

CAPÍTULO DÉCIMO

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Piergiorgio ALBERTI

SUMARIO: I. *El procedimiento administrativo*. II. *La fase de iniciación*. III. *La comunicación de inicio del procedimiento*. IV. *El responsable del procedimiento*. V. *La fase de instrucción*. VI. *La participación del particular*. VII. *El derecho de acceso*. VIII. *La conclusión del procedimiento*. IX. *La fase integrativa dell'efficacia*. X. *Bibliografía*.

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo es un supuesto complejo que consta de una sucesión de fases ordenadas a la adopción de un acto administrativo (iniciación; instrucción; decisión; *integrativa dell'efficacia*).

Durante un largo periodo de tiempo, el procedimiento administrativo ha sido regulado en modo fragmentario con referencia a materias específicas o resoluciones en materia de expropiación por utilidad pública (ley 25/6/1865, n. 2359), licencias o concesiones edilicias (ley 17/8/1942, n. 1150 y 28/1/1977, n. 10) o autorizaciones a la actividad comercial (ley 11/6/1971, n. 426).

Solamente con la ley 7/8/1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*) se ha llegado a una normativa general para todos los tipos de procedimiento, poniendo fin de este modo a una situación de grave retraso respecto a otros países europeos, como la Alemania y Francia, los cuales, respectivamente, habían adoptado una ley orgánica sobre el procedimiento en 1976 (25/5/1976) y en 1978 (17/7/1978).

Por otro lado, la misma Comunidad Europea había impulsado a los Estados miembros a emanar normas reguladoras de la actividad administrativa inicialmente con la resolución del Comité de Ministros del Consejo

de Europa del 28/9/1977, n. 31, relativa a la “protección del individuo con relación a los actos administrativos”, y luego con la del 11/3/1980, n. 2 en materia de ejercicio del poder discrecional por parte de la administración pública.

Recientemente, la ley 11/2/2005, n. 15 (*Modificaciones e integraciones a la ley 7 de agosto 1990, n. 241*), ha introducido modificaciones e integraciones de gran trascendencia sobre el asunto, sobre la base de las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales y de las experiencias aplicativas de los últimos quince años.

II. LA FASE DE INICIACIÓN

El procedimiento administrativo se inicia a instancia de parte, o si no de oficio (artículo 2).

En el primer caso, el sujeto interesado presenta una solicitud a la administración, la cual, en el caso de que subsistan los presupuestos, está obligada a dar inicio al procedimiento, que se concluirá con la adopción de una resolución final más o menos satisfactoria (o “en mayor o menor medida satisfactoria”) de la instancia (por ejemplo, la solicitud de una autorización, de un permiso de construir, etcétera). Sin embargo, la iniciativa procedimental no es solamente una prerrogativa de los particulares. Esta puede también ser ejercida por una administración, la cual, de este modo, activa un procedimiento de competencia de otra administración por medio de una solicitud o de una propuesta.

En cambio, en el segundo caso, es la misma administración a ocasionar la iniciación del procedimiento cuando de verifique el presupuesto al cual la ley vincula la eventual adopción de un determinado acto. Así, por ejemplo, en caso de abuso edilicio, deriva *ex lege* la iniciación del procedimiento sancionador.

Frente a la instancia del particular, la administración solamente tiene la obligación de proveer. En efecto, el solicitante es titular de un interés a la correcta realización del procedimiento del cual solicita la iniciación, y no de un derecho a obtener cuanto es solicitado. Lo anterior implica que, por ejemplo, en caso de que se haya solicitado un permiso para construir, la administración destinataria de la solicitud está obligada a iniciar y concluir el procedimiento, el cual, sin embargo, podrá también tener un éxito negativo con relación a las circunstancias de hecho y de derecho que serán verificadas.

III. LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO

El inicio del procedimiento debe ser comunicado a los sujetos frente a los cuales la resolución final es destinada a producir efectos directos y a aquellos que por ley deben intervenir, así como también a quienes diferentes de los directos interesados, ya sean identificados o fácilmente identificables, puedan sufrir un perjuicio causado por la resolución (artículo 7; *cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 28/2/2006, n. 887; 30/12/2005, n. 7592; Sez. IV, 20/9/2005, n. 4836).

Por lo tanto, son destinatarios de la comunicación no solo los directos interesados, sino también los otros sujetos a los cuales la resolución podría causar consecuencias negativas (es decir, un “perjuicio”).

La finalidad de la comunicación es doble: por un lado, ella permite a los destinatarios de la acción administrativa hacer valer sus derechos de participación en el procedimiento; por otro lado, permite a la administración, mediante la participación de los sujetos diferentemente involucrados por el procedimiento, determinar mejor y confrontar los intereses comprometidos en el mismo (Cons. Stato, Sez. VI, 29/5/2002, n. 2983).

La comunicación es personal y debe ser hecha en forma escrita. En los casos en los cuales la informativa *ad personam* sea particularmente gravosa por causa del número de los destinatarios, el inicio del procedimiento puede ser dado a conocer mediante medios idóneos de publicidad, como la fijación de avisos, inserciones en periódicos, etcétera (artículo 8, apartado 3; véase Cons. Stato, Ad. Plen., 15/9/1999, n. 14).

La comunicación debe contener: a) la indicación de la administración procedente; b) el objeto del procedimiento; c) el órgano responsable del procedimiento y su titular; d) el lugar en el cual se puede tomar conocimiento de las actas; e) la fecha dentro de la cual el procedimiento debe concluirse; así como f) las soluciones posibles en caso de inercia de la administración, y, en los procedimientos a instancia de parte, g) la fecha de presentación de la misma (artículo 8, apartado 2).

