

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. LEGUINA VILLA
y **E. DESDENTADO DAROCA**

El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero

E. COBREROS MENDAZONA

La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral del País Vasco

G. DOMÉNECH PASCUAL

El seguimiento de normas y actos jurídicos

F. PASCUA MATEO

Las leyes de armonización: esbozo de una construcción dogmática

167

Madrid

Mayo/Agosto

2005

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 167,
Madrid, mayo-agosto (2005)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

LA TUTELA DEL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO: NUEVAS PERSPECTIVAS PARA EL CIUDADANO

GIAN FRANCO CARTEI
GIANLUCA GARDINI

1. La responsabilidad por lesión del interés legítimo: las raíces del problema.—2. Las razones de la nueva posición jurisprudencial.—3. La reconstrucción jurídica hecha por el Pleno de la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte de Casación y la jurisprudencia posterior.—4. El interés legítimo como instrumento de control de la actividad administrativa.

1. LA RESPONSABILIDAD POR LESIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO: LAS RAÍCES DEL PROBLEMA

El presente escrito se sitúa en el centro de un intenso debate jurídico italiano, que ha vuelto a ser de gran actualidad, después de la reciente decisión del Pleno de la Corte de Casación, que, a través de un cambio extraordinario de posición, ha permitido la acción judicial para exigir el resarcimiento de los intereses legítimos, como consecuencia de las lesiones causadas por resoluciones ilegítimas de la Administración Pública¹. Para los intérpretes, fue inmediatamente evidente la relevancia de este pronunciamiento, por los efectos que ocasiona; aunque quedan aún por analizar las repercusiones que esta nueva orientación jurisprudencial generará en el sistema nacional, tanto en términos jurídicos como económicos.

La perspectiva que hemos escogido para afrontar el tema es la del Derecho vigente, mientras que las aportaciones doctrinales se mantendrán intencionadamente al margen, con el fin de evitar fijarnos excesivamente en la reconstrucción del atormentado debate sobre la *naturaleza* del interés legítimo. Será suficiente recordar que la diferencia entre estas dos posiciones individuales representa una peculiaridad absolutamente italiana, a partir de la cual se crea para las controversias que afectan las relaciones entre los particulares y la Administración Pública un sistema igualmente propio de reparto jurisdiccional de competencias, que determina diferentes formas de tutela del administrado. El objeto del análisis, a fin de evitar la dispersión o la monotonía de la exposición, se centrará

¹ Sentencia de la Corte de Casación, Asamblea plenaria, 22 de julio de 1999, núm. 500, en *Dir. Pubbl.*, 1999, pág. 463.

en las diferencias entre las formas de tutela de las diversas posiciones subjetivas.

Para una mayor claridad, resulta útil establecer qué entendemos por interés legítimo: «la posición de ventaja reservada a un sujeto, en relación con un bien jurídico de la vida, que es objeto de un acto administrativo y que consiste en la atribución a dicho sujeto de poderes idóneos para influir en el correcto ejercicio del poder, de manera tal que sea posible la realización de su interés en el bien»². Definición que parece compartir también, al menos en principio, la reciente Sentencia de la Corte de Casación.

Más allá de las teorías sobre la diferencia ontológica entre las dos posiciones jurídicas subjetivas, que la doctrina siempre sostuvo con los más variados argumentos —teorías que quisiéramos dejar al margen, por razones de espacio y en consideración a que incluso la misma jurisprudencia de la Corte de Casación ha evitado, a menudo, tratarlas abiertamente, adoptando, en cambio, un criterio de reparto de competencias fundado en la ausencia o el mal uso del poder que paulatinamente ha venido a sustituir a la naturaleza del interés tutelado—, el verdadero elemento diferencial entre ellas lo constituyen las diferentes formas de tutela de tales posiciones jurídicas subjetivas. En otras palabras, se trata de analizar cómo actualmente se tutelan los derechos subjetivos en oposición a los intereses legítimos, óptica desde la cual es más que evidente que la máxima separación esté relacionada con la tutela resarcitoria.

Los estudiosos han escrito que, en materia de resarcibilidad de los intereses legítimos, se ha producido una ruptura de las más significativas entre doctrina y jurisprudencia en toda la historia del Derecho administrativo³. Desde otro punto de vista, para algunos, la distancia existente entre doctrina y jurisprudencia, en materia de resarcimiento de los intereses legítimos, representaría una divergencia de las más profundas de las que han caracterizado las diversas temáticas del Derecho administrativo.

En realidad, esta contraposición no es en el fondo tan radical. Por una parte, la doctrina no es unánime a la hora de disentir de la tesis de la Casación, es decir, que no es favorable de manera unánime al resarcimiento del interés legítimo. De hecho, a continuación examinaremos los distintos pasajes de la reconstrucción doctrinal, desde el Congreso de Nápoles de 1963, pasando por el de Roma de 1982, y hasta llegar al más reciente encuentro de Varenna de 1997⁴. Por otra parte, no es cierto que la jurisprudencia

² Cfr. Sentencia de la Corte de Casación, Asamblea plenaria, 22 de julio de 1999, núm. 500, cit. (apartado 5.º de la motivación). La definición que utiliza la Corte recuerda de cerca aquella elaborada por NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4.ª ed., Bologna, 1994, pág. 87.

³ Ver, entre tantos, GIACCHETTI, «La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante», en *Cons. Stato*, 1998, II, pág. 1479; REGGIO D'ACTI, «Cose vecchie e nuove in tema di risarcibilità degli interessi legittimi», en *Dir. Proc. Amm.*, 1993, pág. 446.

