

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y PODER JURISDICCIONAL*

Vera PARISIO**

SUMARIO: I. *Introducción: el sistema italiano de justicia administrativa.* II. *Constitución, Ley de Procedimiento Administrativo y silencio administrativo.* III. *El silencio administrativo antes de la promulgación de la Ley 1990/241.* IV. *El silencio de la administración en la Ley 1990/241 antes de la reforma introducida por las Leyes 2005/15 y 2005/80.* V. *Silencio de la administración después de la reforma introducida por las Leyes 2005/15 y 2005/80.* VI. *Justicia administrativa y silencio administrativo.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: EL SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

En Italia, el silencio de la administración es parte de la erudición jurídica¹ desde el comienzo del siglo XX.

Como se comentará más adelante, aquel ha sido desarrollado principalmente por las resoluciones de los tribunales administrativos, en particular

* La traducción de este artículo ha sido realizada por Alina del Carmen Nettel Barrera, doctoranda del Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, a quien se agradece su colaboración.

** Catedrática de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brescia, Italia.

¹ Véase Ranelletti, O., “Il silenzio nei negozi giuridici”, *Revista Italiana per la Scienze Giuridiche*, vol. XIII, 1892; Borsi, U., “Il silenzio de la pubblica amministrazione de i suoi effetti processuali”, *Revista di Diritto Processuale Civile*, 1932, p. 127; Fragola, U., *La dichiarazione tacita de la pubblica amministrazione*, Nápoles, 1942; Ledda, F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964; Sandulli, A. M., “Questioni recenti in tema di silenzio della Pubblica Amministrazione”, *Foro Italiano*, 1949, III, p. 128; Scoca, F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1971; Travi, A., *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985; Sandulli, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, 15a. ed., Nápoles, 1989, pp. 656 y ss., y Parisio, V., *Il silenzio della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 39 y ss.

por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) y los *tribunali amministrativi regionali* (tribunales administrativos regionales), especialmente hasta la publicación de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo (del 7 de agosto de 1990, núm. 241), porque no había reglas generales sobre el silencio de la administración pública. Estas sentencias estaban encaminadas a proteger a los ciudadanos contra la inactividad de la administración, pues esta causa graves daños, por ejemplo, cuando los ciudadanos quedan obstaculizados para llevar a cabo actividades económicas cuando necesitan una licencia administrativa o un permiso a fin de ajustarse a la legalidad.

Se recuerda que en Italia el sistema de justicia administrativa está constituido de un juez de primera instancia que está presente en cada región, y que se llama tribunal administrativo regional; a su vez, hay un juez de segunda instancia o de apelación en el Consejo de Estado, que tiene como sede Roma. El juez administrativo es un juez separado del juez civil con un sistema diferente de autogobierno. El juez administrativo tutela principalmente intereses legítimos (por ejemplo, la solicitud de un permiso de construcción da lugar al nacimiento de un interés legítimo) que pueden entenderse como la pretensión al correcto ejercicio del poder, y solo excepcionalmente protege los derechos subjetivos (que pueden entenderse como la posibilidad de obtener protección del ordenamiento jurídico a prescindir del ejercicio del poder; por ejemplo, el derecho de propiedad o el derecho de construir una vez obtenido el permiso de construcción) en la hipótesis de jurisdicción exclusiva del juez administrativo (artículo 103 de la Constitución italiana). No tenemos para la justicia administrativa un órgano específico de tercera instancia. La Corte de Casación Civil, que es el órgano de tercera instancia para la jurisdicción civil, se pronuncia solo sobre los conflictos de jurisdicción entre el juez administrativo y el juez ordinario.

El juez administrativo tiene una competencia general de legitimidad, en la que solo valora la adecuación del acto administrativo a la ley, y tiene una competencia *di merito* o de plena jurisdicción solamente en las materias taxativamente señaladas (expedición de pasaportes, decisiones administrativas por causas de necesidad, el proceso de ejecución de sentencias, etcétera), solo en esta última hipótesis valora la oportunidad o conveniencia del acto administrativo, y puede modificar el acto impugnado como en los casos ya mencionados. Se recuerda también que la Constitución italiana, en los artículos 24 y 113, distingue las posiciones jurídicas subjetivas entre intereses legítimos y derechos subjetivos, estableciendo una competencia jurisdiccional en la que si los intereses legítimos son vulnerados se puede acceder al juez administrativo, y, en cambio, si la vulneración es de derechos subjetivos

se tendrá acceso a la jurisdicción civil, lo que implica diversos modelos procesales (proceso de anulación para la tutela de los intereses legítimos y un proceso de comprobación para la tutela de derechos subjetivos), se prevé por la Constitución italiana que los derechos subjetivos no son de competencia civil, sino del juez administrativo solo en los casos de jurisdicción exclusiva, como por ejemplo servicios públicos, urbanismo, edificación y acuerdos administrativos. Hoy todavía la distinción no es muy rígida, porque el proceso administrativo también poco a poco tiende a transformarse en un proceso de comprobación. Los tribunales administrativos regionales han sido instituidos con la Ley 1034/1971, y han comenzado a operar solo a partir de finales de los años setenta.

El Consejo de Estado fue creado en 1831 como órgano solamente consultivo. En 1889 se transformó en un órgano jurisdiccional con la creación de la cuarta sección. En 1907 fue emanada una regulación que rige el procedimiento ante el Consejo de Estado, regulación integrada en 1924, y que en gran parte todavía está vigente. Esto explica la *vis forza praetoria* que desde siempre caracteriza el trabajo del juez administrativo. En efecto, como ya he dicho, es juez de apelación respecto a los tribunales administrativos regionales. La acumulación de las dos funciones no había sido nunca objeto de recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, sino hasta ahora por las violaciones a los artículos 6o. y 13 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre. La doctrina italiana prevalente sostiene que no hay violaciones del artículo 6o. del TEDH porque la actividad consultiva es una actividad neutra, por cuanto el órgano que expide el parecer no es portador de intereses propios, sino que otorga simplemente un juicio a la luz de disciplinas específicas, científicas, artísticas, etcétera. Siguiendo la doctrina prevalente, la acumulación de las dos funciones permite una elevada calidad del juicio administrativo.

Los autores que estudiaban la inactividad de la administración al principio del siglo XX eran ampliamente influenciados por la literatura del derecho privado por razones históricas, tal como fue desarrollado en sus comienzos el derecho público. Desde el punto de vista del derecho privado, el silencio entre las partes se considera *non facere* sin un significado especial, *qui tacet neque negat neque utique fatetur* con ciertas excepciones previstas por la ley.

A fin de ofrecer la protección legal que se necesitaba, la inactividad o el silencio de la administración pública poco a poco comenzó a ser considerada como un acto ficticio con efectos positivos (*silenzio assenso*), y en casos muy excepcionales, como un acto ficticio con efectos negativos (*silenzio-diniego or silenzio-rigetto*).

II. CONSTITUCIÓN, LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SILENCIO ADMINISTRATIVO

Los artículos 97, 98 y 99 de la Constitución italiana, la cual fue firmada en 1947 y entró en vigor en 1948, contienen previsiones generales sobre la acción administrativa, pero no especifica nada acerca del silencio administrativo.

Por lo que se refiere al silencio de la administración, el artículo 97 es muy importante, porque determina que los poderes públicos están regidos por el principio de legalidad, imparcialidad y buena administración.

Los artículos 114-133, que se encuentran en la segunda parte (título V) de la Constitución italiana, fueron modificados sustancialmente por la Ley constitucional del 18 de octubre de 2001, núm. 3. De acuerdo con esta ley, el Estado solo puede legislar en materias que se enumeran en el nuevo artículo 117, mientras que, como principio general, las regiones legislan en todas las materias que no pertenecen a las competencias del Estado.

