede presentar un incremento patrimonial en la esfera jurídica del privado. En cambio, en los procedimientos ablatorios solamente se puede presentar lesiones frente a terceros, puesto que el titular se verá premiado si se presenta el vencimiento del término sin una resolución procedimental.

18. Otra precisión conceptual a la que se ha llegado es que la lesión por dilaciones indebidas procedimentales propuesta no corresponde a la definición de daño de retardo italiana, sino que va más allá incluyendo lo que la doctrina ha denominado daño de incerteza y que desafortunadamente la jurisprudencia italiana no ha querido reconocer.

19. La noción de dilaciones indebidas propuesta es mucho más amplia e indemnizará tanto las lesiones producidas por el daño de retardo como las atribuibles al daño de incerteza; es decir, reconocerá todas las hipótesis, sin supeditarse a que el resultado del juicio pronóstico sea positivo para el solicitante. Lo cual significa que en los casos en que no fuera favorable el resultado también será posible el resarcimiento del daño.

20. Concretamente, para que se configure una dilación indebida procedimental es necesario que confluayan tres requisitos fundamentales generales que son: 1. La lesión antijurídica, 2. La imputación y 3. La relación de causalidad. Sin embargo, se debe tener muy presente sus particularidades al ser un supuesto de inactividad procedimental.

21. En cuanto a la lesión se debe afirmar que se configurará en el momento en que se viole el derecho del particular a tener una respuesta oportuna por parte de la Administración, que generalmente será el plazo establecido legalmente. Pero, se debe ser riguroso al percatarse de que concurren todas las características del daño, es decir que sea efectivo, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico.

22. Haciendo referencia a la imputación se debe enfatizar en que uno de los puntos más relevantes es que en la dilación indebida procedimental es necesario probar la presencia de culpa o dolo por parte de la Administración. En otras palabras, no se tratará de un régimen de responsabilidad objetiva, puesto que es necesario probar como título el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

23. La causalidad que se debe presentar en las dilaciones indebidas es la relación causa-efecto entre el daño y la imputación. Este vínculo se puede romper, o al menos debilitar, cuando en el procedimiento se presenta: La intervención de un tercero, el comportamiento incorrecto del peticionario o la presencia de un supuesto de fuerza mayor.

24. Finalmente, parece adecuado que se introduzca un numeral 8 al artículo 42 de la Ley 30 de 1992 con el propósito de fortalecer la obligación de resolver en España y atribuirle la responsabilidad patrimonial a la entidad incumplidora del término plazo, en los siguientes términos:

“Artículo 42. La obligación de resolver.

8. Las Administraciones públicas españolas están obligados al resarcimiento del daño injusto ocasionado en consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del término de conclusión del procedimiento”.

FUENTES INCLUIDAS.

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. “El silencio administrativo proceso evolutivo y claves del régimen actual”. En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006.

- AGUADO I CUDOLA, Vicenc y NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial por inactividad de la Administración". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. "La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 126. Abril-junio. 2005.
- ALLI ARANGUREN, Juan. "La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo". En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007.
- ALONSO IBÁÑEZ, Rosario. "El incumplimiento de la obligación de resolver". En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006.
- ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Valencia. Tirant lo blanch. 2009.
- ANGELONE, Marco. *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli. 2010.
- ARQUILLO COLET, Begoña. *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Editorial Atelier. Barcelona. 2008.
- AVANZINI, Giulia. *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova. 2007
- BARNES VÁZQUEZ, Javier. *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993.
- BARNÉS Javier. "Introducción: hacia el derecho público europeo. En *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1993.
- BARNES, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2006.
- BARNES, Javier. "El procedimiento administrativo en transformación". En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008.
- BARNES, Javier. "La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional". En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008.

- BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Editorial Aranzadi. Pamplona 2009.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid. Editorial Tecnos. 1997.
- BERBEROFF AYUDA, Dimitry y SOSPEDRA NAVA, Francisco José. *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*. Volumen II. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006.
- BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Quinta Edición. Madrid. Civitas. 2001.
- BERMEJO VERA, José y otros. *Derecho Administrativo. Parte General*. Sexta Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. Thomson-Civitas. 2005.
- BERMEJO VERA, José. "El principio de seguridad jurídica". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- BERMEJO LATRE, José Luis. "Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 124. Octubre-diciembre. 2004.
- BLANQUER, David. *Curso de Derecho Administrativo III*. El fundamento y el control. Valencia. Tirant lo blanch. 2006.
- BLASCO Avelino. "La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 53. Enero-marzo. 1987.
- BRIONES, José. "¿Puede la Administración impunemente utilizar el silencio y el tiempo en el trámite del recurso contra las sanciones administrativas?". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 133. Enero-marzo. 2007.
- CABALLEIRA RIVERA, María. "¿Gozan de derechos fundamentales las Administraciones públicas?". En *Revista de Administración Pública*. Número 158. Mayo-agosto. 2002.
- CANO CAMPOS, Tomás. "Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la legislación vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia constitucional". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 122. Abril-junio. 2004.
- CANO CAMPOS, Tomás. "El plazo para recurrir e silencio negativo de la Administración de una normativa contradictoria a una jurisprudencia confusa". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 139. Julio-septiembre. 2008.

- CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo: 1. Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Terza Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009
- CASSETTA, Elio. *Manuale di diritto amministrativo*. Undicesima Edizione. Giuffrè Editore. Milano. 2009.
- CASTAÑO SANCHO, Almudena. "La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contencioso-administrativa". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 101. Enero-marzo. 1999.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. "Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?". En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo. *Linemaneti di diritto amministrativo*. Seconda Edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2010.
- CHIEPPA, Roberto e GIOVAGNOLI, Roberto. *Manuale Breve: Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Percorsi. 2009.
- CHINDEMI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*. Seconda Edizione. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010.
- CIERCO SEIRA, César. "El principio de audiencia y contradicción". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- CIERCO SEIRA, César. "La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo". En *Revista española de derecho administrativo*. Número 145. Enero-marzo. 2010.
- CLARICH, Marcello. *Termine del procedimento e potere amministrativo*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1995.
- COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. Barcelona. Cuarta edición. Editorial BOSCH. 2007.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo I*. Decimosexta edición. Navarra. Civitas. 2005.
- CORRADINO, Michele e la altri. "Prefazione". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.
- CORSO, Guido e FARES, Guarino. *La responsabilità della pubblica amministrazione: Casi di Giurisprudenza*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009.

- CORSO, G. "La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita". En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009.
- CORTESE, Fulvio. *La questione della pregiudizialità amministrativa*. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale. CEDAM. Padova. 2007.
- CUETO PEREZ, Miriam. "Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la Reforma de la Ley 30/92". En *Revista de Administración Pública*. Número 152. Mayo-agosto de 2000.
- DAGNINO GUERRA, Alfredo. "Sobre la aplicación extensiva de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños sufridos por entidades públicas". En *Revista española de derecho Administrativo*. Número 92. Octubre-diciembre. 1996.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA. RAE. Vigésima segunda Edición. España. 2011. <http://www.rae.es/rae.html>
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Colección Espasa Siglo XXI. Nueva Edición. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2001.
- DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda Edición. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2004.
- DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín y otros. *Manual de responsabilidad pública*. Abogacía General del Estado. Director Joaquín De Fuentes Bardají. Madrid. Ministerio de Hacienda y Economía y Ministerio de Justicia. 2004.
- DE LA SIERRA, Susana. *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*. Derecho Público comparado y Derecho Administrativo europeo. Thomson civitas. Madrid. 2004.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. "El principio de equidad". *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- DEL GIUDICE, Federico e altri. *Diritto Amministrativo*. XXIII Edizione. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2010.
- DELPINO, Luigi e DEL JUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. XXV Edizione. Serie Manuali. Edizione Giuridiche Simone. Napoli. 2008.
- DE MARZO, Giuseppe e altri. *Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*. CEDAM. Padova. 2008.
- DE PRETIS, Daria. "Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei". En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008.