⁴ Para tratar este aspecto hemos tomado como referencia, por su claridad reconstructiva y la sistematicidad de la exposición, el reciente ensayo de G. DELFINO, «La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombra di una svolta storica», en *Foro Amm.*, 1999, pág. 2007. Por lo tanto, la breve síntesis de la evolución jurisprudencial y doctrinal que se abordará en estas páginas toma como modelo la articulación del mencionado ensayo. Una reconstrucción histórica con referencias también a la experiencia española se puede encontrar en M. Carvà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica*, Torino, 2005, págs. 17 y ss.

dencia esté absolutamente «petrificada» en la posición de no resarcibilidad del interés legítimo, como se ha sostenido desde posiciones autorizadas⁵.

En el último período, por supuesto con anterioridad a la Sentencia núm. 500/99, la Casación había manifestado ciertos avances en relación con la posibilidad de un resarcimiento del interés legítimo. Baste recordar que, hasta finales de los años ochenta, la Casación rechazaba por defecto absoluto de jurisdicción la demanda de resarcimiento del interés legítimo⁶, mientras que, desde los primeros años noventa, comienza a admitirla, mostrando así un significativo cambio de perspectiva⁷. Los dos pronunciamientos más representativos de esta elasticidad (o, dicho de otra manera, de la «no radicalidad») de la jurisprudencia son más bien recientes: la Sentencia de la Casación Civil de 3 de mayo de 1996, núm. 4083, en la cual la Corte Suprema, si bien no niega la resarcibilidad en abstracto del interés legítimo, afirma que la demanda de resarcimiento no puede ser estimada porque, en realidad, la posición que se pretende que sea resarcida no es calificada por el recurrente como interés legítimo, sino como derecho subjetivo⁸. En otras palabras, afirma la Casación, el recurrente —un comerciante que pedía el resarcimiento del daño como consecuencia de no haberle sido concedida la transmisión de una licencia de comercio— se equivoca al no calificar su posición como interés legítimo «de pretensión», sino como derecho subjetivo; y añade que, por lo tanto, no podrá ser objeto de reconsideración —éstas son las palabras textuales de la Casación— el principio de no resarcibilidad del interés legítimo «en ausencia de alguna alegación, aunque sea implícita, del recurrente». En definitiva, el recurrente no había solicitado el resarcimiento de su interés legítimo consistente en obtener la transmisión del ejercicio comercial y la Casación deja ver, entre líneas, que tal vez habría podido pronunciarse a favor del resarcimiento si la acción hubiese sido planteada correctamente.

En el mismo sentido, es significativa una *Ordinanza* de la Corte Constitucional (núm. 165 de 1998) que muestra una sensible apertura hacia el resarcimiento del interés legítimo. En ella se afirma que cuando no se haya verificado con carácter previo la anulación del acto por parte del Juez administrativo, no se puede dar lugar al resarcimiento del daño⁹. Dándose a entender con ello que si hubiese concurrido una anulación previa del acto

⁵ La posición, ampliamente seguida por la doctrina, pertenece a M. NIGRO, «Introduzione», en *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Memorias de la Mesa Redonda realizada en Roma el 24 de abril de 1982, publicadas en *Foro Amm.*, 1982, I, pág. 1671.

⁶ Ver, por ejemplo, Casación, Asamblea plenaria, 14 de marzo de 1991, núm. 2723, en *Foro It.*, 1992, I, pág. 174; Casación, Asamblea plenaria, 25 de enero de 1989, núm. 439, en *Giust. Civ.*, 1989, I, pág. 842; Casación, Asamblea plenaria, 29 de noviembre de 1988, núm. 6485, en *Giust. Civ.*, 1988, I, pág. 2810.

⁷ Por ejemplo, Casación, Asamblea plenaria, 18 de mayo de 1995, núm. 5477, en *Foro It.*, 1996, I, pág. 1008; Casación, Asamblea plenaria, 2 de junio de 1992, núm. 6667, en *Resp. Civ. Prev.*, 1993, pág. 576; Casación, Asamblea plenaria, 29 de enero de 1991, núm. 868, en *Giur. It.*, 1992, I, p. 304.

⁸ Casación Civil, sección I, 3 de mayo de 1996, núm. 4083, en *Giust. Civ.*, 1996, I, pág. 1924.

⁹ Auto de la Corte Const., 8 de mayo de 1998, núm. 165, en *Giur. Cost.*, 1998, pág. 1415.

administrativo ilegítimo, tal vez el Juez de instancia habría podido resarcirlo.

En conclusión, esta «petrificación» de la jurisprudencia, como NIGRO la definía, no es, en definitiva, tan total y absoluta¹⁰. En realidad, detrás del dogma de no resarcibilidad del interés legítimo se encuentran, como es sabido, fuertes razones de Estado que hacen de este tema, como la Corte Constitucional a menudo ha señalado, un «problema complejo que requiere prudentes soluciones normativas»¹¹. Por tanto, como afirma desde hace años la Corte Constitucional, es el legislador quien debe hacerse cargo de todas las consecuencias y de la compleja situación económica que se podría llegar a crear si fuese efectivamente reconocido el resarcimiento del interés legítimo.

2. LAS RAZONES DE LA NUEVA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

Con esta premisa, es necesario destacar tres razones, o mejor tres concausas, que han conducido a la Sentencia núm. 500/99 y, por ende, a la inversión de tendencia por parte de la Casación.