La comunicación puede ser excepcionalmente omitida en el caso de que subsistan las razones que deriven de exigencias particulares de celeridad del procedimiento (artículo 7); las razones deben ser, en todo caso, especificadas por la administración (Cons. Stato, Sez. IV, 9/8/2005, n. 4239).

Está excluida, además, la comunicación del inicio del procedimiento en los casos en los cuales se realice una actividad orientada a la emanación de actos normativos, administrativos generales, de planificación y programación, así como en los procedimientos tributarios (artículo 13).

Fuera de estas hipótesis, la administración precedente tiene la obligación de enviar la comunicación, bajo pena de ilegitimidad por violación de la ley.

Además, se debe señalar que de conformidad con el artículo 21 octies, apartado 2, de la ley 241 (introducido por la ley n. 15/2005), la resolución administrativa no es en todo caso anulable por carencia de comunicación del inicio del procedimiento en caso de que la administración demuestre, en el ámbito del juicio de impugnación de la resolución, que el contenido de esta última “no hubiera podido ser diferente de aquel adoptado en concreto”.

Introduciendo la excepción a la regla apenas recordada, el legislador ha admitido una orientación jurisprudencial ya consolidada, por la cual la omisión de la comunicación de inicio del procedimiento implica la ilegitimidad del acto conclusivo solamente cuando el sujeto pueda luego probar que, en el caso de que hubiera sido puesto tempestivamente en condición de participar en el mismo procedimiento, “habría podido hacer alegaciones razonablemente idóneas a influir en la resolución final” (Cons. Stato, Sez. IV, 1/10/2004, n. 6383; y también, Sez. VI, 10/3/2005, n. 992 y 5/3/2003, n. 13256; Sez. V, 22/5/2001, n. 2823; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 4/5/2002, n. 3867).

IV. EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO

Las administraciones públicas están obligadas a determinar para cada tipo de procedimiento relativo a actos de su competencia la unidad organizativa (o mejor dicho el despacho) responsable de la instrucción, así como, si es el caso, de la adopción de la resolución (artículo 4).

Una vez cumplida la obligación, el funcionario de la unidad organizativa provee a asignar a sí mismo o a otros la responsabilidad de la instrucción y de cualquier otra actividad, determinando con esto el responsable de cada procedimiento que es la persona física del cual depende la completa actividad procedimental (artículo 5).

Sin embargo, el incumplimiento de la norma sobre la designación del responsable no determina la ilegitimidad de la resolución, puesto que de conformidad con el segundo apartado del artículo 5 se considera en todo caso responsable *ex lege* el directivo de cada unidad organizativa (Cons. Stato, Sez. VI, 31/1/2006, n. 332; 21/10/2005, n. 5935; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 30/8/2005, n. 6359 e 1/7/2005, n. 5414).

El responsable del procedimiento desempeña un papel fundamental, ya sea en el ámbito de la organización, ya sea en las relaciones con los administrados, para los cuales constituye el único referente.

Las tareas del responsable del procedimiento son múltiples. Él se ocupa de la promoción y de la coordinación de la instrucción a través de la evaluación de las condiciones de admisibilidad, de los requisitos de legitimación y de los presupuestos relevantes para la emanación de la resolución; procede, además, a la verificación de oficio de los hechos y al cumplimiento de los actos necesarios, así como a la adopción de cualquier medida para el adecuado y solícito desenvolvimiento de la instrucción. Con estos fines puede pedir la emisión de declaraciones, la rectificación de instancias erróneas o incompletas y requerir verificaciones técnicas o inspecciones y ordenar exhibición de documentos.

Son propias del responsable del procedimiento, además, las funciones de impulso (propone o en caso de que tenga competencia convoca las conferencias de servicios), además de las de publicidad (procura las comunicaciones, las publicaciones y las notificaciones previstas por las leyes y por los reglamentos).

Por último, en el caso en el cual el responsable de la instrucción sea competente también para la emanación del acto conclusivo, corresponden a este las funciones de decisión.

La actividad instructora desempeñada por el responsable del procedimiento ha sido ulteriormente revalorizada con la mencionada ley 15, la cual ha establecido que el órgano competente para la adopción de la resolución, donde sea diferente del responsable del procedimiento, no puede separarse de los resultados de la instrucción conducida por este último, sino indicándole las razones en la resolución (artículo 6, inciso e, ley 241, así como ha sido modificada por la ley 15).

V. LA FASE DE INSTRUCCIÓN

1. *La adquisición de los hechos y de los intereses*

La instrucción es la fase del procedimiento dirigida a verificar los hechos que constituyen los presupuestos de la resolución, así como a la determinación de los intereses involucrados en el ejercicio del poder.

La actividad de verificación se caracteriza por un grado de complejidad variable según la mayor o menor precisión con la cual el legislador haya determinado las situaciones de hecho que están en la base del quehacer público. Así cuando estas sean identificadas exactamente, la actividad de instrucción se limita a la verificación de la correspondencia entre la situación de hecho existente y la descrita a nivel normativo (por ejemplo, cuando la ley determina los presupuestos de hecho ante la presencia de los cuales

puede ser otorgada una autorización administrativa, la administración no debe hacer otra cosa que verificar la efectiva subsistencia).