El procedimiento administrativo no está enumerado como una materia de competencia legislativa. La Constitución italiana no prevé para el Estado o para las regiones competencias sobre la legislación de los principios generales de la acción administrativa, parte de los cuales sería el silencio de la administración pública.

Una solución puede encontrarse en el enfoque de las competencias del Estado orientadas a garantizar, mediante la legislación, un nivel esencial de protección de los derechos sociales y civiles, incluida la competencia del Estado para establecer normas sobre los principios básicos del procedimiento administrativo, tales como el silencio de la administración, pues estas reglas influyen en la protección de los derechos sociales y civiles de los ciudadanos.

Como no es aceptable en una sociedad democrática no contar con una igual protección de los derechos de los ciudadanos, el silencio de la administración y los remedios contra la inactividad deben tener la misma fuerza en todo el territorio nacional, aunque ciertos detalles, como la duración del procedimiento administrativo, pueden variar según la región de que se trate.

El artículo 97 de la Constitución italiana prescribe claramente que la organización y la acción de la administración pública deben respetar los principios de legalidad, imparcialidad y buena administración.

La inactividad de la administración debe ser considerada una violación de estos principios y una infracción de algunas normas criminales, como el artículo 328 del Código Penal italiano.

El principio de buena administración incluye, sin lugar a dudas, el deber de respetar las garantías, como el derecho a la conclusión de los procedimientos administrativos en un debido tiempo y la motivación de todos los actos administrativos (con algunas excepciones).

Esta última obligación tiene el objetivo de poder comprobar la línea de razonamiento seguido por la autoridad administrativa para decidir sobre el asunto.

Como apuntaremos más adelante, antes de la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo del 7 de agosto de 1990 (Ley 1990/241),² las reglas generales del procedimiento eran parte de la jurisprudencia de los tribunales administrativos.

Solo desde la Ley de 1990, la normativa italiana tiene expresamente codificado un principio, en el artículo 2o., de acuerdo con el cual los procedimientos administrativos deben terminar en un debido tiempo con un acto formal.

Desde entonces, como principio general, la inactividad de la administración es ilegal.

La Ley 1990/241, emitida para aplicar el artículo 97 de la Constitución italiana, ha sido modificada por las recientes leyes del 11 de febrero de 2005 (Ley 2005/15) y del 14 de mayo de 2005 (Ley 2005/80), las cuales tienen un interés particular para el tema de esta contribución, pues de ellas se desprende cómo las normas sobre el silencio administrativo han cambiado drásticamente.

III. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1990/241

Según hemos visto, no existía una regulación general sobre el silencio de la administración respecto a una solicitud antes de la Ley 1990/241.

Solo se contaba con el artículo 9o. de DPR,³ al que le concernían únicamente las peticiones presentadas dentro de la administración. De acuerdo con esta previsión, el silencio administrativo mantenido sobre la decisión por más de 90 días era considerado como si se rehusara a responder.

En esta temprana jurisprudencia, el Consejo de Estado italiano (Consiglio di Stato),⁴ se consideraba el rechazo a responder del artículo 9o. del

² “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” (Ley de Procedimiento Administrativo y Derecho al Acceso a los Documentos Administrativos), en *www.parlamento.it*.

³ Decreto Presidente della Repubblica (Decreto del presidente de la República).

⁴ Desde la sentencia del 7 de febrero de 1978 núm. 4 *Consiglio di Stato in Adunanza plenaria* (Consejo de Estado en Audiencia plenaria). Publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1978, III, p. 316.

DPR 1199/1971, y el silencio administrativo en general, como un acto ficticio con efectos negativos, el cual debía ser recurrido en los 60 días siguientes.

La razón era que en un sistema articulado en torno a la anulación, donde el recurso jurisdiccional es concebido como un proceso contra el acto, la ausencia de un acto propiamente dicho impediría el acceso a la justicia.

Solo recientemente⁵ la jurisprudencia ha cambiado.

El Consejo de Estado es ahora de la opinión que la petición del artículo 9o. DPR 1199/1971 no es un equivalente a un acto ficticio con efectos negativos, sino simplemente una ficción para permitir que los ciudadanos puedan recurrir al juez administrativo para que declare que el silencio mantenido por el funcionario administrativo es ilegal.

De acuerdo con este cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado, el recurso ofrece solo soluciones procesales por lo que concierne al silencio mantenido en las peticiones.

Como hemos visto antes, la equiparación del silencio como un acto ficticio con efectos negativos obligaba al ciudadano a recurrir contra el silencio dentro de un plazo límite. El ciudadano no tenía otra manera de proteger sus intereses contra esta forma de administración fraudulenta.

En algunos casos, especialmente en materia de planificación territorial,⁶ la ley prevé que el silencio respecto de una solicitud es equivalente a un acto ficticio con efectos positivos (*silencio assenso*) si la petición está en conformidad con todos los requisitos prescritos por la ley.

Esto era solo en los casos en los cuales la petición de un acto no fuera discrecional. En otras palabras, el acto no se basará en una ponderación de los intereses públicos, sino en una simple verificación de los requisitos previstos por la ley.

En el caso de *silenzio assenso*, el solicitante no tiene que esperar un acto expreso, pues el silencio de la administración lo reemplaza.

Esta ficción legal, de acuerdo con la cual un simple hecho (*non facere*) es considerado como equivalente a un acto positivo, facilitó el reforzamiento del principio de que el proceso administrativo era y es un proceso contra un acto administrativo.

Incluso el llamado *terzo controinteressato*, que puede tener un interés contrapuesto a quien ha hecho la petición, disfruta de una buena protección legal a través de esta ficción legal.

⁵ Desde la sentencia del Consejo de Estado en audiencia plenaria, 24 de noviembre de 1989, núm. 16, publicada en *Foro administrativo*, 1989.

⁶ Véase artículo 7o. de la Ley del 25 de enero de 1982, núm. 94. Puede encontrarse en *www.parlamento.it*.

En muchas sentencias, el Tribunal Constitucional⁷ ha decidido que el *silenzio assenso*, a fin de estar en conformidad con el artículo 97 de la Constitución italiana y específicamente con el principio de buena administración, puede ser recurrido solo si el acto ficticio no es discrecional.

La razón de ser de esta jurisprudencia es obvia. Como el silencio ha sido equiparado a un acto positivo, se pierde la posibilidad de revisar la forma en que los intereses públicos han sido ponderados.

En los casos en donde están implicadas potestades no discrecionales, la revisión es menos necesaria.

Son raros los casos donde la inactividad de la administración después de haberse presentado una petición es equiparada con un acto ficticio con efectos negativos.⁸ En mi opinión, como he apuntado con anterioridad en otros trabajos, es una fortuna que algunas previsiones sean muy raras en el sistema italiano, porque el solicitante no disfruta de una real protección de sus intereses mediante esta construcción legal.

Para resumir la descripción de forma breve, el silencio de la administración es considerado como una negativa a actuar, excepto en aquellos casos donde el silencio es, por disposición legal, calificado de forma diferente —llámese acto ficticio con efectos positivos o acto ficticio con efectos negativos—. Por suerte, estos últimos son raros de encontrar.⁹

Antes, e incluso después de la promulgación de la Ley 1990/241 y hasta la reforma de 2005, en el caso del silencio de la administración, un solicitante antes de recurrir a los tribunales administrativos tiene que actuar por analogía al artículo 25 del DPR 3/1957.

Consecuentemente, si la administración pública no resuelve sobre su petición dentro de un periodo de 60 días, el solicitante puede advertir a la administración para que actúe dentro de un periodo de otros 30 días. Si este periodo transcurre sin que la administración dicte un acto, el solicitante puede acceder a la justicia administrativa.