- DE ROBERTO, Alberto. *L'attività Pubblicistica dell'Aministrazione*. G. Giapichelli Editore. Torino. 2010.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. "El principio de equidad". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. "El principio de la interdicción de la arbitrariedad". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- DIEZ SÁNCHEZ, Juan. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992.
- DÍAZ GOMEZ, Mariano. *El silencio administrativo positivo en la Ley 30/1992 de 29 de noviembre y su incidencia en los actos de gestión y de control urbanístico*. Madrid. DYKINSON. 1994.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel. "La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 125. Enero-marzo. 2005.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel. "Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?". En *Revista de Administración Pública*. Número 183. Septiembre-diciembre. 2010.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel. "El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos". En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- DROMI, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*. Madrid. Editorial Grouz. 1986.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. "Responsabilidad e inactividad de la Administración". En *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Marcial Pons. Valladolid. 1999.
- ENTRENA CUESTA Rafael. "Responsabilidad e inactividad de la administración: Notas para un intento de reelaboración". En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2000.
- ESTEVE PARDO, José. "La protección de la ignorancia exclusión de responsabilidad por riesgos desconocidos". En *Revista de Administración Pública*. Número 161. Mayo-agosto de 2003.
- FALCON, Giandomenico. *Lezioni di Diritto Amministrativo I. L'attività*. Seconda Edizione. CEDAM. Padova. 2009.

- FALCON, Giandomenico. "La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo". En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Dott. A, Giuffrè Editore. 2009.
- FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. "El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración". En *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Madrid. Editorial Moneda y Crédito. 1977.
- FESTA, Giancaludio. "Il danno da ritardo nella Pubblica Amministrazione procedimentalizzata". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.
- FRACCHIA, F. "L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione". En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009.
- GALGANO, Francesco. *I fatti illeciti*. Corso di diritti Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Millani. Pavoda. 2008.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús. "Los vicios del procedimiento y el principio de conservación del acto: Doctrina constitucional". En *Revista de Administración Pública*. Número. 171. Septiembre-diciembre. 2006.
- GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2006.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo y RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. "Prólogo". En *El derecho a una buena Administración pública*. Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008.
- GARCÍA RUIZ, María del Pilar. *Formularios criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Comares, S.L. Segunda Edición. Granada. 1998.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1990.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. "¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?". En *Revista de Administración Pública*. Número. 163. Enero-abril. 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid. Civitas. 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo II*. Décima Edición, Madrid, Civitas, 2006.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Estado español*. Madrid. Civitas. 2007.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. "Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento". En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008.
- GARCÍA PONS, Enrique. *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*. Barcelona. José María Bosh Editor. 1997.
- GARRIDO FALLA, Fernando. "El concepto de servicio público en el Derecho español". En *Revista de Administración Pública*. Número 135. Septiembre-diciembre. 1994.
- GARRIDO FALLA, Fernando. "Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 94. Abril-junio. 1997.
- GARRIDO FALLA, Fernando. "El procedimiento administrativo de 1950 a hoy". En *Revista de Administración Pública*. Número. 150. Septiembre-diciembre. 1999. p. 128.
- GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José. *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*. Tercera Edición. Madrid. Civitas. 2002.
- GARRIDO MAYOL, Vicente. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Valencia. Tirant lo blanch. 2004.
- GIOVAGNOLI, Roberto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Teoria e pratica del diritto. Giuffrè Editore. Milano. 2010.
- GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Primera Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 1997.
- GÓMEZ PUENTE, Marco. *La inactividad de la Administración*. Segunda Edición. Navarra. Aranzadi Editorial. 2002.
- GÓMEZ PUENTE, Marco. "El silencio y la inactividad de la Administración". En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. "El silencio administrativo ficción, trampa y caos". En *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública*. VI Jornadas Hispano-argentinas de derecho administrativo en homenaje al profesor Laureano López Rodó. Instituto nacional de Administración pública. Madrid. 2001.

- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Segunda Edición. Madrid. Civitas Ediciones. 2002.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Cuarta Edición. Madrid. Thomson-civitas. 2006.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Ley 30 de 1992, de 26 de noviembre*. Tomo II. Cuarta Edición. Navarra. Thomson-civitas. 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El silencio Administrativo y los plazos para incoar procesos en relación al acto presunto”. En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*. Sistemas de Derecho y Economía. Navarra. Civitas. 2009.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “La responsabilidad administrativa en los casos de <<colaboración de los particulares en el ejercicio de las funciones administrativas>>”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 123. Julio-septiembre. 2004.
- GÓNZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Navarra. Editorial Aranzadi. 2008.
- GONZÁLES-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V. Derecho urbanístico. Volumen II. Navarra. ARANZADI. 2008.
- GRASSO, Octavio e altri. “I principi generali dell’attività amministrativa”. En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.
- GUILLÉN PÉREZ. María. *El silencio administrativo*. El control judicial de la inactividad administrativa. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. “La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas”. En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo II. Coordinador Francisco Sosa Wagner. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2000.
- IVARS BAÑULS, José Antonio y VILLARINO SALAMEA, Gonzalo. “Prólogo” (Enrique Sánchez Goyanes). *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección estudios. 2003.
- KLUTH, Winfried y NUCKELT, Jana. “La legislación de procedimiento administrativo y la generación de conocimiento en el ámbito de la Administración Pública”. En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008.

- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Responsabilidad de la Administración causados por el sujeto autorizado". En *Revista de Administración Pública*. Número 155. Mayo-agosto de 2001.
- JORDANO FRAGA, Jesús. "La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de noviembre 26 o inicio de la demolición del sistema de *responsabilidad objetiva* de las Administraciones públicas". En *Revista de Administración Pública*. Número 149. Mayo-agosto de 1999.
- LARICCIA, Sergio. *Diritto amministrativo*. Volume II. Seconda Edizione. CEDAM. Italia. Padova. 2006.
- LEGUINA VILLA, Jesús. "La responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas Regionales o Locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos". En *Revista de Administración Pública*. Número. 92. Mayo- agosto. 1980.
- LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Madrid. Editorial Tecnos. Segunda edición. 1983.
- LEGUINA VILLA, Jesús. "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 136. Octubre-diciembre 2007.
- LIBERATI, Alessio. *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*. Il diritto amministrativo. Manuali professionali. Volume secondo. CEDAM. Padova. 2009.
- LONGO, Filippo. "Presentazione del tema del Convegno". En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989.
- LOPÉZ MENUDO, Francisco. "Ponencia completa titulada: Los principios generales del procedimiento Administrativo". En *Revista de Administración Pública*. Número 129. Septiembre diciembre de 1992.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco. "Los principios generales del procedimiento administrativo". En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnes. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993.
- LOPEZ RAMÓN, Fernando. "Sobre las influencias italianas en el Derecho Administrativo español". En *Revista española de derecho administrativo*". Número 150. Abril-junio. 2011.
- MAGIDE HERRERO, Mariano. "El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos". En *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Marcial Pons. Valladolid. 1999.

- MARGINESU, Maria e LIBERATI, Alessio. *Il risarcimento del danno da provvedimento amministrativo. Annullamento pregiudiziale dell' atto*. Maggioli Editore. 2008
- MARIANI, Marco e altri. *Guida alla legge N. 241 de 1990*. Nuova giuridica. Matelica. 2010.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones". En *Revista de Administración Pública*. Número 150. Septiembre-diciembre de 1999.
- MARTIN REBOLLO, Luis. "Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (España)". En *Revista de Administración pública*. Número 91. Enero-abril. 1980.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*. Primera Edición. Madrid. Iustel. 2005.
- MARTÍN REBOLLO, Luís y otros. "La Responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: Nota introductoria". En *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Luís Martín Rebollo (Coordinador). Madrid. Consejo General del poder judicial. Madrid. Mateu Cromo, S.A. 1996.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. *Jueces y responsabilidad del Estado: El artículo 121 de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas". En *Estudios sobre la Constitución española, libro homenaje a Eduardo García de Enterría*. Tomo III. Civitas. Madrid. 1991.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. "Sobre los principios generales del derecho: Un reflexión moderadamente crítica". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- MASSERA, Alberto. "Il diritto del procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo nei diritti europei en el diritto comunitario*. A cura di Giandomenico Falcon. Cedam. Padova. 2008.
- MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Navarra. Thomson-civitas. 2005.
- MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Pamplona. Editorial Arazandi. 2007.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. "Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública. Artículos 139 y 141 de la LRJCPAC". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009.