Por el contrario, en el caso de que el legislador se haya limitado a indicar solamente el interés público a cuya realización esté destinado el procedimiento administrativo, la instrucción se presenta con caracteres de mayor complejidad desde el momento en que corresponde a la administración evaluar si los elementos de hecho son idóneos para satisfacer tal interés.

Como se ha dicho, la actividad de instrucción tiene por objeto también la “búsqueda del equilibrio” de los intereses particulares y públicos involucrados en el procedimiento: los primeros vienen adquiridos por iniciativa de la administración o de los sujetos titulares de los mismos intereses; los segundos, si pertenecen a otras administraciones, pueden ser determinados mediante solicitudes dirigidas a estas últimas, o a través de la convocación de una conferencia de servicios para el examen contextual de los diferentes intereses involucrados, o, en fin, con la participación directa al procedimiento de la administración titular del interés público en cuestión.

2. La conferencia de servicios en la fase de instrucción

La conferencia de servicios es un modelo procedimental que puede ser utilizado en la fase de instrucción para efectuar el examen contextual de los diferentes intereses involucrados en el procedimiento. Ella se inserta en el ámbito de procedimientos de una cierta complejidad que involucren una pluralidad de sujetos públicos, y tiene la función de simplificar las fases sucesivas del procedimiento mediante la adquisición de un acuerdo preliminar de máxima que tenga en consideración las posiciones de varios interesados. Por ejemplo, la conferencia es utilizada en los procedimientos de autorización para la construcción de establecimientos de tratamiento de desechos (T.A.R. Liguria, Sez. I, 5/11/2005, n. 1429 y Cons. Stato, Sez. VI, 4/6/2004, n. 3505), de centrales eléctricas (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 23/8/2005, n. 6267 y 5/7/2005, n. 5481), así como en aquellos encaminados a la expedición de concesión demanial marítima para la realización de estructuras dedicadas a la náutica (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VII, 5/8/2005, n. 10641), a la localización de las instalaciones de distribución de carburantes (T.A.R. Campania – Salerno, Sez. II, 1/3/2004, n. 119) y a la construcción de obras de interés estatal no obstante lo dispuesto en los instrumentos urbanísticos (T.A.R. L’Aquila, 27/11/2003, n. 970).

La conferencia consiste en una reunión colegial en la cual los representantes de las administraciones participantes expresan sus propias determinaciones en relación con la propuesta de la administración de procedencia.

Las determinaciones son recogidas en el informe conclusivo de la conferencia que sustituye los diversos actos requeridos por la ley (opiniones, autorizaciones, etcétera).

El éxito de la conferencia, cuya convocación está en discrecionalidad de la administración de procedencia, no obliga a esta última, la cual puede separarse proporcionando una motivación en la resolución.

El instrumento ahora brevemente descrito permite simplificar y acelerar el cumplimiento de la acción administrativa. Por lo tanto, esto se revela de notable utilidad no solamente para la adquisición de los intereses públicos involucrados, sino también en la fase de decisión.

En efecto, ocurre que dicho modelo sea también utilizado para llegar a la adopción de la resolución, que resulta, por lo tanto, fruto de una codecisión. Sobre este punto se regresará dentro de poco cuando tratemos la fase decisoria.

3. *La fase consultiva*

Una vez adquiridos los hechos y los intereses sobre los cuales la disposición final producirá efectos, la administración debe proceder a su evaluación, que, en particular en los casos más simples, viene realizada por la autoridad procedente en total autonomía. En cambio, en los casos más complejos es efectuada con base en los dictámenes emitidos por los órganos competentes; en esos casos se abre un subprocedimiento consultivo, que inicia con la solicitud de dictamen por parte del responsable del procedimiento. El dictamen será emitido de forma escrita.

Los dictámenes son actos cuyo contenido es el éxito de la evaluación de una determinada situación de hecho o de un conjunto de intereses. Pueden ser de dos tipos: obligatorios y facultativos.

Los primeros son aquellos cuya adquisición está prescrita por la ley o también por una fuente reglamentaria: por ejemplo, los dictámenes de los municipios y de las provincias en el procedimiento de emisión de la autorización ministerial para la construcción de centrales eléctricas (artículo 1, apartado 3, ley 55/2002), así como los del *Consiglio superiore dei lavori pubblici* en cuanto al procedimiento relativo a la autorización para construir en zonas sísmicas no obstante normas técnicas que disponen diversamente (artículo 12, ley 2/2/1974, n. 64) o en relación con los proyectos de obras públicas de competencia estatal (artículo 127, d.lgs. n. 163/2006).

En cambio, son facultativos los dictámenes que la administración tiene simplemente la facultad y no la obligación a solicitar (Cons. Stato, Sez. VI,

20/10/2004, n. 6885). Por ejemplo, cabe traer a la memoria el dictamen del Consejo de Estado sobre la alienación de bienes inmuebles de la administración estatal.

A su vez, los dictámenes obligatorios pueden ser vinculantes o no vinculantes para la autoridad que los requiera: los primeros no pueden ser desatendidos; en cuanto a los segundos, la administración requirente puede decidir no sujetarse a los mismos motivando adecuadamente las razones (Cons. Stato, Sez. IV, 20/1/2006, n. 141).

Los dictámenes vinculantes son bastante raros. Un ejemplo está previsto en la ley 91/1992, que define como vinculante el dictamen del Consejo de Estado en el trámite de los procedimientos de denegatoria de la ciudadanía (artículo 8); un caso ulterior se encuentra con relación al dictamen del Ministro de Economía y Finanzas en el ámbito del procedimiento de concesión para la instalación de plantas de elaboración o de depósito de aceites minerales (artículo 4, n. 2, d.P.R. 420/1994).