El propósito del procedimiento dispuesto en el artículo 25 del DPR 3/1957 era tener el silencio de la administración calificado como ilegal por un juez. Sin embargo, este sistema no era satisfactorio, por dos razones. En primer lugar, el procedimiento a fin de tener silencio calificado como ilegal era largo y no había sido creado ni adecuado para este fin. En segundo término, los poderes de los jueces, de acuerdo con la ley italiana de proceso

⁷ Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional) núm. 407 del 12 de diciembre de 1998; núm. 26 del 12 de febrero de 1996; núm. 404 del 17 de diciembre de 1997; núm. 393 del 19 de octubre de 1992. Estas sentencias se encuentran en www.corteconstituzionale.it.

⁸ Véanse, por ejemplo, artículos 13 de la Ley 1985/47 y 25 de la Ley 1990/241.

⁹ Véase artículo 25 de la Ley 1990/241.

administrativo, son muy limitados, puesto que los tribunales no pueden infringir el dominio que corresponde al ejercicio de los poderes discrecionales de la administración.¹⁰

III. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY 1990/241 ANTES DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LAS LEYES 2005/15 Y 2005/80

El texto original de la Ley 241/1990 no debe ser considerado como una codificación general que regula de forma global el procedimiento administrativo, sino como una primera recopilación de principios del procedimiento administrativo, pues aquella solamente preveía algunos principios generales sin especificar previsiones especiales para otro tipo de actos.

A pesar de todo, el artículo 29 de la Ley 1990/241 contiene una previsión según la cual los principios generales allí establecidos son considerados como garantías mínimas que deben ser respetadas por las regulaciones regionales. Las leyes regionales que no contemplen este mínimo de garantías deberán ser desvirtuadas por esta previsión.

La Ley 1990/241 regula procedimientos administrativos a nivel central del gobierno, no a nivel regional. El procedimiento administrativo a nivel regional es regulado por cada una de las regiones.

De acuerdo con el párrafo 2 de la Ley 1990/241, la consecución del procedimiento administrativo que se inicia por solicitud debe terminar con un acto formal después del plazo máximo fijado en la normativa especial, o si este tiempo límite no es especificado, después de 30 días.

Como este artículo no determina al silencio como un acto ficticio negativo o positivo, las autoridades administrativas que intervienen todavía tienen la posibilidad de realizar el acto administrativo después de la expiración del plazo fijado.

Sin embargo, el hecho de que el acto sea expedido demasiado tarde no lo hace ilegal la demora era principalmente relevante para determinar las responsabilidades civiles, criminales y gubernamentales del funcionario.

Como se describe líneas arriba, el procedimiento previsto en el párrafo 25 del DPR 3/1957 no permite un recurso directo al juez administrativo después de que el plazo previsto en el artículo 2o. de la Ley 1990/241 haya expirado. Este será, sin embargo, necesario para seguir el procedimiento establecido en el artículo 25 del DPR 3/1957.

¹⁰ Greco, G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio*, Milán, Giuffrè, 1981; Clarich, M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Turín, Giappichelli, 1995, y Caianiello, V., *Diritto processuale amministrativo*, 2a. ed, Turín, UTET, 1997, pp. 478 y ss.

A pesar de que el silencio por la administración pública puede ser castigado como una ofensa criminal de acuerdo con el artículo 328 del Código Criminal italiano, la protección ofrecida por esta previsión no es muy efectiva.

La prosecución del silencio administrativo como una ofensa criminal no es fácil, puesto que la negligencia del funcionario debe ser probada, y esta debe determinar que el funcionario público no tenía ninguna justificación para expedir el acto en el momento oportuno.

Desafortunadamente, tampoco existe en Italia un sistema de penalización en los sueldos para forzar a las autoridades administrativas a resolver en tiempo.

El artículo 2o. de la Ley 1990/241 debe ser leída en conexión con el artículo 3o., donde el deber de motivar es previsto para todos los actos administrativos, excepto para actos generales vinculantes, como son actos de planificación e instrumentos estatuarios.

Está involucrado el deber de revisar el *iter* lógico seguido por las autoridades administrativas para emitir el acto. Consecuentemente, el silencio de la administración debe ser visto también como una violación a esta previsión.

Antes de la reforma introducida por la Ley 2005/80, el artículo 20 regulaba el llamado *silenzio assenso* solo en algunos casos, enumerados por la legislación secundaria. Esto proveía que el silencio administrativo, después del periodo establecido para resolver una solicitud, conduce a la concesión de la misma.

En esta situación, hay una ficción que autoriza a los ciudadanos a *hacer* (por ejemplo, a construir o a vender periódicos) lo que han pedido. El ciudadano obtuvo la autorización por el simple hecho de que el plazo establecido ha transcurrido. Por medio de esta autorización los ciudadanos están en posesión de todos los requisitos previstos por la ley.

Sin embargo, antes de la reforma el *silenzio assenso*, prácticamente no tiene mucha relevancia, por dos razones diferentes.

En primer lugar, solo en algunos casos previstos por las normas estatutarias, el antiguo artículo 20 conduce al *silenzio assenso* como una excepción a la regla general del artículo 2o., según el cual el silencio es considerado como la negativa a realizar un acto, sea positivo o negativo.

En segundo término, había y hay otro instituto legal que incrementa su relevancia práctica, y que es generalmente aplicado: la comunicación de inicio de actividad (*denuncia di inizio di attività, d.i.a.*) prevista por el artículo 19 de la Ley 1990/241.

De acuerdo con este artículo, en su versión anterior a la reforma de 2005, los ciudadanos pueden, bajo su propia responsabilidad y después de verificar

que reúnen todos los requisitos previstos por la ley, notificar a la autoridad administrativa la fecha en la cual aquellos desean empezar las actividades normalmente sujetas a la solicitud de permiso u otros tipos de autorizaciones, pero sin preguntar ni esperar más.

Esta posibilidad solo existe si no están involucradas valoraciones discrecionales de la administración y si no hay limitaciones en el número de permisos que se pueden otorgar.

Si los requisitos exigidos por la ley no son cumplidos en su totalidad, la autoridad administrativa considera esta actividad ilegal, y puede dar el orden de detenerla, incluso si ya ha comenzado, dentro de un cierto tiempo límite, usualmente 30 días. Sin embargo, este procedimiento de notificación no es aplicable a procedimientos relativos al medio ambiente o a la protección de la salud pública.

Pese a la ausencia de estas limitaciones en el texto del artículo 20 de la Ley 1990/241, la Corte Constitucional italiana¹¹ y la jurisprudencia de los tribunales administrativos italianos¹² han señalado claramente que la equiparación del silencio con un acto administrativo de efectos positivos no debe ser aplicado cuando intereses de particular importancia están involucrados; por ejemplo, casos donde la protección de la salud pública o del medio ambiente están en juego.

En otras palabras, cuando la eficiencia y la rapidez de los procedimientos administrativos están en contradicción con estos intereses “fuertes”, los últimos prevalecerán, puesto que los procedimientos no deberían haber terminado con un acto ficticio con efectos positivos, sino con un acto explícito.

El artículo 25, apartado 4, de la antigua Ley 1990/241, preveía un acto ficticio con efectos negativos en materia de acceso a los archivos públicos. Después de 30 días, el silencio de la administración a una petición para tener acceso a los archivos públicos era considerada como desestimada.

En este caso, a fin de conseguir una protección legal, el ciudadano puede recurrir al juez administrativo tal como si un acto formal con efectos negativos hubiera sido expedido.

El artículo 16 de la Ley 1990/241 todavía lo prevé cuando no se emiten opiniones consultivas en el procedimiento administrativo. Si una opinión consultiva no es otorgada en el plazo debido —para el cual el tiempo límite es 45 días si otro plazo igual no es proveído—, el responsable del procedi-

¹¹ Corte Constitucional núm. 249 del 27 de julio de 1989, en www.cortecosistuzionale.it.