La primera de estas concausas está representada por el impulso doctrinal. Como ya se ha señalado, la doctrina no es unánime a la hora de disentir de la Casación en materia de resarcimiento de intereses legítimos. Las tres etapas fundamentales del trayecto doctrinal en esta materia están representadas por el Congreso de Nápoles de 1963, en el cual se destaca la tesis de MIELE que, desde entonces, sostendrá la posibilidad del resarcimiento del interés legítimo¹², adoptando una posición absolutamente aislada y destinada a ser desmentida por parte de la jurisprudencia¹³. Sucesivamente, en Roma, en 1982, la cuestión se definirá como «fuertemente demodé» por parte del propio NIGRO¹⁴, mientras que SANDULLI, en el transcurso del mismo Congreso, planteará serias dudas sobre la resarcibilidad

¹⁰ En este sentido, E. FOLLIERI, «Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi», en *Dir. Proc. Amm.*, 1998, pág. 254.

¹¹ Corte Const., 25 de marzo de 1980, núm. 35, en *Giust. Cost.*, 1981, I, pág. 269. En este pronunciamiento, que ya es histórico, la Corte reconoce lo «delicado del problema de la responsabilidad de la Administración Pública para el resarcimiento de los daños ocasionados a los sujetos particulares por la emanación de actos o resoluciones administrativos ilegítimos lesivos de situaciones de interés legítimo». Al mismo tiempo, el Juez constitucional afirma que el problema «se remite a la solución del legislador», pero, por su generalidad, «no lo puede resolver la Corte» en un juicio de legitimidad constitucional de una norma que no permite la acción de resarcimiento por denegación ilegítima de una licencia de construcción.

¹² G. MIELE, «Introduzione al tema», en *Sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Memorias del Congreso Nacional celebrado en Nápoles del 27 al 29 de octubre de 1963, Milán, 1965.

¹³ Como afirma DELFINO, *op. cit.*, en aquella sede MIELE fue definido como «protomártir de la tutela resarcitoria del interés legítimo», para resaltar la atipicidad de sus tesis respecto de aquellas dominantes en la época. Cfr. E. FAZZALARI, «Relazione», en *Sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., pág. 550.

¹⁴ M. NIGRO, «Introduzione», cit., pág. 1671.

de los intereses legítimos puros¹⁵. Por lo tanto, de este cuadro sintético se desprende que la doctrina no era tan unívoca y unánime en disentir de la tesis jurisprudencial sobre este punto. Sólo el Congreso de Varenna, que se celebró en 1997, marcó la consolidación definitiva del disenso unánime de la doctrina respecto de la posición jurisprudencial que negaba la resarcibilidad de intereses diversos del derecho subjetivo.

La segunda concausa consiste en la progresiva ampliación del área de la resarcibilidad de las situaciones subjetivas. El punto de referencia inicial es la jurisprudencia civil, que amplía progresivamente el ámbito de la resarcibilidad de las posiciones sustanciales. Inicialmente, antes de los años setenta, el único daño considerado injusto era el ocasionado al derecho perfecto, es decir, al derecho que pudiera hacerse valer *erga omnes*. Más tarde, desde el *caso Meroni* (1971) en adelante, se admitió el resarcimiento del crédito, así como el de las meras expectativas y el de las *chances*¹⁶. Esta solución viene justificada por la jurisprudencia ordinaria mediante una estrategia, un *escamotage* jurídico, en virtud del cual se considera lesionado un derecho subjetivo, el conocido «derecho a la integridad del patrimonio». Esto permite continuar sosteniendo que no existen situaciones diversas del derecho perfecto que puedan dar lugar a una acción de resarcimiento. La jurisprudencia civil, en esencia, se inventa el derecho a la integridad del patrimonio para justificar la tutela resarcitoria de posiciones evidentemente diversas de los denominados «derechos perfectos».

Pero eso no es todo. El Pleno de la Casación reconoce incluso la existencia de intereses legítimos en la esfera privada, concretamente en el ámbito de las relaciones laborales entre particulares y en el Derecho de familia: aquí es suficiente recordar la conocida Sentencia de 1979 en la cual el Pleno, en un supuesto de selección para acceder a un puesto de trabajo, considera resarcible la posición de un directivo injustamente excluido, configurándola expresamente como un interés legítimo¹⁷. La anomalía es doble: hablar de intereses legítimos en la esfera privada es de por sí inhabitual, pero considerarlos resarcibles representa una innovación de alcance realmente importante. Por lo tanto, se delimitan dos posibilidades diversas de tutela, según nos situemos en la perspectiva del Derecho privado o del Derecho público.

Justamente en el Derecho público la extensión de la resarcibilidad de posiciones diversas del derecho subjetivo resulta, por el contrario, mucho más difícil. Se parte de los conocidos como «derechos debilitados» (*diritti affievoliti*), respecto de los cuales el resarcimiento ya se había defendido y admitido durante los trabajos del Congreso de Nápoles de 1963. Por lo demás, el resarcimiento de los derechos debilitados no representa una posición innovadora, sino que es la excepción que confirma la regla: de hecho, se afirma que el derecho debilitado no es otra cosa que un derecho subjetivo

¹⁵ A. M. SANDULLI, «Relazione», en Actas de la Mesa Redonda celebrada en Roma el 24 de abril de 1982, cit., pág. 1691.

¹⁶ Casación, Asamblea plenaria, 26 de enero de 1971, núm. 174, en *Giur. It.*, 1971, I, pág. 680.

¹⁷ Casación, Asamblea plenaria, 2 de noviembre de 1979, núm. 5688, en *Foro It.*, 1979, I, pág. 2548

vo que se expande nuevamente en el momento mismo en que se anula la resolución que comprimía la posición inicial de derecho subjetivo. La doctrina define el derecho debilitado como una «monstruosa situación subjetiva»¹⁸ en la cual conviven contemporáneamente dos posiciones sustanciales que, por causa de una resolución de la autoridad, ocasiona que una de ellas se transforme, degradándose en interés legítimo, hasta el momento en que pueda volver a expandirse cuando la resolución inicial sea anulada.