El órgano consultivo está obligado a proporcionar el dictamen obligatorio dentro el plazo de cuarenta y cinco días desde la solicitud. En cambio, en el caso de dictamen facultativo, el órgano consultado debe proporcionar una comunicación a la administración requirente indicando el plazo dentro del cual el dictamen será emitido (artículo 16).

Una vez transcurrido el plazo sin que el dictamen haya sido enviado, la administración puede proceder prescindiendo de la adquisición de ello. Sin embargo, el mecanismo de simplificación no se aplica ahí donde los destinatarios de la solicitud sean administración predispuestas a la tutela medioambiental, paisajística, territorial y de la salud de los ciudadanos.

VI. LA PARTICIPACIÓN DEL PARTICULAR

1. *La participación en el procedimiento*

Están facultados para intervenir en el procedimiento, en primer lugar, los sujetos a los cuales haya sido comunicada la iniciación del mismo (es decir, aquellos frente a los cuales la disposición final está destinada a producir efectos), así como también todos los que estén obligados a participar de conformidad con disposiciones normativas.

La facultad de intervenir está reconocida también “a cualquier sujeto” —incluso las personas jurídicas, las asociaciones, las fundaciones y los entes públicos— titulares de intereses públicos o privados. Ella está prevista, además, con relación a los titulares de intereses difusos, es decir, de posiciones

comunes a una pluralidad indeterminada de sujetos que, por su misma naturaleza, necesitan de un proceso de agregación guiado por asociaciones de tutela (como el interés a la salubridad del aire, a la reducción de la contaminación, a la publicidad no engañosa, etcétera) (artículo 9).

La participación se sustancia en el derecho de tomar visión de los actos del procedimiento y de presentar recursos escritos y documentos (artículo 10). El derecho de tomar visión es similar al derecho de acceso previsto por el artículo 22 de la ley 241, diferenciándose de ello por su naturaleza intraprocedimental en cuanto puede ser ejercido, diversamente del segundo, cuando el procedimiento es en trámite y por la finalidad estrictamente vinculada a la participación a ello; el derecho de acceso (exartículo 22) responde, en cambio, a la más amplia y general exigencia de transparencia de la acción administrativa.

La visión de los actos permite recoger elementos para la redacción de recursos o de documentos de presentar a la administración procedente, que por esta serán considerados pertinentes al objeto del procedimiento. De dicha actividad de evaluación se deberá tener en consideración en la motivación de la resolución; con tal finalidad es suficiente que resulte que hayan sido efectivamente tomados en consideración los aportes de los particulares, sin que todavía la administración deba contradecir en manera analítica todas las observaciones expuestas (Cons. Stato, Sez. VI, 11/4/2006, n. 1999; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 31/5/2002, n. 276; T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV, 18/1/2006, n. 82; T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, 6/7/2005, n. 1109 y T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. I, 14/12/2004, n. 8501).

2. La comunicación de los motivos que impiden la admisión de la instancia

En cuanto a la participación procedimental, las nuevas normas dictadas por la ley n. 15 de 2005 han introducido el preaviso de rechazo (artículo 10 *bis*, ley 241) con base en el cual en los procedimientos a instancia de parte (por ejemplo, aquellos para la expedición de títulos edilicios o de autorizaciones al comercio o de concesiones de bienes) el responsable del procedimiento (o la autoridad competente) “antes de la formal adopción de una resolución negativa, comunica tempestivamente a los solicitantes los motivos que impiden la admisión de la instancia”.

La norma ha reforzado la dialéctica procedimental en sentido colaborador, de modo que se permita al particular, intervenir oportunamente, apenas conozca las razones que impiden la admisión de su instancia, presen-

tando a la administración eventuales situaciones (de hecho o de derecho) no ponderadas adecuadamente por la misma, para contradecir los factores que impiden la admisión de la instancia.

La norma —según cuanto referido en el dictamen de la I Comisión Permanente de la Cámara de Diputados (Asuntos Constitucionales) sobre el diseño de ley 3890/05 de reforma de la ley 241— también tiene el objetivo ulterior de limitar el contencioso entre el ciudadano y la administración “mediante la previsión de un canal ulterior de comunicación entre las partes anterior a la resolución final”.

Una vez que han sido recibidas las alegaciones del particular, la administración tiene plena discrecionalidad en su evaluación; sin embargo, en el caso que decida no admitirlas debe expresar las razones en la motivación de la resolución.

Entonces, la nueva normativa ha introducido una extensión de la obligación de motivación, estableciendo que los presupuestos de hecho y las razones jurídicas (artículo 3, apartado 2) que constituyen el núcleo de la motivación deben referirse también a la no admisión de las observaciones presentadas por los destinatarios de la comunicación de los motivos que impiden la admisión a la instancia.

3. *Los límites a la participación*

Las disposiciones sobre la participación en el procedimiento, ahora examinadas, no se aplican a la actividad administrativa directa a la emanación de los actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación, así como a los procedimientos tributarios y a aquellos que tienen por objeto la tutela de la seguridad pública.

Esto no significa que dichos procedimientos escapen a las reglas de participación y transparencia, sino solamente que el legislador ha entendido dejar a salvo, para ellos, la aplicación de las normas específicas de sector (Cons. Stato, Sez. IV, 3/5/2005, n. 2136 e 25/8/2003, n. 4813).