¹² Consejo de Estado, Audiencia general (Adunanza generale), recomendación (parrere), núm. 27/1992, en www.giustizia-amministrativa.it, y Tribunal Administrativo Regional del Abruzzo (T.A.R. Per l’Abruzzo) 23 de abril de 1990 núm. 245, in *Foro Amministrativo*, 1990, p. 2877.

miento administrativo (el llamado “responsable del procedimiento”) lo detiene a fin de esperar por la opinión consultiva o puede decidir si procede sin esta opinión.

Sin duda alguna, esta es una decisión discrecional que no afecta la determinación de responsabilidad del funcionario involucrado a quien se solicita la consulta.

La decisión no puede ser tomada si la opinión infructuosa concierne a la salud pública o al medio ambiente, puesto que la protección de estos ámbitos requiere un acto formal.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1990/241, las opiniones consultivas son actos sin importancia externa en el procedimiento, y es posible que este termine sin ellas.

Desafortunadamente, esta no es una forma adecuada de actuar, ya que estas opiniones a menudo tienen un importante significado para recabar hechos y conocimientos que serán evaluados para preparar la resolución.

El artículo 17 de la Ley 1990/241 todavía prevé una regulación acerca del silencio en lo que se refiere a la expedición de opiniones técnicas (d.i.) —opiniones concernientes a evaluaciones sobre asuntos técnicos— en procedimientos administrativos.

Esta previsión se refiere a opiniones técnicas necesarias para completar el procedimiento administrativo preliminar en otros asuntos donde el interés público está involucrado, y es regulada en el artículo 16.

El artículo 17 conduce a diferentes resultados que en el artículo 16 se hacen cumplir. Es decir, según la redacción de este artículo, si el silencio en la expedición de una opinión técnica es más largo que el plazo de —90 días— la autoridad consultiva a quien se le atribuye el deber de expedir la opinión es sustituida por otra, puesto que se considera que estas opiniones técnicas son muy necesarias para completar el procedimiento administrativo.

En algunos casos previstos por la ley, a los cuales se les denomina “silencio devolutivo”, la inercia mantenida por la administración comporta la modificación de las competencias administrativas. En efecto, son establecidas intervenciones sustitutivas de sujetos diversos respecto de aquellos originariamente competentes. Se piensa, por ejemplo, en el mismo artículo 17 de la Ley 241 de 1990, del que hablábamos líneas arriba en el tema de la inercia en la expedición de actos endoprocedimentales (valoraciones técnicas). En particular, si transcurren inútilmente noventa días desde la presentación de la solicitud dirigida a adquirir valoraciones técnicas, el responsable del procedimiento debe solicitarla a otros entes u órganos de la administración dotados de la competencia necesaria.

Por lo tanto, asistimos al ejercicio de poderes sustitutivos, los cuales permiten sustituir a los sujetos que permanecen inertes para permitir un adecuado cumplimiento de la fase instructora del procedimiento administrativo.

Las intervenciones sustitutivas son ciertamente aquellas que, aun alargando el tiempo del procedimiento, garantizan un mejor desarrollo regular de la función administrativa.

En el sentido del artículo 17 de la Ley 241 de 1990, no se plantea la intervención de poderes sustitutivos si la valoración técnica, no emanada en el plazo que establece la ley, concierne a la protección del ambiente, del paisaje o de la salud humana. Se trata de valores tan importantes para la tutela, que se considera oportuno mantener la competencia de los sujetos que se indicó por la ley inicialmente.

La hipótesis contemplada en el artículo 16 de la Ley 241 de 1990, en cambio, no constituye un caso de silencio devolutivo. En el artículo 16, en efecto, se establece que el silencio mantenido durante otros cuarenta y cinco días por la autoridad a la cual había sido solicitada una opinión obligatoria permite al responsable del procedimiento, si lo considera oportuno, continuar con el procedimiento sin esperar a la emanación del acto consultivo para no causar retardo en la adopción de la resolución final.

La posibilidad de proceder en ausencia de la opinión podría obviamente comportar un empobrecimiento de la instrucción y, por consecuencia, una escasa “calidad” de la resolución final.

El responsable del procedimiento caso por caso y previa motivación congruente deberá decidir si privilegia la rapidez de la acción administrativa en perjuicio de su calidad.

La posibilidad de prescindir de la opinión no emanada en el plazo previsto no es asumible, en el sentido del artículo 16 citado; deben ser adquiridas opiniones teniendo como objeto la tutela del ambiente, del paisaje territorial y de la salud de los ciudadanos.

No se trata de un mecanismo sustitutivo en sentido propio, puesto que la autoridad originariamente competente permanece de todos modos como tal, pues no pierde el poder de pronunciarse; se invoca el artículo 25, inciso 5, de la Ley 241 de 1990, modificado por la Ley 15 de 2005. Transcurrido infructuosamente el término de treinta días sobre una petición de acceso a los documentos administrativos, el interesado puede dirigirse al Defensor del Pueblo o a la Comisión para el acceso, quienes examinan la solicitud y se expresan sobre su legitimidad. La autoridad competente en los sucesivos treinta días deberá confirmar la denegación expresa o tácita, o bien el acceso quedará consentido.

V. SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LAS LEYES 2005/15 Y 2005/80

Como hemos visto anteriormente, la Ley 14/2005 y la Ley 80/2005 han transformado sustancialmente la Ley 1990/241, especialmente con referencia a las previsiones sobre el silencio de la administración.¹³ En la nueva versión del artículo 2o. se confirma que los procedimientos administrativos deben terminar con un acto formal dentro del plazo fijado, el cual puede ser suspendido, si es necesario, para obtener opiniones consultivas o conocer nuevos hechos.

Después de la reforma, la Ley 1990/241 ahora prevé (artículo 2o.) un plazo generalizado de 90 días (en la regulación anterior este era de 30 días) si una previsión legal específica no dispone un término diferente para la finalización de los procedimientos administrativos.

Excepto en casos donde el *silenzio assenso* es implementado, cuando una autoridad ha fallado en expedir el acto en el término debido, es posible dirigirse al juez administrativo directamente, sin la implementación del procedimiento previsto por el artículo 25, DPR 3/1957, antes descrito, pero en el plazo de un año como máximo.

La previsión más importante del “nuevo” artículo 2o. es que los tribunales administrativos pueden pronunciarse sobre los derechos del solicitante y no, como era el caso anterior, simplemente declarar el silencio como ilegal. Desafortunadamente no hay distinción en la ley entre actividad discrecional y reglada. Esto significa que el juez puede incluso regular sobre actividades discrecionales si se interpreta el artículo 2o. en sentido literal.¹⁴

En mi opinión, esto puede ser más bien peligroso y estar en contradicción con los principios generales de nuestro sistema de derecho administrativo, perfilado por la separación de poderes.

Si están involucradas competencias discrecionales, solo la administración pública está autorizada para tomar decisiones, porque esta es la única autoridad con una legitimación democrática derivada directamente de la especial relación existente entre el Parlamento y el gobierno (el llamado *rapporto di fiducia*).

Sin lugar a dudas, el juez administrativo puede pronunciarse sobre los derechos del solicitante solo si no es necesaria o no está involucrada una va-

¹³ Corradino, M., *Termini, efficacia del provvedimenti e silenzio dell'amministrazione nelle 'riforme' della Legge*, núm. 241, 2005, en www.giustamm.it.

¹⁴ Tribunale Administrativo Regional Campania-Napoli, Secc. I, 13 de junio de 2005, núm. 7817, en www.lexitalia.it; Tribunal administrativo regional per la Puglia-Bari, Secc. I, 7 de junio de 2005, núm. 2770, en www.giustamm.it.

loración de los intereses públicos. Incluso más allá, el juez no puede expedir un acto en el lugar de la administración pública si los requisitos y presupuestos del acto no son completamente previstos por la ley. Esto siempre ha sido así en el derecho italiano.