De esta manera, es de hecho conocido el dogma del no resarcimiento del interés legítimo, puesto que el derecho debilitado se considera un derecho subjetivo como todos los demás y, como tal, plenamente resarcible. Es más, en el Derecho público se da una nueva ampliación de la esfera de la resarcibilidad cuando se afirma la posibilidad de restaurar el patrimonio de derechos subjetivos que nacen de una resolución favorable para el destinatario de la misma, es decir, de los llamados «intereses de oposición». Se trata, como se pone de manifiesto, no de intereses que se debilitan en el transcurso de la vida, sino de derechos que nacen y se radican en una resolución administrativa favorable y generan oportunidades que entran en el patrimonio jurídico de un sujeto determinado.

Finalmente, un ulterior intento para ampliar el área del resarcimiento, que va más allá de la fantástica visión del derecho debilitado, concierne a los intereses legítimos puros, que una parte de la doctrina trata de hacer valer como derechos en espera de ser expandidos. En este caso, también se trata de que los intereses de pretensión cambien, como —por otra parte— había ocurrido en relación con el derecho debilitado, y hacer que se transformen en auténticos derechos subjetivos, justamente denominados «derechos en espera de expansión». No obstante, SANDULLI —el principal defensor de esta nueva categoría de derechos— une esta reconstrucción únicamente a los actos reglados, es decir, a las decisiones obligatorias y vinculantes en todos sus efectos¹⁹. Desde esta óptica, según SANDULLI, la existencia del derecho en espera de expansión podría afirmarse sólo en presencia de una situación en la cual la Administración Pública debiera emanar una resolución enteramente predeterminada. De manera coherente con este planteamiento, también la jurisprudencia, por su parte, no considera resarcibles estas posiciones, a menos que sea dentro de los límites muy restringidos del acto íntegramente reglado. Así las cosas, tal vez sería mejor preguntarse si existe originalmente un acto íntegramente reglado o si es una hipótesis simplemente teórica. El debate en esta materia, sin lugar a dudas, podría seguir por mucho tiempo.

Empero, la apertura más representativa en favor del resarcimiento de las posiciones de interés legítimo en la esfera pública la marcan las sentencias que afirman la obligación de resarcimiento en las hipótesis de lesión de intereses legítimos por hechos-delitos. Cuando un hecho integra los extremos de un delito, se afirma que es *contra tus* por sí mismo, intrín-

¹⁸ F. G. COCA, «Interessi protetti (diritto amministrativo)», en *Enc. Giur.*, XVII, 1988, pág. 8

¹⁹ A. M. SANDULLI, «Relazione», cit., pág. 1691

secamente. La consecuencia de ello es que el daño injusto ya no es sólo aquel que se acarrea a un derecho subjetivo perfecto, sino también el ligado a la lesión de un interés legítimo. Por ende, cuando la resolución ilegítima contiene a su vez los elementos de un delito, la Casación considera resarcible la posición de interés legítimo lesionada, de acuerdo con el artículo 185 del Código Penal²⁰. Es suficiente recordar un caso famoso (1985) relativo a un Coronel de las Fuerzas Armadas cuyo ascenso en la carrera militar fue obstaculizado por un comportamiento doloso, obstruccionista, de la Comisión del concurso²¹. En aquella circunstancia se demostró que la Comisión había incurrido en una serie de retrasos voluntarios en la conclusión del procedimiento concursal. Por tanto, el órgano técnico, en la persona de cada uno de sus miembros, fue procesado por abuso en el ejercicio del cargo y, después de la condena, se consideró resarcible la que es típicamente una posición de interés legítimo de pretensión, o sea, la situación del candidato que participa en un procedimiento concursal. Cuando el hecho integra también los extremos de un delito, afirma la jurisprudencia, falta la preclusión ontológica en relación con el resarcimiento del interés legítimo. De este ejemplo se deduce claramente que la jurisprudencia no ha sido tan radical en considerar como no resarcible la posición de interés legítimo, sino que, por el contrario, muestra varios síntomas de apertura en favor de dicha posibilidad.

La tercera concausa que ha llevado al reciente *révirément* del Pleno de la Corte de Casación es la evolución del Derecho positivo. El legislador ha recorrido varias etapas que indican un cambio de la concepción de interés legítimo y, ligado a ello, una reconsideración de las modalidades de tutela de esta posición subjetiva.

A este propósito, la primera Ley significativa es la Ley núm. 241 de 1990, que codifica la teoría del interés legítimo como posición sustancial y no sólo procesal. Aquí no hace falta más que una breve referencia al conocido debate que nació en la doctrina acerca de la naturaleza sustancial o procesal del interés legítimo, por el cual, durante mucho tiempo, los estudiosos de este tema se han preguntado si el interés legítimo surgía sólo en el momento de su lesión, y por tanto, sólo en relación con el proceso administrativo, o bien si fuese una posición subjetiva tutelable por sí sola, prescindiendo de su eventual lesión. Hoy en día, la Ley núm. 241/90 pone probablemente fin al debate —o, por lo menos, una parte de la doctrina ha dado esta lectura a la Ley— y reconoce el valor sustancial, y no sólo procesal, del interés legítimo²². Por tanto, la Ley núm. 241/90 amplía y codifica la concepción sustancial del interés legítimo.

²⁰ M. D'ORSOGNA, «Danno “da reato” e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'“ingiustizia” dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi», en *Dir. Proc. Amm.*, 1997, pág. 365.