La ley 241 dispone, además, algunas excepciones a las normas que garantizan la participación al procedimiento. En particular, en cuanto a la comunicación de inicio del procedimiento, esta se puede omitir cuando subsistan razones que deriven de particulares exigencias de celeridad del mismo procedimiento. Recaen en dichas hipótesis los denominados “procedimientos de urgencia” que la administración se encuentra obligada a activar para enfrentar situaciones que necesitan de una inmediata intervención, así como de aquellos secretos y, más en general, con carácter reservado.

VII. EL DERECHO DE ACCESO

En lo anterior se ha subrayado cómo la participación en el procedimiento administrativo se sustancia también en la facultad de tomar visión de los actos: documentos, opiniones, informes internos, notas, etcétera. Se habla, al respecto, de acceso intraprocedimental.

El derecho de acceso puede también ser ejercido cuando el procedimiento esté concluido (artículo 22). En dicho caso, se trata de acceso “esoprocedimentale”: están legitimados a efectuarlo todos los sujetos, incluso los portadores de intereses públicos o difusos, que tengan un interés directo, concreto y actual, correspondiente a una situación jurídicamente tutelada y vinculada al documento que se pretende conocer.

Por lo tanto, no es suficiente para legitimar el acceso el interés del particular a un control generalizado sobre la acción administrativa, sino que es necesaria la prueba de una situación jurídica tutelada y coligada al acto del cual que se pretende tomar visión. Todo esto está previsto por el artículo 24, apartado 3 (como modificado por la ley 15), que codifica una posición jurisprudencial consolidada (Cons. Stato, Sez. VI, 10/2/2006, n. 555; Sez. V, 12/10/2004, n. 6581; Sez. IV, 19/4/2001, n. 2355 y 9/12/1997, n. 1359; T.A.R. Campania —Napoli, Sez. V, 7/12/2004, n. 18532, T.A.R. Lombardia—Milano, Sez. I, 26/5/2004, n. 1770; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 24/11/2003, n. 809).

El derecho de acceso se ejerce con objeto a los documentos administrativos en mano a la administración, entendidos como cualquier representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética o de cualquier otra especie del contenido de actos —también internos o no relativos a un procedimiento específico—; puede extenderse también a aquellos actos que no sean precisamente administrativos, como los documentos formados por los particulares que asumen relevancia en el procedimiento: por ejemplo, los informes técnicos redactados por expertos y los dictámenes emitidos por los asesores jurídicos.

En cuanto a esta última tipología de actos, la jurisprudencia confirma la accesibilidad si son referidos a un iter procedimental y coligados a la adopción de la resolución (Cons. Stato, Sez. V, 15/4/2004, n. 2163), considerándoles, en cambio, cubiertos por el secreto profesional solamente si conciernen a tesis defensivas relativas a un contencioso (Sez. IV, 13/10/2003, n. 6200; de contraria opinión es sin embargo el T.A.R. Lazio —Roma, Sez. III, 26/10/2005, n. 9849— según el cual los dictámenes jurídicos en todo caso están cubiertos por el secreto profesional y, como tales, no son susceptibles de acceso).

No todos los documentos pueden ser conocidos por los particulares. Están excluidos aquellos cubiertos por secreto de Estado o por prohibición de divulgación previsto expresamente por el ordenamiento, así como aquellos relativos a los procedimientos tributarios, a los procedimientos dirigidos a la emanación de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de los demás para los cuales permanecen normas específicas (artículo 24).

La solicitud de acceso va dirigida a la administración que ha emitido la resolución, y debe indicar las razones sobre las cuales se fundamenta la misma solicitud, los extremos —donde sea posible— de los documentos, así como los datos de identidad del demandante.

Para evitar una rigidez excesiva del procedimiento, el Reglamento para el derecho de acceso a los documentos administrativos (d.P.R. 12/4/2006, n. 184) establece que la instancia presentada a una administración diferente de aquella frente a la cual se ejerce el derecho es en todo caso válida, y debe ser transmitida inmediatamente a la competente, dando comunicación al interesado.

La instancia puede ser formulada por escrito (acceso formal) u oralmente (acceso informal). Esta última modalidad se utiliza en todos los casos en los cuales “de acuerdo a la naturaleza del documento requerido no resulte la existencia de sujetos que tengan intereses contrapuestos” (artículo 5 del Reglamento).

El acceso formal implica la instauración de un verdadero y efectivo procedimiento al cual se aplican las reglas hasta aquí examinadas. A veces, es la misma administración que lo solicita: esto se verifica cuando no sea posible la admisión inmediata de la instancia en vía informal, o cuando surjan dudas sobre la legitimación del demandante, sobre su identidad, sobre su poder de representación, sobre la subsistencia del interés que se deduce de las informaciones y de las documentaciones proporcionadas o sobre la posibilidad de acceso al documento (artículo 6, apartado 1, Reglamento).

Frente a la instancia, la administración puede admitir el acceso (si es el caso, limitando también el objeto), o negarlo o, por último, diferir su ejercicio.