Esta conclusión está también apoyada por el hecho de que el artículo 2o. de la Ley 2000/205 se formula de un modo que no parece permitir que los tribunales administrativos tomen decisiones que son materia de la administración.

El nuevo artículo 20 de la Ley 1990/241 prevé, en general, la equiparación del silencio, después de transcurrido el plazo máximo para resolver, de noventa días, como un acto ficticio con efectos positivos, excepto en los casos excluidos especialmente por normas gubernamentales.

Aparte de las solicitudes previstas en el artículo 20 de la Ley 1990/241, también están excluidos los casos en los cuales se aplica el procedimiento de notificación o denuncia de inicio de actividad del artículo 19; es decir, los procedimientos donde la protección del medio ambiente, del patrimonio cultural, de la salud pública, de la seguridad nacional e inmigración están involucrados, así como también los casos donde la normativa comunitaria impone la adopción de un acto formal.

En el “nuevo” artículo 20 se puede encontrar el eco de la jurisprudencia que se describió antes, de acuerdo con la cual los valores e intereses más “fuertes”, como la salud pública y la protección del medio ambiente, prevalecen si surge un conflicto entre ellos y las necesidades de eficiencia y celeridad de los procedimientos administrativos.

Como ya lo mencionaba, el *silenzio assenso* se configura como el caso de formación automática del acto ficticio, una vez transcurrido el plazo y en presencia de los requisitos de existencia del instituto, por lo que el interesado podrá actuar, a todos los efectos, como si estuviera en posesión de una resolución expresa de estimación de la solicitud, eventualmente impugnable por los terceros interesados si lo consideran ilegítimo, o por parte de la administración en vía de autotutela cuando recurren los presupuestos.

El *silenzio assenso* se considera distinto de otros casos similares, comúnmente llamados por el mismo nombre.

Nos referimos, por ejemplo, a los casos en los cuales se reconoce a una autoridad el poder de ejercitar un control sobre actos dentro de un plazo perentorio. La finalización del plazo no comporta la constitución de un acto ficticio de estimación, sino la simple consumación del poder de control sobre el acto adoptado, que de esta manera se vuelve plenamente eficaz.

Sin contar que en el caso del *silenzio accoglimento*, estimación por silencio de la administración, es el privado quien establece la disposición de sus inte-

reses, y por lo tanto participa del ejercicio de la acción administrativa, mientras que en los casos de control antes mencionados, una autoridad —no necesariamente superior— verifica la disposición de los intereses cuidados por otra. El elemento común a los dos casos es la perentoriedad del plazo. Su transcurso implica la consumación de poder de resolver en modo legítimo.

Una singular forma de evitar que se produzca el *silenzio assenso* se encuentra en el artículo 10 bis de la Ley 241 de 1990, en donde es previsto que la administración pública, antes de la adopción de una resolución en sentido negativo, tiene la obligación de la comunicación de los motivos que obstaculizan la estimación de la instancia. Dentro del plazo de diez días desde el recibimiento de la comunicación, los solicitantes tienen el derecho de presentar por escrito sus observaciones, eventualmente acompañadas de documentos. La *ratio* de la disposición es permitir la participación al procedimiento administrativo por parte del interesado y hacerlo de modo en que la administración, antes de resolver, tenga en cuenta todos los posibles hechos e intereses presentes en el procedimiento.

La aplicación de tal disposición, obviamente, como ya hemos dicho, impide la formación del silencio positivo, puesto que excluye la posibilidad de que el silencio pueda valer como la estimación de la petición. Además, manifiesta el propósito de la administración pública de pronunciarse en modo expreso.

1. *La naturaleza del silenzio assenso*

El legislador, en el artículo 20 de la Ley 241/1990, se ha orientado, cuando menos literalmente, hacia una concepción *sustancial* del silencio, que resiente la posición de absoluta centralidad que es reconocida al acto administrativo en nuestro ordenamiento, como lo demuestra la naturaleza impugnatoria del proceso administrativo.

En efecto, la identificación de la inercia de la administración pública, con un acto tácito de silencio, permite no solo que el solicitante del acto permisivo desarrolle la actividad solicitada, sino también que el tercero interesado impugne el *silenzio assenso* formándose sobre la instancia presentada con la misma modalidad que con la que se habría impugnado al acto administrativo escrito.

Una parte de la doctrina, en alternativa a esta concepción del *silenzio accoglimento* como acto administrativo, ha planteado, en efecto, la cualificación del instituto reconduciéndolo a la situación de legitimación *ex lege* y estudiando el fenómeno en términos de existencia/inexistencia.

La estimación por silencio aparece mejor connotada si se reconduce al cauce de las valoraciones legales típicas. En virtud de las valoraciones efectuadas por la ley, un comportamiento omisivo de por sí insignificante produce el efecto típico de una resolución administrativa conclusiva del procedimiento. El elemento que distingue al *silenzio assenso*, por lo tanto, es justo tal equivalencia de efectos, que no implica la identidad de la sustancia entre una conducta omisiva, privada de connotaciones de negatividad o positividad, y de un acto administrativo, que cumplen evidentemente elementos de naturaleza distinta.

La jurisprudencia aparece conforme con afirmar que la verificación jurisdiccional de la formación del instituto no puede venir en sede del proceso de mera comprobación, sino solo en el ámbito de un proceso de impugnación del acto administrativo que confirme al privado la subsistencia de tal caso. Razonando en términos diferentes se alterarían los esquemas tradicionales del proceso administrativo, como repetidamente ha afirmado la jurisprudencia administrativa. Es por tanto que en los juicios de comprobación, la jurisprudencia ha adaptado la forma procesal concebida por el legislador para el proceso de impugnación, aun cuando tal adaptación presupone que se mueva fuera de las relaciones típicas entre el poder administrativo y los intereses legítimos, puede decirse, en un contexto en el cual estén en entredicho derechos subjetivos patrimoniales o no.

2. *Silenzio assenso y declaración de inicio de actividad: diferencias*

El *silenzio assenso* se ha mantenido conceptualmente distinto de aquel de la denuncia de inicio de actividad, previsto no solo en disposiciones legislativas específicas, sino incluso como se ha comentado en el artículo 19 de la Ley 241/1990. Este último postula una total superación del momento autorizatorio que no se verifica, en cambio, en los casos de *silenzio assenso*, cambia únicamente la forma del acto autorizatorio: de aquel escrito se pasa a un *silenzio significativo*.

El régimen del cual trataba el artículo 19 de la Ley 241 de 1990 en la formulación anterior a la entrada en vigor de la Ley 80 de 2005 resultaba aplicable solo en los casos en los cuales la expedición del acto de estimación era subordinado al ejercicio de la actividad privada, y se presentaba como un acto vinculado; es decir, como dependiente de pruebas destinadas a él, y no fuera previsto ningún límite o contingente global a la expedición del acto mismo. De cualquier modo, no debe verificarse en los casos de tutela de los valores histórico-artísticos y ambientales y de la salud de los trabajadores en el lugar del trabajo.

La Ley 80/2005 ha introducido modificaciones sustanciales al instituto de la denuncia de inicio de actividad. En particular, se ha aumentado notablemente su campo de aplicación, y ahora comprende también a los actos habilitativos que connotan una discrecionalidad técnica a las concesiones no constitutivas y a las peticiones para las inscripciones del ejercicio profesional o de roles exigidos para el ejercicio de actividad empresarial, comercial o artesanal.

Además, una vez presentada la declaración, la actividad no puede iniciarse enseguida, sino después de transcurrido un espacio temporal mínimo fijado de treinta días, término que las regiones pueden disminuir o aumentar para los procedimientos de relevancia regional.