²¹ Casación, Asamblea plenaria, 23 de noviembre de 1985, núm. 5813, en *Giust. Civ.*, 1986, I, pág. 738

²² En materia de intereses procedimentales, ver M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milán, 1993, págs. 77. Más recientemente, A. ROMANO TASSONE, «Situazioni giuridiche soggettive», en *Enc. Dir.* (actualización), vol. II, Milán, 1998, págs. 984 y ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milán, 1996.

Pensemos también en la Ley núm. 142 de 1992, que transpone la Directiva comunitaria 1989/665/CE, previendo un tríptico de instrumentos de tutela en materia de contratación pública. Entre éstos hay también lugar al resarcimiento, en el caso de exclusión ilegítima de una licitación, posición que en nuestro Ordenamiento pacíficamente se considera como interés legítimo. Dado que la Comunidad Europea retiene resarcible esta posición, Italia debe tomar las medidas impuestas por esta Directiva, aduciendo una serie de justificaciones conceptuales que llevan a interpretar la normativa nacional como especial y, por tanto, no susceptible de aplicación general y analógica. En todo caso, es evidente la apertura legislativa hacia el resarcimiento del interés legítimo.

Siguiendo en el ámbito del Derecho positivo, otra señal proviene de la Ley núm. 493 de 1993, que prevé la responsabilidad del Alcalde y del Instructor del procedimiento por no respetar el plazo establecido para otorgar la concesión de edificación. Una disposición análoga se encuentra, un año después, en el Decreto Legislativo núm. 498 de 1994, en el cual se prevé la resarcibilidad por denegación ilegítima de la concesión de construcción, mas no solamente por el retraso en adoptar el acto, como, por el contrario, ocurría anteriormente. Los efectos de este Decreto Legislativo fueron acogidos por la Ley núm. 662/96 (Ley financiera de 1996) y tuvieron validez por un plazo limitado de tiempo.

Más tarde, una nueva y significativa indicación llega con la Ley núm. 59/97, más conocida como *Ley Bassanini Uno*, que contiene la delegación para la tutela plena y efectiva del ciudadano frente a la Administración Pública e indica al legislador delegado el camino para concentrar las acciones de anulación (*demolitorie*) y las de resarcimiento ante un Juez único. Luego, también en la Ley núm. 59/97 se recoge otra señal favorable al resarcimiento de los intereses legítimos: la disposición contenida en el artículo 20, sucesivamente transferida al artículo 17 de la misma norma, relativa a la indemnización automática y a destajo a causa de la no adopción de un acto dentro de los plazos procedimentales, y que una parte de la doctrina interpreta como una señal de apertura hacia el resarcimiento de los intereses legítimos.

Siempre en la óptica de la innovación legislativa, debe recordarse el Decreto Legislativo núm. 80 de 1998, que acoge la delegación contenida en la Ley núm. 59/97, mencionada anteriormente. El artículo 35 del Decreto núm. 80 de 1998 confía al Juez administrativo —inicialmente sólo en los casos de jurisdicción exclusiva—, además de la facultad de emitir sentencias de anulación, también la posibilidad de condenar a la Administración Pública al resarcimiento de los daños. Sucesivamente, la Corte Constitucional intervendrá poniendo de manifiesto un exceso de delegación en la atribución de nuevas materias de jurisdicción exclusiva al Juez administrativo²³. Tal posición de la Corte llevará a la emanación de la Ley núm. 205 de 2000, en la cual el legislador reconoce expresamente la posibilidad de que

²³ Sentencia Corte Const., 17 de julio de 2000, núm. 292, en *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, pág. 1219, con comentario de V. MAZZARELLI.

el Juez administrativo condene al resarcimiento de los daños, incluso de manera específica, en todos los casos de jurisdicción general de legitimidad y no sólo limitándose a las hipótesis de jurisdicción exclusiva —nueva o vieja que fuese la cuestión, ya no es útil debatir sobre este punto—. A partir de este momento, el Juez administrativo, además de anular el acto ilegítimo, puede condenar al resarcimiento de los daños ocasionados también, evidentemente, por lesión de los intereses legítimos. Así se acoge la posición de la Corte Constitucional, que, casi veinte años antes, pedía al legislador una aproximación prudente respecto del resarcimiento del interés legítimo²⁴.

El conjunto de estas causas, que tratamos de exponer de manera sintética, llevó a la tutela resarcitoria del interés legítimo. La Sentencia núm. 500 de 1999 no fue más que el reconocimiento expreso de las condiciones necesarias para la superación del dogma del no resarcimiento.

Hubo quienes incluso la compararon con el *Arrêt Blanco*, por medio del cual en el Ordenamiento francés se condenó, por primera vez, a la Administración Pública por los perjuicios causados en el ejercicio de poderes de autoridad, poniendo fin al dogma de la irresponsabilidad de la Administración Pública²⁵.

Sin embargo, al lado de esta interpretación hay otras que se mueven en otros sentidos. Por ejemplo, algunos consideran la Sentencia núm. 500 de 1999 como una reacción de la Casación al riesgo de encontrarse en una posición de retaguardia ante el Juez administrativo, quien —después del Decreto Legislativo núm. 80/98— puede dar una interpretación propia del daño injusto²⁶. Por tanto, la Casación se estaría anticipando, por así decirlo, tratando de tutelar su propia función interpretativa de las normas con el artículo 2043 del Código Civil. Mientras otros resaltan más el valor simbólico de esta decisión que su eficacia concreta, afirmando que «otro muy diferente era el verdadero desarrollo que se esperaba y que aún no se ha conseguido»²⁷.