A este respecto, una cuestión de particular importancia es la relativa al acceso a los documentos que se refieren a la vida privada o a la confidencialidad de los particulares, con referencia a sus intereses sanitarios, financieros, industriales y comerciales, relativos a la privacidad de la correspondencia. En esos casos, en efecto, la administración se encuentra en la posición de tener que equilibrar dos exigencias opuestas: aquella vinculada a la confidencialidad, por un lado, y la de garantía del acceso para la tutela de situaciones jurídicamente relevantes, por el otro. Sobre este punto, la ley 241 es-

tablece que, en todo caso, el acceso debe estar asegurado a los demandantes cuando el conocimiento de los documentos sea “necesario” para proteger o defender sus propios intereses jurídicos, con la especificación de que con relación a los actos que contengan datos sensibles y judiciales el acceso está permitido “en los límites en los cuales sea estrictamente indispensable y en los términos previstos por el artículo 60 del Decreto Legislativo del 30 de junio 2003, n. 196 [c.d. Código de la privacy] en caso de datos idóneos a revelar el estado de salud y la vida sexual” (artículo 24, apartado 7).

La ley sobre el procedimiento no prevé que deba ser proporcionada alguna motivación en caso de admisión de la instancia. Por el contrario, la denegación, la postergación y la limitación del acceso serán motivadas adecuadamente (artículo 24, apartado 3).

En cambio, en el caso de que la administración no proporcione alguna respuesta en mérito a la instancia del particular, esta, transcurridos treinta días desde su presentación se considera rechazada (se trata de una especie de silencio significativo calificable como silencio negativo o denegatorio).

Frente a la resolución negativa de la administración, ya sea expresa o tácita, el demandante puede recurrir a un remedio de tipo administrativo solicitando la revisión de la resolución al defensor del pueblo competente por ámbito territorial (en cuanto a los actos de las administraciones municipales, provinciales y regionales) o a la Comisión para el acceso creada en la Presidencia del Consejo de Ministros, en cuanto a los actos de las administraciones centrales y periféricas del Estado; además, el demandante puede interponer directamente un recurso jurisdiccional al tribunal administrativo territorialmente competente en el plazo de treinta días (artículo 25).

Las dos formas de tutela no son alternativas en el caso de que el remedio administrativo tenga un éxito negativo el interesado puede, en todo caso, interponer un recurso jurisdiccional.

VIII. LA CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

1. *La fase decisoria*

Una vez adquiridos los elementos de hecho y el conocimiento de los intereses involucrados necesarios para la decisión, se abre la fase decisoria, que se concluye con la adopción de la resolución. Esta fase puede ser simple o si no articulada en una pluralidad de manifestaciones de voluntad.

En el primer caso se habla de fase decisoria monoestructurada, que se encuentra cada vez que la decisión compete a un órgano unipersonal. En los procedimientos más complejos, en los cuales estén involucrados varios

intereses públicos que se refieran a diferentes sujetos, la fase decisoria se presenta pluriestructurada. El ordenamiento prevé diferentes módulos para la actuación de la misma.

Un primer tipo de procedimiento tiene lugar cuando competente a la decisión es un órgano colegiado. En esa hipótesis, el acto final es adoptado a conclusión de un procedimiento a su vez articulado en diferentes fases (convocación del órgano colegiado, reunión del mismo, formulación de propuestas de decisión, discusión, votación, aprobación y redacción del verbal).

Otra eventualidad es aquella en la cual la decisión viene tomada bajo propuesta de otro órgano. En tal caso se diferencian dos momentos separados: la propuesta por parte del órgano que tiene la competencia y la decisión final de la administración precedente, que puede motivadamente separarse de la primera.

Ulteriores casos particulares son dados por el concierto (“*concerto*”) y el acuerdo (“*intesa*”).

El concierto es el módulo estructural mediante el cual varios órganos del mismo ente, que conllevan intereses diferentes, pero todos involucrados en el procedimiento, participan en la decisión final.

El acto adoptado como consecuencia de la colaboración representa la voluntad de todos los órganos; de lo anterior deriva que en caso de falta de acuerdo la decisión no podrá ser tomada.

Similar al concierto es el acuerdo, que sin embargo no es aplicable a las relaciones interorgánicas, sino más bien a aquellas intersubjetivas, es decir, entre entes diferentes, constituyendo “una fórmula de heterocoordinación entre administraciones en posición de equiordenación” (T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, 3/2/2004, n. 381). En el ordenamiento italiano es utilizada, por ejemplo, para los actos que requieren el acuerdo del Estado y de una o más regiones.

2. La conferencia de servicios decisoria

Un peculiar ejemplo de decisión *pluriestructurada* se encuentra en la conferencia de servicios decisoria utilizada por la administración precedente cuando debe obtener acuerdos, vistos buenos u otros actos de consentimiento, sea cual sea su denominación, una vez enviada la correspondiente solicitud a las autoridades competentes, no obtuviera respuesta dentro del plazo de treinta días o no recibiera el disenso por parte de una o más de las administraciones interpeladas (artículo 14, apartado 2).

El modelo de conferencia ahora delineado es comúnmente definido de tipo decisorio interno. Al lado de este se coloca el de la conferencia de ser-

vicios decisoria externa, la cual es convocada cuando la actividad del sujeto (público o privado) interesado esté subordinada a actos de consentimiento, en todo caso denominado, de competencia de varias administraciones (artículo 14, apartado 4).

Por lo tanto, ella responde a exigencias de conexión entre diferentes momentos de ejercicio de poder decisorio, así como de simplificación a favor del sujeto demandante, que, de este modo, puede obtener simultáneamente todos los actos del consentimiento necesarios.

Desde el punto de vista procedimental, la conferencia de servicios decisoria, similar a la conferencia convocada en la fase de instrucción, se caracteriza por la convocatoria simultánea de los representantes de las administraciones interesadas, quienes expresan las determinaciones de su competencia.