- MIRABELLA, Maurizio; DI STEFANO, Massimo ed ALTIERI, Andrea. *Curso de diritto amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán. 2009.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2000.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. "La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos". En *Revista de Administración Pública*. Número. 156. Septiembre-diciembre. 2001.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Primera Edición. Madrid. Civitas. 2002.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)". En *Revista española de Derecho Administrativo*. Número 140. Octubre-diciembre. 2008.
- MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999.
- MORELL OCAÑA, Luis. "La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 114. Abril-junio. 2002.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel. "Capítulo II. El régimen de silencio de la Administración en Francia". En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011.
- MORRILLO-VELARDE, PEREZ, José Ignacio. "El Silencio Administrativo". *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Coordinador Javier Barnés. Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1993.
- MORRILLO-VELARDE PÉREZ, José. "El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas". En *Revista de Administración Pública*. Número 159. Septiembre-diciembre. 2002.
- MOROTE SARRIÓN, José. "La responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas". En *Revista de Administración Pública*. Número 154. Enero-abril. 2001.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*. Segunda Edición. Madrid. Civitas. 1998.
- NAVARRO MUNERA, Andrés A. "La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 60. Octubre-diciembre. 1988.

- NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. *Notas sobre Derecho Administrativo II*. Segunda Edición. Salamanca 2006.
- NIETO, Alejandro. "La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 51. Julio-septiembre. 1986.
- NIETO GARRIDO, Eva. "Silencio Administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A propósito de las SSTC 14/2006, de 16 de enero, y 39/2006, de 13 de febrero". En *Revista de Administración Pública*. Número 170. Mayo-agosto. 2006.
- OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Bilbao. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 2005.
- OZZI, Angela. "La responsabilità per violazione delle norme sul procedimento amministrativo". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas". En *Documentación Administrativa*. Número. 237-238. 1994.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones Generales*. Barcelona. Editorial Ariel. 2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. "El procedimiento Administrativo en España: Situación actual y perspectivas de cambio". En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. "Capítulo I. El Silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía, apuntes de una posible vía de superación". En *El Silencio en la Actividad de la Administración pública*. Director Luciano Parejo Alfonso. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimoquinta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2004.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimosexta edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2007.
- PASTORI, Giorgio. "La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazione introduttive". En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione*

alle iniziative legislative in corso. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989.

PÉREZ ANDRÉS, Eloísa. "Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo". En *Revista de Administración Pública*. Número 164. Mayo-agosto. 2004.

PÉREZ. María. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. 2001.

PONCE SOLÉ, Juli. "¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? En *Revista de Administración Pública*. Número 173. Mayo-agosto. 2007.

PONCE SOLÉ, Juli y otros. "Procedimiento Administrativo globalización y buena administración". En *Derecho Administrativo global: Organización, procedimiento, control judicial*". Editorial Marcial Pons. Madrid. 2010.

PROVVIDENZA Andrea. "Il silenzio". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás y otros. *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009.

RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M. "La nueva fijación legal de plazos de resolución y de notificación de los procedimientos administrativos y de los efectos del silencio administrativo". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 113. Enero-marzo. 2002.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín. "Silencio administrativo y entes locales: últimos pronunciamientos jurisprudenciales". En *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*. (Directores Francisco Aliena y Antonio Razquín). Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2007.

REBOLLO PUIG, Manuel. "Los principios generales del derecho. Atraviesamiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.

RESTA, Domenico. "Un contributo allo studio per la riforma della disciplina generale del procedimento amministrativo". En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989.*

- RIVERO ISERN, Enrique y RIVERO ORTEGA, Ricardo. "El derecho al procedimiento administrativo". En *Derechos Fundamentales y otros estudios*. Libro homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo. Volumen I. Editorial el Justicia de Aragón. 2008.
- RIVERO ORTEGA Ricardo y RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisdicción contencioso-administrativa. Reflexiones a la luz de la STC 20/1999, de 20 de febrero". En *Revista española de Derecho Administrativo*. No. 102. Abril-junio. 1999.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El Estado vigilante, Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO. "La obligación de resolver". En *El silencio Administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Coordinador Tomás Quintana López. Valencia. Tirant lo blanch. 2006.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Segunda Edición. Pamplona. Thomson-Arazandi. 2008.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*. Quinta Edición. Madrid. Marcial Pons. 2009.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Capítulo IV. Responsabilidad concurrente (Art. 140 LRJPAC)". En *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Director Tomás Quintana López. Valencia. Tirant Lo blanch. 2009.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Principio de celeridad". En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Simplificación Administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la trasposición de la directiva de servicios". En *Revista Catalana de Derecho Público*. Número 42. 2011.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. "La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España". En *Noticias de la Unión Europea*. Monográfico: La directiva de servicios y su transposición en el Derecho español. Número 317. Año XXVII. Wolters Kulwer. España. Junio. 2011.
- RODÉS MATEU, Adrià. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento jurídico español*. Atelier Libros jurídicos. Barcelona. 2009.
- RODRUIGUEZ-ARANA, Jaime. *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones públicas*. Colección divulgación jurídica. Primera edición. Editorial Arazadi. Navarra. 2006.

- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas". En *El derecho a una buena Administración pública*". Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria*. Barcelona. Atrelier. 2007.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. "Lucro cesante y responsabilidad patrimonial de la administración". En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Número 115. Julio-Septiembre. 2002.
- ROYO VILLANOVA, Segismundo. "Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950". En *Revista de Administración Pública*. No. 4. 1951.
- ROZAS VALDÉZ, José. "Hacia la codificación del derecho a la buena Administración". En *El derecho a una buena Administración pública*". Colección de Estudios. 01. Junta de Castilla y León. Impreso en España. 2008.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. *Principio pro actione*. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- SALTELLI, Carlo. "La responsabilità dell'amministrazione por omissione o ritardo nell'esercizio del potere". En *La Responsabilità della Pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Milano. Giuffrè Editore. 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración". En *Revista española de derecho administrativo*. Número 7. Octubre-diciembre. 1975.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tercera Edición. Madrid. Tecnos. 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Legalidad y sometimiento de a la ley y al derecho". En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.
- SANDULLI, Aldo. M. *Il procedimento amministrativo*. Dott. E. Giuffrè Editore. Milano. 1940.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Primera reimpresión. Madrid. Iustel. 2005
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Caducidad del procedimiento. (Artículo 44.2 LRJAP)". En *Revista de Administración Pública*. Número 168. Septiembre- diciembre. 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y otros. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Editorial La ley. Madrid. 2010.

- SANZ RUBIALES, Iñigo. "Silencio Administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico". En *Revista de Administración Pública*. Número 171. Septiembre-diciembre. 2006.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional". En *La transformación del procedimiento administrativo*. Editor Javier Barnes. Sevilla. Editorial Derecho Global (Global law press). 2008.
- SCHINAIA, Mario Egidio. "Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo". En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989.
- SICLARI, Domenico. "Rapporti tra procedimento amministrativo e proceso". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.
- SIMONATI, Anna. *Procedimiento administrativo comunitario e principi a tutela del privato. Nell'analisi giurisprudenziale*. Casa Editrice Antonio Milani. CEDAM. Padova. 2009.
- TENA YBARRA, Juan Ignacio. "Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración". En *Revista de Administración Pública*. Número 6. Septiembre-diciembre de 1951.
- TOLOMEO, Luana. "La partecipazione al procedimento". En *Il procedimento amministrativo*. G. Giappichelli editore. Torino 2010.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección Estudios. 2004.
- TORNOS MAS, Joaquín. "La simplificación procedimental en el procedimiento español". En *Revista de Administración Pública*. Número 151. Enero-abril. 2000.
- TRIMARCHI BANFI, Francesca. *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*. G. Giappichelli Editore. Torino. 2009.
- VARS BAÑULS, José Antonio y VILLARINO SALAMEA, Gonzalo. "Prólogo" (Enrique Sánchez Goyanes). *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*. Primera Edición. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. Colección estudios. 2003.
- VIPIANA PERPETUA, Piera Maria. *Il procedimento amministrativo. Nella legge. N. 241 del 1990 riformata dalla legge N. 69 del 2009*. CEDAM. Padova. 2010.

VIRGA, Pietro. "Relazione di sintesi". "Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo". En *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contribuzione alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1989.

WEBER Albrecht. "Comunidad Europea: El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado". En *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1993.

ZILLER Jackes. "Prólogo". En *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público comparado y Derecho Administrativo europeo*. Thomson civitas. Madrid. 2004.

B. *NORMATIVIDAD.*

Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea 2000.

Convención Europea para los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950.

Constitución Española de 1978.