Otros aun optan por una lectura más «condescendiente» y consideran que la Sentencia núm. 500/99 llegó en el momento en que se dieron todas las condiciones estructurales para que hubiera un cambio en las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos²⁸. Luego de la afirmación de la defensa procedimental del particular, ya no sólo procesal, que permite una participación precontenciosa en la actividad de formación del acto, el Ordenamiento nacional estaría en condiciones de evitar contragolpes económicos excesivos, al proclamar la resarcibilidad de los intereses legítimos.

²⁴ Ver nota 12.

²⁵ P. DELFINO, «La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombra di una svolta storica», cit.

²⁶ F. G. COCA, «Risarcibilità ed interesse legittimo», en *Dir. Pubbl.*, 2000, págs. 13 y ss.

²⁷ A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, «La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo», en *Dir. Pubbl.*, 1999, pág. 493.

²⁸ P. DELFINO, «La fine del dogma...», cit.

3. LA RECONSTRUCCIÓN JURÍDICA HECHA POR EL PLENO DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LA CORTE DE CASACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR

Las consideraciones anteriores constituyen el reflejo de los problemas ya notorios para la Corte de Casación, que para lograr acercarse a una aplicación diferente del artículo 2043 del Código Civil no ha tenido otra alternativa que formular una nueva noción de interés legítimo.

Según la Corte de Casación, el interés legítimo no es únicamente procesal, «sino también sustancial, en la medida que se relaciona con un interés material del titular de un bien jurídico de la vida, cuya lesión (en términos de sacrificio y de insatisfacción) puede materializarse en un daño». En consecuencia, lo que puede diferenciar el derecho subjetivo del interés legítimo «es solamente el modo o la forma en la cual el interés sustancial es protegido». En definitiva, entre estas dos posiciones subjetivas no existiría una diferencia ontológica, sino sólo de forma de tutela.

En materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, según la conclusión de la Casación, es indiferente cuál sea la situación jurídica subjetiva que se quiera proteger. La tutela resarcitoria se produce por el daño injusto que, según los términos del Alto Tribunal, «constituye un tipo autónomo, caracterizado por la lesión de un interés jurídicamente relevante».

Sin embargo, aun reconociéndose que la lesión de un interés legítimo puede constituir un tipo de responsabilidad extracontractual, la Corte precisa que para tal finalidad es necesario que «resulte lesionado, por acción de la actividad ilegítima (y culpable) de la Administración Pública, el interés sobre el bien jurídico de la vida del cual se deriva, y que tal interés sea tutelado a la luz del Ordenamiento positivo».

Analizando detenidamente la interpretación de la Corte de Casación, ésta no presenta novedades importantes con relación a la materia de los intereses legítimos opuestos, en los cuales el daño injusto se deriva del sacrificio del interés por la conservación del bien o de la situación favorable producida como consecuencia del ejercicio ilegítimo de la función administrativa.

Diferente es, en cambio, la posición asumida para los intereses legítimos pretendidos, es decir, para aquellos intereses que satisfacen exigencias de crecimiento de la esfera jurídica personal y patrimonial, para los que la lesión es producida por la imposición ilegal de una sanción o por el retraso injustificado en su otorgamiento. En tales circunstancias, la Corte de Casación solicita al Juez la elaboración de un *juicio diagnóstico* con la finalidad de controlar cuál sea la protección concreta que el Ordenamiento jurídico atribuye a la petición de aumentar la esfera jurídica. Y, por lo tanto, lo que se solicita es el reconocimiento de una situación idónea del sujeto interesado, que garantice la protección efectiva de su posición jurídica, y no solamente una mera expectativa.

Por último, ya que el tipo general del artículo 2043 del Código Civil exi-

ge que el hecho dañino sea imputable al autor del ilícito a título de dolo o culpa, el Juez debe verificar, igualmente, la *culpa* de la Administración. La cual se configurará, según lo establecido por la misma Corte, cada vez que la adopción y la ejecución del acto se produzcan con violación de las reglas de imparcialidad, corrección y buena administración.

Hoy en día, la Corte de Casación, haciendo hincapié en la atipicidad del ilícito extracontractual, reúne en el paradigma del artículo 2043 todas las posiciones de interés jurídicamente relevantes²⁹. Mediante un silogismo banal, la Sentencia núm. 500/99 afirma que el daño injusto es aquel causado a un interés jurídicamente relevante, que el interés legítimo es un interés jurídicamente relevante y, por tanto, la lesión del interés legítimo es fuente de daño injusto. Entonces, como justamente se ha señalado³⁰, se podría incluso prescindir del interés legítimo, dado que bastaría un interés jurídicamente relevante para dar título al resarcimiento del daño.

Debe señalarse, en todo caso, que el concepto de interés jurídicamente relevante es absolutamente oscuro: pensemos en cualquiera de los debates acerca del derecho de acceso a los documentos públicos, donde la norma (art. 22 Ley núm. 241/90) se expresa exactamente en términos de «interés jurídicamente relevante», para definir la legitimación necesaria para el acceso y la obtención de copias de documentos administrativos. La doctrina italiana nunca aclaró exactamente en qué consiste este interés jurídicamente relevante —interés cualificado y distinto de la simple curiosidad, aproximación no meramente emulativa del interesado— y, al final, el terreno sigue siendo parcelado a golpe de sentencia. En todo caso, aun si no queda nada claro cuál sea la posición sustancial de «interés jurídicamente relevante», es cierto que el interés legítimo cabe plenamente en ella.