Las modalidades de funcionamiento de la conferencia reflejan la *ratio* del instituto, dirigido a asegurar celeridad y eficiencia a la acción administrativa: la primera reunión debe llevarse a cabo dentro de los primeros quince días desde la fecha de convocación (que pueden ser llevados a treinta en los casos de particular complejidad de la instrucción) y los trabajos no pueden superar los plazos establecidos por la administración competente a la adopción de la resolución, y, en todo caso, deben respetar el límite máximo de noventa días (artículo 14 *ter*).

Además, están previstos mecanismos dirigidos a asegurar la conclusión del procedimiento. En dicha óptica, la resolución conforme con la determinación conclusiva de la conferencia sustituye, en todos sus efectos, cualquier acto de consentimiento por parte de las administraciones participantes o invitadas a participar que hayan resultado ausentes. De este modo se prevé una hipótesis de ausencia-consentimiento, con base en la cual la falta de participación equivale a una opinión favorable.

A la misma finalidad simplificadora va conducida la disposición contenida en el tercer apartado del artículo 14 *ter* de la ley 241 (así como modificada por la ley 15), con base en la cual si no son respetados los plazos establecidos para la conclusión de los trabajos, o en el caso de que se verifique el disenso entre los participantes, la administración procedente igualmente adopta la determinación motivada de conclusión del procedimiento una vez evaluadas las singlas posiciones expresadas en la conferencia y teniendo en consideración las “posiciones preponderantes” expresadas en dicha sede. Sobre este punto, cabe observar que la referencia a la preponderancia y no a la mayoría de las determinaciones expresadas —contenida en la normativa anterior hoy derogada— ha modificado el *modus procedendi* de la conferencia. La normativa anterior disponía, en efecto, que en caso de

disentimiento la administración precedente debía asumir la decisión final sobre la base “de la mayoría de las posiciones expresadas en sede de la conferencia de servicios” (artículo 14 *quater*, apartado 2, así como introducido por la ley 340/2000). Por lo tanto, si la administración en el pasado debía prioritariamente basarse en el cálculo numérico de las opiniones expresadas, en cambio, bajo la nueva normativa esta debe poner atención al tipo y a la importancia de las atribuciones de cada administración con referencia a los asuntos objeto del procedimiento. De este modo, se deja un margen de amplia discrecionalidad a la administración precedente.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la conferencia, la jurisprudencia prevalente considera que esta no sea ya un órgano colegial autónomo respecto a los sujetos que participan en ella, sino una modalidad de simplificación de la acción administrativa (Corte cost., 10/3/1996, n. 79; 8/2/1993, n. 62; Cons. Stato, Sez. VI, 11/2/2004, n. 458; 30/1/2004, n. 316; Sez. V, 25/1/2003, n. 349; 16/4/2002, n. 5295; Sez. IV, 9/7/1999, n. 1193). Deriva que, bajo el perfil procesal, a la conferencia no puede serle reconocida legitimación pasiva, de modo que los recursos contra las determinaciones asumidas en su seno deben ser notificadas a todas las administraciones que hacen parte de ella. (Cons. Stato, Sez. V, 25/1/2003, n. 349; T.A.R. Marche, 5/8/2004, n. 976).

3. *La adopción de la resolución y los plazos procedimentales*

El artículo 2 de la ley 241 establece que la administración tiene el deber de concluir el procedimiento mediante una resolución expresa.

Esta es la regla general aplicable a todos los procedimientos administrativos, con las únicas excepciones previstas expresamente por el legislador.

La mencionada disposición prevé, además, que el procedimiento debe concluirse dentro de un plazo que transcurre desde el inicio formalizado del procedimiento de oficio, o mejor dicho desde la admisión de la demanda en el caso de procedimiento a instancia de parte.

El plazo, si no es indicado por las normativas específicas sectoriales, es establecido por cada una de las administraciones para cada topología de procedimiento. En el caso de que no se provea en tal sentido, el plazo es de noventa días.

El incumplimiento de la obligación de pronunciarse en los plazos previstos —salvo cuanto se observará en el párrafo sucesivo— puede configurar una hipótesis de delito por omisión de deberes oficiales, así como de responsabilidad administrativa (cuando la falta de conclusión del procedimiento sea debida a dolo o culpa grave del funcionario).

4. *El silencio de la administración*

Sucede a veces que el procedimiento administrativo se concluye no obstante la carencia de una resolución expresa. En esos casos se habla de silencio de la administración.

El comportamiento inerte puede ser interpretado en diferentes maneras, y no siempre es sinónimo de incumplimiento.

En efecto, el ordenamiento italiano conoce dos formas principales de silencio: el significativo y aquel carente de calificación jurídica (denominado “*silenzio inadempimento*”).

En cuanto al primero, se trata de una inercia a la cual la ley atribuye un significado equivalente a la emanación de una resolución favorable (“*silenzio assenso*”) o de denegación (“*silenzio deniego*”).

Los casos de *silenzio assenso* poco a poco son incrementados en los últimos años hasta convertirse hoy en día en la regla para los procedimientos a instancia de parte. El artículo 20 de la ley 241 (como ha sido modificada por la ley 80/2005), al respecto dispone que en los procedimientos abiertos a iniciativa de los particulares, el silencio de la administración competente equivale a la admisión de la instancia, sin necesidad de ulteriores solicitudes o notificaciones, si la misma administración no comunica a los interesados, en el plazo establecido por la norma, la resolución de denegación.