Constitución Italiana de 1948.

Código Civil Español.

Código Civil Italiano.

Código Penal Español.

Código Penal Italiano.

Ley de Procedimiento Administrativo o Ley de bases de 1889.

Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Ley de 5 de abril de 1904.

Real Decreto de 23 de septiembre de 1904.

Ley de Régimen Local de 1950.

Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

Ley de Régimen Jurídico de 1957.

Ley de Bases de Régimen Local de 1972.

Ley de bases del Estatuto de Régimen Local de 1975.

Recomendación n. 31 de 1977. Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Recomendación n. 80 de 1980. Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Ley 30 de 1992.

Real Decreto 429 de 1993.

Decreto-ley 9 de 1993.

Directiva de la Presidencia del Consejo de Ministros de 1994.

Ley 24 de 1998.

Ley 4 de 1999.

Ley Orgánica 6 de 1999.

Ley 27 de 2001.

Ley 14 de 2002.

Ley 30 de 2002.

Ley Orgánica 19 de 2003.

Ley 15 de 2005.

D.L. 35 de 2005.

Ley 80 de 2005.

Ley 248 de 2007.

Ley 31 de 2008.

Ley 69 de 2009.

Ley 25 de 2009.

Decreto Legislativo 104 de 2010.

Ley 2 de 2011.

Real Decreto-ley 8 de 2011.

c. JURISPRUDENCIA.

Sentencia del 28 de enero de 1972. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 8 de febrero de 1973. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 16 de noviembre de 1974. Tribunal Supremo Español.

Sentencia de 25 de enero de 1974. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 12 de marzo de 1975. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 2 de febrero de 1980. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 18 de julio de 1983. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 10 de junio de 1985. Tribunal Supremo Español.

Sentencia 2 de octubre de 1985. Tribunal Supremo Español.

Sentencia 14 de diciembre 1988. Tribunal Supremo Español.

Sentencia Francovich de 1991. Corte de Justicia de la Comunidad Europea.

Sentencia del 14 de junio de 1991. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 7 de octubre de 1991. Tribunal Supremo Español.

Sentencia 21 de marzo de 1991. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 17 de marzo de 1993. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 7 de noviembre de 1994. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia del 27 de enero de 1994. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia del 28 de febrero de 1998. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 24 de marzo de 1998. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 26 de septiembre de 1998. Tribunal Supremo Español.

Sentencia de 28 de enero de 1999. Tribunal Supremo Español.

Sentencia 500 del 20 de julio de 1999. Corte Suprema de Casación Italiana.

Sentencia del 13 de octubre de 1999. Tribunal Supremo Español.

Sentencia 8 de mayo de 2001. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 24 de septiembre de 2001. Tribunal Supremo Español.

Sentencia No. 3169 de 2001. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 4239 de 2001. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia del 13 de marzo de 2002. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 10 de junio de 2002. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 15 de junio de 2002. Tribunal Supremo Español.

Sentencia de 9 de julio de 2002. Tribunal Supremo Español.

Sentencia de 3 de diciembre de 2002. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 24 de febrero de 2003. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 23 de enero de 2004. Tribunal Supremo Español.

Sentencia No. 1261 de 2004. Consejo de Estado italiano.

Decisione 7 de 2005. Consiglio di Stato. Audenza Plenaria.

Sentencia del 20 de abril de 2005. Tribunal Supremo Español.

Sentencia de 21 de abril de 2005. Tribunal Supremo Español.

Sentencia del 16 de enero de 2006. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia No. 13659 de 2006. Corte Suprema de Casación Italiana.

Sentencia No. 13660 de 2006. Corte Suprema de Casación Italiana.

Sentencia No. 2114 de 2006. Tribunal Administrativo Regional de Lombardía.

Audiencia Nacional Española del 14 de mayo de 2008.

Sentencia No. 248 de 2008. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 4330 de 2008. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 6242 de 2008. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 65 de 2009. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 1162 de 2009. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 04237 de 2009. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 683 de 2009. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia No. 6566 de 2009. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia. No. 01467 de 2010. Consejo de Estado Italiano.

Sentencia. No. 4239 de 2010. Consejo de Estado Italiano

Sentencia No. 01705 de 2010. Tribunal Administrativo Regional para la Puglia.