Qué se deba entender por «interés sobre el bien jurídico de la vida» ha sido uno de los interrogantes destacado por parte de la Doctrina civilista. En modo particular, se presentan como inciertos el significado que debe atribuírsele a tal expresión, así como su relación con la lesión de interés legítimo³¹. La explicación se puede encontrar en la interpretación adoptada por la Corte de Casación, en la cual la esencia del interés legítimo parece asumir un carácter autónomo respecto del bien de la vida, de modo tal que no podría hablarse de daño injusto solamente cuando se está en presencia de una lesión de un interés, sino que es indispensable un elemento ulterior, que tal hecho afecte un bien jurídico de la vida (lesión del interés sobre el bien de la vida)³².

Todo lo anterior está en contraste con el paradigma de la responsabilidad civil que califica el daño como injusto simplemente cuando se presen-

²⁹ El artículo 2043 del Código Civil italiano dispone que «cualquier hecho doloso o culposo, que acarrea a otros un daño injusto, obliga a quien cometió el hecho a resarcir el daño».

³⁰ F. G. SCOCA, «Risarcibilità ed interesse legittimo», cit.

³¹ C. CASTRONOVO, «L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile», en *Eur. Dir. Priv.*, 1999, págs. 1267 y ss.

³² Muestra la contradicción del tema F. G. SCOCA, «Risarcibilità ed interesse legittimo», cit., pág. 16.

ta la lesión de una situación subjetiva³³. Por lo tanto, parece correcta la posición del Consejo de Estado, cuando ha concluido que «el daño termina por ser individuado por las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de la ilegitimidad y de modo más general, por el ejercicio irregular de la potestad administrativa, sin tener en cuenta a quien pertenezca el bien de la vida»³⁴.

Precisamente, las dudas creadas a partir del planteamiento hecho por el Pleno de la Sala Contencioso-Administrativa parecen constituir el modelo base para una nueva interpretación de la Corte de Casación, en la cual el resarcimiento por lesión de interés legítimo opera dentro de los cánones de la responsabilidad *per contatto* de tipo contractual³⁵.

Según la Corte, a la luz de la Ley del Procedimiento Administrativo italiana (Ley núm. 241 de 1990), «la relación entre el ciudadano y la Administración Pública está caracterizada, hoy en día, por un deber específico y diferenciado de comportamiento que es exigido por el administrado a la actividad de la Administración, como garantía del proceso». Y, por lo tanto, la conclusión no puede ser otra que «el fenómeno tradicionalmente conocido como la lesión de interés legítimo, constituya un daño derivado del ejercicio irregular de la potestad administrativa», que configura un tipo de responsabilidad mucho más parecido a la responsabilidad contractual, mientras que el modelo del artículo 2043 del Código Civil, hasta ahora utilizado, se demuestra a todas luces insuficiente.

Muchas son las consecuencias jurídicas que se derivan de esta tendencia jurisprudencial. Por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba, ya que el acreedor no está obligado a probar la culpa del deudor, mientras la víctima tiene la carga de probar la culpa del autor del hecho ilícito. Asimismo, el derecho al resarcimiento del daño por responsabilidad derivada del ejercicio irregular de la potestad administrativa está sujeto a la prescripción ordinaria de diez años, mientras que el derecho al resarcimiento del daño extracontractual prescribe en el término de cinco años³⁶.

Asimismo, debemos anotar cómo la integración de la responsabilidad de tipo contractual de la Administración tendría como consecuencia ulterior la eliminación de la categoría de interés legítimo³⁷ y, por lo tanto, todas las normas relacionadas con la potestad administrativa se presentarían como reglas fundadoras de otras muchas prestaciones crediticias a favor de los particulares.

³³ C. CASTRONOVO, «Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, págs. 72 y ss.

³⁴ Consejo de Estado, Sección VI, 15 de abril de 2003, núm. 1945, en *Giur. It.*, 2004, pág. 419.

³⁵ Casación, Sección I, 10 enero 2003, núm. 157, en *Foro It.*, 2003, I, págs. 95 y ss., con nota de F. FRACCHIA.

³⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 548.

³⁷ Para una reconstrucción, desde la teoría de los derechos de crédito, del concepto de interés, en el que, desde el punto de vista positivo, está el deber de prestación de la Administración Pública, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milán, Giuffrè, 2003, págs. 113 y ss.

A pesar del reconocimiento hecho de tal interpretación por parte de la jurisprudencia administrativa³⁸, y de que no hayan faltado elaboraciones doctrinarias que reconozcan la responsabilidad de la Administración Pública como de tipo³⁹, sin embargo, la posición dominante funda la responsabilidad por lesión de interés legítimo en el paradigma de la responsabilidad extracontractual, según el cual «el particular titular de la situación jurídica lesionada lo es también del derecho subjetivo al resarcimiento del daño injusto»⁴⁰.

En todo caso, cualquiera que sea la posición que se asuma para abordar el problema de la responsabilidad de la Administración Pública por lesión de interés legítimo, vale la pena hacer referencia a la complejidad del tema, tanto de no poderse interpretar solamente aludiendo a una técnica jurídica dogmática⁴¹. Como lo ha planteado recientemente la Corte de Casación, la categoría de interés legítimo se integra caso por caso, según las finalidades perseguidas, y se podría clasificar reagrupándola por tipos, actuaciones y hechos legítimos de la Administración Pública, sin olvidar que, en la gran mayoría de los casos, la posición del sujeto lesionado, el derecho subjetivo, el interés legítimo y en últimas el interés jurídicamente relevante están interrelacionados de forma aparentemente inseparable. De modo que para para poder establecer si se configura o no la responsabilidad de la Administración deben analizarse numerosas variables, tales como: las diferentes tipologías de actos y actuaciones de la Administración Pública, el grado de discrecionalidad a ella atribuida, la posición del sujeto lesionado, etc.⁴².