Dicha regla encuentra excepciones solamente en los casos expresamente establecidos por la ley, como los procedimientos que se refieren al patrimonio cultural y paisajístico, el medioambiente, la defensa nacional, la seguridad pública y la inmigración, la salud y la incolumidad pública, así como en los ulteriores casos en los cuales el legislador haya calificado el silencio de la administración como rechazo de la instancia del particular (uno entre estos —ya citado— se refiere a la carente pronunciación en el plazo de treinta días sobre la instancia de acceso (exartículo 25, ley 241).

En cambio, en el caso de que a la inercia de la administración no le sea atribuido un valor significativo se suele hablar de silencio incumplimiento. A este no se le reconoce ningún efecto sino la violación de la obligación general de conclusión del procedimiento dentro del plazo prefijado por la ley mediante la adopción de una expresa resolución (artículo 2, ley 241).

Del incumplimiento de la administración deriva la posibilidad para el sujeto interesado de interponer un recurso judicial para la determinación de la obligación de proveer por parte de la misma administración.

El silencio se considera automáticamente formado una vez transcurrido el plazo en cada caso previsto para la conclusión del procedimiento.

IX. LA FASE INTEGRATIVA DELL'EFFICACIA

1. *Definición*

En la mayoría de los casos la resolución administrativa adoptada como consecuencia de la conclusión del procedimiento se convierte en eficaz — es decir, idónea para producir efectos jurídicos— una vez que se ha provisto de todos los elementos requeridos por la ley.

Puede suceder, sin embargo, que la eficacia sea subordinada al cumplimiento de determinadas actuaciones, a constatarse ciertos hechos o a la emanación de ulteriores actos, como son la comunicación, la notificación, el control, la producción de un documento, la prestación de un juramento o el pago de un tributo. En tal caso la disposición es perfecta (en cuanto dotada de todos los elementos requeridos por la ley), pero todavía no eficaz.

La fase en la cual vienen realizados los actos necesarios con la finalidad de que una disposición se convierta en productiva de efecto es definida “*integrativa dell'efficacia*”.

2. *Notificación y comunicación de la resolución*

Por regla, la eficacia de una resolución no está subordinada a la comunicación de la misma a los destinatarios. Sin embargo, existen excepciones.

En efecto, algunos actos que limitan las facultades de los particulares o que constituyen obligaciones a los mismos, para poder convertirse en eficaces deben ser comunicados individualmente a los destinatarios (se habla de “*atti recettizi*”). En esos casos la comunicación personal es una condición necesaria para que el acto perfecto adquiera eficacia.

En el caso de que no sea posible la comunicación personal, la administración provee con formas idóneas de publicidad. De dichos cumplimientos se ocupa el responsable del procedimiento.

Algunas veces el acto es notificado al destinatario, y no simplemente comunicado. La notificación sigue la regla del *Codice di procedura civile*, y por lo tanto está sometida a un rígido formalismo, del cual, en cambio, prescinde la comunicación, que puede verificarse con cualquier medio idóneo (servicio postal, entrega a la mano, etcétera).

3. *Los controles*

La eficacia de un acto puede también estar subordinada a la realización de un control⁶⁹ preventivo por parte de un órgano a este antepuesto.

⁶⁹ Sobre el tema véase el capítulo sobre los controles en este libro.

En tal caso viene abierto un subprocedimiento, que consta de diversas fases: transmisión del acto al órgano de control; instrucción sobre el acto sometido a control; comunicación del acto de control.

Los controles preventivos han sido poco a poco reducidos por el legislador italiano, ya sea en cuanto potencialmente capaz de sobrecargar la acción administrativa, ya sea porque discrepa con los principios de autonomía ya afirmados en la ley 15/3/1997, n. 59.

En el pasado, en efecto, estaban previstos profundos controles a nivel estatal sobre los actos de las regiones y, a nivel regional, sobre los actos de los entes locales. Estas injerencias han sido posteriormente redimensionadas, en particular con la ley constitucional 18/10/2001, n. 3, la cual, entre otras cosas, ha derogado las disposiciones de la Constitución (artículos 124, 125 y 130), que prevenían el control preventivo sobre los actos de las regiones y de los entes locales, y determinaban los órganos encargados de dicha actividad.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (a cura di V. Italia), *L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005.
- (a cura di V. Italia), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995.
- , *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.
- , *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- , *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004.
- , *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002.
- , *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000.
- ALBERTI, P. *et al.*, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1995.
- ANDREIS, M., *La conclusione inespresa del procedimento*, Milano, 2006.
- CARINGELLA, F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- CARLOTTI, G., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2005.
- CASSETTA, E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- CASSESE, S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004.
- CENTOFANTI, N., *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Milano, 2005.
- , *Il silenzio della pubblica amministrazione e i procedimenti sostitutivi*, Padova, 2002.

- CERULLI IRELLI, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006.
———, *Principii del diritto amministrativo*, Torino, 2005.
CORSO, G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003.
———, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
FALCON, G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2006.
GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
JANNOTTA, R., “Talune raccomandazioni del Consiglio d’Europa in materia amministrativa”, *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981.
LARICCIA, S., *Diritto amministrativo*, Padova, 2006.
PAOLANTONIO, N. et al. (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
PUBUSA, F., *Diritto di accesso ed automazione*, Torino, 2006.
ROSSI, G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2005.
SANDULLI, M. A., *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000.
SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002.