La nueva fórmula del artículo 19, además, admite expresamente que la administración pública ejerce poderes de autotutela, aproximando, cuando menos literalmente, la d.i.a al *silenzio assenso*.

En fin, para intentar resolver las controversias ya expuestas se establece la jurisdicción exclusiva del juez administrativo para todas las controversias que se presenten en materia de d.i.a.

No hay que olvidar que con la reforma introducida por las leyes 14/2005 y 80/2005 el *silenzio assenso* es sin duda fuertemente implementado, porque la equiparación del silencio de la administración como un acto ficticio con efectos positivos apoya el desarrollo de actividades económicas mucho más que un acto ficticio con efectos negativos.

VI. JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y SILENCIO ADMINISTRATIVO

A fin de describir la competencia de los tribunales administrativos en el caso del silencio de la administración, es necesario distinguir entre tres clases diferentes de silencio: el silencio como un acto ficticio de efectos negativos (*silenzio diniego* o *silenzio rigetto*), el silencio como una negativa a realizar un acto administrativo debido (*silenzio inadempimento* o *silenzio rifiuto*), y el silencio como un acto ficticio con efectos positivos (*silenzio assenso*).

Mientras que en el caso de *silenzio diniego* el solicitante se dirige al juez administrativo a fin de anular el acto como si fuera un acto administrativo expreso, en el caso del *silenzio inadempimento* el solicitante se dirige al juez administrativo para obtener una declaración de la ilegalidad del comportamiento de la administración pública. Esta mantiene la posibilidad de llevar a cabo el acto después de que el plazo ha expirado.¹⁵

¹⁵ Consejo de Estado, sent. IV, del 20 de noviembre de 2000, núm. 6181; Consejo de Estado, sent. VI, del 23 de octubre de 2000, núm. 5573, las cuales pueden ser encontradas en www.Giustizia-amministrativa.it.

Los dos tipos de silencio mencionados líneas arriba (*silenzio diniego* y *silenzio inadempimento*) responden a dos diferentes modelos procesales. El *silenzio diniego* es revisado en un juicio de anulación con un plazo obligatorio, mientras que el *silenzio inadempimento* debe buscarse por una declaración dentro del plazo del derecho por el cual la protección judicial es buscada. Como resultado del enfoque italiano de la separación de poderes, los tribunales administrativos solo pueden ordenar a la administración que emita un acto administrativo expreso.

Los tribunales no pueden expedir un acto administrativo de un contenido específico, ya sea positivo o negativo, pues no se les permite sustituir con sus evaluaciones las que no fueron emitidas. Los tribunales administrativos están instituidos para aplicar leyes, mientras que la administración pública está para sopesar el interés público, pues tiene la legitimación democrática para hacerlo.

Hasta la Ley 2000/205,¹⁶ que reforma parcialmente el proceso contencioso administrativo italiano, los fallos de los tribunales administrativos eran completamente inútiles, considerando tanto el largo tiempo necesario que les toma como el contenido de la resolución.

Lo único que los tribunales podían hacer era verificar que la administración tenía la obligación de proseguir y terminar los procedimientos administrativos con un acto formal. Después de esa resolución, el ciudadano habitualmente esperaba todavía más tiempo hasta que la administración finalmente quisiera expedir el acto de acuerdo con la orden de los tribunales.

En el párrafo 2 de la Ley 2000/205 es previsto un nuevo tipo de proceso para recurrir contra el llamado *silenzio inadempimento*, en el cual el plazo para dirigirse al juez administrativo es fuertemente reducido (treinta días) comparado con el plazo usual (sesenta días). De acuerdo con este nuevo modelo de proceso, si la administración no actúa dentro del plazo, el juez nombra al *commissarius ad acta*, d.i., un funcionario público que desempeñará la actuación necesaria sustituyendo la competencia original del servidor público competente,¹⁷ puesto que el juez no puede realizar el acto por sí mismo.

¹⁶ Ley del 21 de julio de 2000, núm. 205 (*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa* —Ley sobre el “nuevo” proceso administrativo—) puede ser encontrado en www.parlamento.it.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 2o. de la Ley 2000/205 (*I recursi avverso il silenzio dell'amministrazione sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Nel caso che il collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori. La decisione è appellabile entro trenta giorni dalla notificazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio d'appello si seguono le stesse regole*). El recurso contra el silencio de la administración es resuelto con un procedimiento simplificado en Cámara. La decisión contiene una breve descripción de los

Desde el punto de vista del principio de tutela judicial efectiva contra la acción administrativa, dispuesta en el artículo 113 de la Constitución italiana, el artículo 2o. de la Ley 2000/205 constituye una oportunidad perdida para asegurar una amplia protección a los ciudadanos. Esto solo tiene como resultado una fuerte reducción de los plazos del procedimiento tradicional¹⁸ y la oportunidad de nombrar al *commisarius ad acta*.

Hubiera sido preferible que la ley hubiera previsto una penalización al “funcionario silencioso” y, en el caso de no estar en presencia de poderes discrecionales, que el juez realizara el acto en el lugar de la administración.

En el caso de *silenzio assenso*, las normas del proceso administrativo que se aplican a actos administrativos formales son observadas normalmente; sin embargo, los vicios que le atañen son obviamente diferentes a los que normalmente afectan a los actos formales.

De paso, es importante tener en cuenta que la autoridad administrativa puede revocar el *silenzio assenso* si resulta que este es considerado ilegal. En este caso, la autoridad administrativa está bajo la fuerte obligación de explicar los motivos para la revocación, haciendo mención del balance que hizo de los diferentes intereses involucrados, tal como lo estipula el artículo 20 de la Ley 1990/241.

1. *La subsistencia de la obligación de resolver*

Así como se forma el silencio de la administración pública, como ya he dicho, debe subsistir la obligación jurídica de resolver. La orientación original restrictiva con base en la cual la obligación jurídica de resolver no debe derivar necesariamente de una disposición con carácter de ley, de reglamento o de algún otro acto administrativo, ha sido sometido a una revisión crítica por parte de pronunciamientos recientes, los cuales han afirmado que tal obligación no necesariamente debe derivar en una disposición específica y puntual, sino que se puede deducir también de prescripciones de carácter genérico y de los principios reguladores de la acción administrativa. Por

razonamientos seguidos por los jueces, y esta decisión es tomada después de oír a aquellos abogados en representación de las partes involucradas que la han reclamado. El tiempo límite en el cual la decisión debe ser tomada es de 30 días, los cuales corren a partir de la interposición del recurso o, si es requerida alguna investigación, desde el día fijada para esta. Las apelaciones contra la decisión han de ser interpuestas en el término de 30 días desde su notificación o, a falta de ella, en el plazo de 90 días desde la comunicación de su publicación. En la apelación se seguirán las mismas reglas dispuestas para el primer recurso.

¹⁸ Consejo de Estado, audiencia plenaria del 9 de enero de 2002, núm. 1, en www.giustizia-amministrativa.it.

ejemplo, tal obligación puede originarse del respeto al principio de imparcialidad (por ejemplo, cuando se solicita una nueva revisión de un acto irrevocable) en el caso en que por razón de un cambio en la orientación de la administración sea modificada *in melius* la posición de otros sujetos que se encuentran en situaciones totalmente asimilables.

Tal obligación también puede encontrar fundamento en el principio del *buon andamento* de la acción administrativa, en el caso en que la administración con su comportamiento hubiera inducido alguna confianza al privado, ya sea en la hipótesis en la cual el procedimiento administrativo todavía no se haya iniciado o bien ya sea que el mismo haya comenzado como continuación a la instancia del solicitante. Otra fuente de la obligación de resolver puede ser determinada en el pleno respeto del principio de legalidad de la acción administrativa.

Conclusivamente se puede sostener que hoy, aun prescindiendo de la existencia de una disposición administrativa específica, reglamento o acto administrativo impositivo de obligaciones, la jurisprudencia sostiene que el mismo subsiste en todas aquellas hipótesis particulares en las cuales, por razones de justicia y equidad, se impone la adopción de una resolución. Y, por lo tanto, cada vez que en relación con el deber de formalidad y de buena administración de la parte pública surja para el privado una expectativa legítima a conocer el contenido y las razones de la determinación, cualquiera que ellas sean.¹⁹ Por ejemplo, se ha considerado que subsistirá la obligación de resolver de la administración pública en todas aquellas hipótesis en las cuales los ciudadanos hubieran presentado una solicitud a un ayuntamiento para obtener la concesión a unirse al acueducto comunal (para beneficiarse del servicio hídrico), entendido que dicha solicitud aunque no sea correlacionada a un procedimiento administrativo tipificado debe considerarse idónea para dar comienzo al procedimiento relativo, por razones de justicia y equidad, y que debe concluirse con una resolución expresa.²⁰

2. Resolución sobrevenida

En la hipótesis en la cual sobrevenga una resolución en el transcurso de un juicio contra el silencio de la administración pública, en aplicación del artículo 21 bis de la Ley 1034 de 1971, se declarará la improcedencia del recur-

¹⁹ TAR Campania, sentencia II, 10 de abril de 2008, núm. 547, en www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ TAR Lazio, Roma, sentencia II ter, 11 de octubre de 2007, núm. 9948, en www.giustizia-amministrativa.it.

so por sobrevenir la falta de interés (si la instancia ha sido desestimada y por lo tanto ha cesado la materia del pleito o si la instancia ha sido acogida y se ha conseguido el bien de la vida al cual se aspiraba).

En efecto, cada vez que la administración ejercita la función pública con una decisión expresa viene a menos la exigencia de certeza sujeta a la *ratio* del artículo 21 bis, de modo que el juez administrativo *ante omnia* deberá limitarse a emitir el acto con las consecuencias procesales establecidas al contenido de la resolución expresa. En esta hipótesis no será posible efectuar ninguna valoración sobre el fundamento de la pretensión sustancial que será valorada en el eventual juicio de legitimidad que el solicitante insatisfecho puede interponer.

Pero, a fin de que pueda ser declarado el cese de la materia del litigio, será necesario que el administrado haya conseguido el bien de la vida al que en concreto aspiraba, y que por lo tanto la resolución sobrevenida sea favorable al solicitante.

3. Resarcimiento del daño ocasionado por el silencio de la administración

La cuestión del resarcimiento del daño se plantea como problemática, evidentemente, solo con relación a la hipótesis de *silenzio-inadempimento* (incumplimiento), ya que en los casos de *silenzio-accoglimento* (estimación) y, en el caso opuesto, de *silenzio-diniego* (denegación) se siguen los criterios utilizados en las hipótesis de resoluciones administrativas ilegítimas.

La ausencia de ejercicio del poder administrativo no había sido nunca resultado objeto de una tutela resarcitoria hasta cuando la Corte de Casación, SS.UU., con la sentencia del 22 de julio de 1999, núm. 500, reconoció la resarcibilidad también de los intereses legítimos (y no solo de los derechos subjetivos, como sucedía antes de la citada sentencia).

La Corte de Casación ha afirmado que el artículo 2043 del Código Civil no es norma secundaria, sino una norma primaria, cláusula general de responsabilidad en caso de lesión de un interés jurídicamente relevante, y compete al juez establecer, en cada ocasión, si el interés lo amerita. Al sujeto que habiendo presentado una solicitud a la administración, cuando esta tiene el deber de resolver y no lo hace, siendo la pretensión fundada, será aquella sujeta a resarcir la lesión —que se produce con la falta de la adopción de la resolución administrativa— del interés legítimo vulnerado.

El retardo con el cual la administración adopta la resolución, según la jurisprudencia unánime del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Audien-

cia Plenaria, 15 de septiembre de 2005, núm. 7)²¹ puede ser resarcido solo cuando se trate del retraso en la adopción de una resolución por la que se estime la instancia del solicitante. El retardo en la expedición de la disposición de denegación no es considerado merecedor de una tutela resarcitoria, por cuanto no se considera que se produzca ningún daño.

El juez administrativo es competente para pronunciarse sobre el daño ocasionado por el retraso que debe dar paso al procedimiento ordinario, y no a aquel procedimiento especial del que trata el artículo 21-bis de la Ley 1034 de 1971.²² De hecho resultaría inadmisibles una demanda de resarcimiento del daño propuesta con un recurso contra el silencio de la administración pública, el cual se desarrolla de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 2o. de la Ley 205 del 21 de julio de 2000, por cuanto, tratándose de cuestiones de naturaleza patrimonial, no podría ser decidida en Sala de Consejo, sino que precisaría de la audiencia pública.

La solicitud de comprobación de un daño “por retardo” de la administración pública debe ser en todo caso reconducida al artículo 2043 del Código Civil por cuanto atañe a los elementos constitutivos del ilícito (injusticia del daño y la culpa o dolo del agente). La injusticia y la subsistencia misma del daño no pueden, en principio, presumirse *juris tantum*, es decir, en relación con la verificación del mero retardo en la adopción de la disposición administrativa. Quien alega el daño debe, en aplicación del artículo 2697 del Código Civil, probar todos los elementos constitutivos de la petición.

La acción de resarcimiento de los daños por el retardo de la administración pública precisa siempre de la cuantificación de los daños, con referencia ya sea al daño emergente o al lucro cesante. La jurisprudencia²³ afirma que para la estimación de la solicitud de resarcimiento del daño por el retraso no es suficiente un retardo genérico en el desarrollo de la actividad administrativa debido a la inercia de una única persona física, sino que es necesario que se verifique un funcionamiento defectuoso en su conjunto, reconducible a comportamientos gravemente negligentes o a una intención de perjudicar en contradicción con la reglas de legalidad, imparcialidad y *buon andamento* de la administración pública, de lo cual trata el artículo 97 de la Constitución italiana.

²¹ Puede encontrarse en www.giustizia-amministrativa.it, para los precedentes *cf.* Consejo de Estado, sentencia IV, 11 de junio de 2002 núm. 3256, en www.giustizia-amministrativa.it. Por último, *cf.* TAR Lazio, Roma, sent. III-quater, 31 de marzo 2008, núm. 2704.

²² *Cfr.* TAR Lazio, Roma, sent. II-bis, 9 de septiembre de 2005, núm. 6789 y TAR Lazio, Roma, sent. I-ter, del 6 de julio de 2005, núm. 5523 en www.giustizia-amministrativa.it.

²³ *Cfr.* TAR Lazio, Roma, sentencia III-quarter, 31 de marzo de 2008, núm. 2704.

Por unanimidad de jurisprudencia, la vulneración del plazo para la conclusión de un procedimiento y la falta de adopción de la resolución final no causan por sí mismas un daño *contra ius*, puesto que no se configura un interés procedimental entendido en el sentido formal; es decir, separado de aquel sustancial, teniendo como objeto la expectativa el ejercicio del poder administrativo.

El sistema italiano de tutela de los intereses legítimos pretensivos permite el resarcimiento monetario del daño solo en la hipótesis en la cual se tenía como objeto la protección de intereses sustanciales y no puramente procedimentales.

En nuestra opinión, tal jurisprudencia no puede ser compartida, puesto que entendemos que no solo existe siempre un interés, sino nada menos que un derecho, a la certeza del tiempo de la actividad administrativa para obtener una respuesta de la administración, que también puede ser negativa, y que constituye en todo caso para el administrado un punto firme para regular sus propios intereses²⁴ jurídicos en el futuro.

No se olvida que en un pasado no muy lejano, al artículo 17, inciso 1, letra f), de la Ley 59 de 1997, c.d. ‘Bassanini I’ —permanece desprovisto de actuación reglamentaria— preveía una forma de indemnización automática y preestablecida en las hipótesis en las cuales no se hubiera adoptado oportunamente una resolución, no necesariamente de contenido positivo. Sería, por lo tanto, reconocida una indemnización solamente por la falta de adopción de la resolución en el plazo previsto.

Con esta disposición, por lo tanto, se protegía como valor primario la falta de respeto al plazo del procedimiento, prescindiendo de la efectiva competencia del bien de la vida al cual se aspiraba mediante la solicitud.

El artículo 17, inciso 1, letra f) de la Ley 59 de 1997, expone la delicada cuestión sobre la naturaleza de los intereses procedimentales y de su encuadramiento en la categoría de los derechos subjetivos o en la de los intereses

²⁴ Cfr. Clarich, M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Turín, 1995, pp. 1566 y ss.; la inercia mantenida por la administración en los procedimientos a instancia de parte no integra el ejercicio del poder del cual emanaría un interés legítimo, sino un simple hecho de inobservancia, del cual nace un derecho subjetivo a conseguir el cumplimiento de la prestación deducida por obligación, realizándose en el ejercicio oportuno, independientemente de su contenido, del poder autoritativo. Se consigue que la administración que resuelve con retraso o que no resuelve en absoluto sea sujeta en cada caso a resarcir los daños consiguientes a la situación de incerteza en cuanto a la expedición de la resolución solicitada el cual ha sido culpablemente abandonado aquel que ha presentado la instancia. En jurisprudencia, cfr. Consejo de Estado, sentencia, V, 22 de noviembre de 1991, núm. 1331, en Consejo de Estado, 1991, 1, 1711. Se lee también Casación Civil, 10 de enero de 2003, núm. 157, en *Foro II.*, 2003, 1, 78.

legítimos. La respuesta a tal cuestión depende de la naturaleza que se le reconozca a través de artículo 2o. de la Ley 241 de 1990.

Si se considera que el artículo 2o. ha sido redactado en atención a los intereses de la administración para regular en primer lugar el ejercicio del poder, del artículo 2o. de la Ley 241 de 1990, se desprenderían solo intereses legítimos, como se plantea en la decisión de la Audiencia Plenaria del Consejo de Estado núm. 7 de 2005.

Si en cambio se considera que el artículo 2o. ha sido previsto, sobre todo, en atención a los intereses privados a fin de regular las relaciones entre la administración y los administrados o, mejor dicho, a fundar su derecho (subjetivo) en el respeto de las reglas procedimentales, del artículo 2o. se desprendería solo derechos subjetivos, y por lo tanto el ciudadano y la administración pública se encontrarían en una posición de presunta igualdad.²⁵

Solo en esta última hipótesis se debe resarcir la situación de incerteza que va más allá del plazo de conclusión del procedimiento y, la cuantificación del daño, una vez demostrada la culpa²⁶ de la administración, debería ser remitida al interés negativo,²⁷ cuantificable con los gastos sostenidos inútilmente por el solicitante y con la cuantificación de la pérdida de *chances* (ulteriores ocasiones), recordando que no son debidos los años que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria (artículo 1227, Código Civil).

Para solicitar el resarcimiento de los daños, la jurisprudencia²⁸ exige que deba ser llevado a cabo el procedimiento del *silenzio-rifiuto*, puesto que es necesario para la configuración de un retardo imputable y de la injusticia del daño causado, ya que sanciona el deber de proveer de la administración sobre la instancia del solicitante y establece el carácter *contra ius* de la vulneración de tal obligación.

VII. CONCLUSIONES

En mi opinión, la única forma de concluir los procedimientos administrativos debería ser aquella que involucra un acto formal, el cual es, de

²⁵ Cfr. Orsi Battaglini, A., *Alla ricerca del Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milán, 2005.

²⁶ Cfr. Scoca, F. G., “Risarcibilità e interesse legittimo”, *Diritto Pubblico*, 2000, 13, el cual hace referencia a que tales intereses forman parte del interés legítimo que en su efectiva consistencia resultaría liberado de la utilidad final.

²⁷ Consejo de Estado, Ord. sentencia IV, 7 de marzo de 2005, núm. 875, en www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Para una respuesta positiva, cfr. TAR Puglia, Bari, sentencia II, 13 de enero de 2005, núm. 56 y TAR Emilia Romagna, Parma, 25 de noviembre de 2002, núm. 852, en www.giustizia-amministrativa.it.

hecho, el único acto que permite un control real sobre la forma en que el poder público es utilizado.²⁹

Por consiguiente, los casos donde el *silenzio-assenso* es aplicable deberían ser fuertemente reducidos. Lo mismo puede ser dicho acerca de la notificación o denuncia de inicio de actividad (llamada d.i.a.), la cual no prevé una efectiva protección procedimental de los derechos de aquellas personas que tienen intereses opuestos a los intereses de los solicitantes (*terzi controinteressati*).

En lugar de prever casos en los que el *silenzio-assenso* es aplicable, el legislador debería hacer un mayor esfuerzo en organizar mejor la acción de las autoridades administrativas a fin de prevenir el silencio y la inactividad, así como fortalecer la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Desafortunadamente, la reforma de la Ley 1990/241 se dirige en la dirección contraria. La equiparación del silencio con un acto ficticio de efectos positivos encuentra amplia difusión incluso en sustitución de actos discrecionales, con la predecible consecuencia de que no será posible el control del uso de los poderes de la administración pública. La técnica del silencio positivo puede incluso estar en contradicción con una protección real del medio ambiente y la asignación equitativa de los recursos públicos.

El nuevo texto del artículo 2o. de la Ley 1990/241 extiende el poder de los tribunales administrativos, puesto que el juez administrativo puede incluso pronunciarse sobre la petición del solicitante, aparentemente incluso si están involucradas las competencias discrecionales administrativas, con el riesgo real de una sustitución del juez administrativo por la administración pública.

El procedimiento especial previsto por el artículo 2o. de la Ley 2000/205, que he descrito antes, no tiene las características adecuadas para restringir estos nuevos poderes dados a los tribunales administrativos.

Incluso con la reforma de las leyes 2005/14 y 2005/80, el silencio de la administración pública permanece como ejemplo de fracaso administrativo, y la amplia difusión del *silenzio-assenso* o el indiscriminado incremento de los poderes de los tribunales administrativos no son la mejor solución.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BORSI, U., "Il silenzio de la pubblica amministrazione de i suoi effetti processuali", *Revista di Diritto Processuale Civile*, 1932.
- CAIANIELLO, V., *Diritto processuale amministrativo*, 2a. ed., Turín, UTET, 1997.
- CLARICH, M. *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Turín, 1995.

²⁹ Travi, A., *Silenzio assenso de esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985.

- FRAGOLA, U., *La dichiarazione tacita de la pubblica amministrazione*, Nápoles, 1942.
- GRECO, G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio*, Milán, Giuffrè, 1981.
- LEDDA, F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Turín, Giappichelli, 1964.
- ORSI BATTAGLINI, A. *Alla ricerca del Stato di Diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milán, 2005.
- PARISIO, V. (dir.), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milán, Giuffrè, 2006.
- , *Il silenzio della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milán, Giuffrè, 1996.
- RANELLETTI, O., "Il silenzio nei negozi giuridici", *Revista Italiana per la Scienze Giuridiche*, vol. XIII, 1982.
- SANDULLI, A. M. "Questioni recenti in tema di silenzio della Pubblica Amministrazione", *Foro Italiano*, 1919.
- , *Manuale di diritto amministrativo*, 15a. ed., Nápoles, 1989.
- SCOCA, F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1971.
- , "Risarcibilità e interesse legittimo", *Diritto Pubblico*, 2000.
- TRAVI, A., *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985.