Al respecto, no es claro ni siquiera en qué consista el *juicio diagnóstico* del Juez con relación a la lesión del interés legítimo pretensivo. En efecto, como se ha observado: «El juez, sea civil o administrativo (...) no tiene el poder (ni tampoco los medios) para reconstruir la acción administrativa o para hipotizar cuáles pueden ser las decisiones que la administración hubiera podido tomar en el ámbito de su discrecionalidad»⁴³.

Otros problemas, igualmente importantes, provienen de la relación instaurada entre la acción para el resarcimiento del daño y la anulación de la

³⁸ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección IV, 6 de agosto de 2001, núm. 4239, en *Foro It.*, 2002, III, págs. 1 y ss., con comentarios de V. MOLASCHI, E. CASETTA y F. FRACCHIA.

³⁹ G. M. RACCA, «La responsabilità della pubblica amministrazione», en *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2003, págs. 171 y ss.

⁴⁰ Casación, Asamblea plenaria, 24 de septiembre de 2004, núm. 19200, www.lexitalia.it/ago/casssu_2004-09-24.htm; en *Jurisprudencia Administrativa*, Cons. Stato, Sez. V, 10 de febrero de 2004, núm. 493, en *Giur. It.*, 2004, págs. 1747 y ss.

⁴¹ Ver, por ejemplo, la autorizada opinión de A. ROMANO, «Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?», en *Foro It.*, 1999, I, págs. 3223 y ss., según la cual «interés legítimo y resarcimiento del daño aparecen, incluso ontológicamente, como elementos incompatibles». En el pasado, por causa del aspecto particularizado del interés legítimo, tal posición era bastante común entre los más reconocidos juristas; cfr. E. CAPACCIOLI, «Interessi legittimi e risarcimento dei danni», en *Diritto e processo*, Padua, Cedam, 1978, págs. 160 y ss., así como M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, pág. 129.

⁴² Casación, Sección I, 1 de agosto de 2003, núm. 11738, inédita.

⁴³ F. G. SCOCA, «Risarcibilità e interesse legittimo», cit., pág. 21.

decisión administrativa. Tradicionalmente, las dos acciones tienen un Juez natural distinto: la acción para el resarcimiento se interpone frente al Juez civil, y la acción de anulación ante el Juez administrativo.

Se debe tener cuidado, sin embargo, al afirmar que para el resarcimiento del daño es necesario, primero, obtener la anulación del acto, pues esto significa considerar que la acción resarcitoria estaría condicionada al término de caducidad previsto para la impugnación del acto administrativo. Según la postura expresada por el Pleno de la Corte de Casación en 1999, la anulación del acto administrativo, como requisito prejudicial, no existiría para los fines del resarcimiento. En efecto, tal condición debería excluirse, una vez superada la correlación entre lesión de un derecho subjetivo y responsabilidad extracontractual.

Contraria es, en cambio, la posición predominante de la jurisprudencia administrativa, confirmada recientemente por la Asamblea plenaria del Consejo de Estado italiano, según la cual la anulación del acto es siempre prejudicial a la acción de resarcimiento⁴⁴.

En la misma dirección parece encaminarse también la Corte de Casación, en la medida que, en su intento por realzar la contradicción entre el juicio de resarcimiento y la existencia de un acto que lesiona posiciones subjetivas, ha afirmado que en tales situaciones «la Administración podría elegir entre anular el acto de oficio..., o bien mantener el orden de los intereses, aun en presencia de una condena fundada en la ilegitimidad del acto», en evidente contradicción con el principio general del Ordenamiento según el cual los hechos ilícitos deben ser de cualquier modo castigados⁴⁵.

4. EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Al mismo tiempo que se afirma el resarcimiento del interés legítimo, con la Sentencia núm. 500/99, la Casación crea un muro de contención para la tutela de esta posición⁴⁶, preocupándose por una posible extensión excesiva en el campo de la resarcibilidad. Ante todo, la Corte funda el resarcimiento en la vulneración de un bien jurídico de la vida, de un bien esencial, afirmando que la lesión de un interés tutelado no basta para dar título al resarcimiento, sino que es indispensable que éste sea un bien esencial de la vida. Así, la Corte establece una distinción para la tutela de meras expectativas y expectativas legítimas, así como también diferencia entre vicios sustanciales y vicios de forma.

⁴⁴ Consejo de Estado, Asamblea plenaria, 26 de marzo de 2003, núm. 4, en *Foro It.*, 2003, III, págs. 100 y ss.; sobre el tema, G. VERDE, «La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno», en *Dir. Proc. Amm.*, 2003, págs. 963 y ss.

⁴⁵ Casación, Sección II, 27 de marzo de 2003, núm. 4538, en *Foro It.*, 2003, I, págs. 2080 y ss., con comentarios de A. TRAVI.

⁴⁶ F. D. BUSNELLI, «Lesione di interessi legittimi: dal "mero sbarramento" alla "rete di contenimento"», en *Danno Resp.*, 1997, págs. 269 y ss.

De este modo, con el pronunciamiento de la Casación nace el muro de contención de las posiciones resarcibles, que intenta evitar la extensión excesiva de su ámbito de tutela. El Proyecto de Ley presentado por el diputado Cerulli Irelli en la legislatura pasada y traducido con unas modificaciones en la Ley de 11 de febrero de 2005, núm. 15, es significativo en este sentido, porque prevé una desvalorización de los vicios formales del acto administrativo⁴⁷. Una de las finalidades de la reforma de la Ley núm. 241/90 —además de permitir una actividad más ágil de la Administración Pública— es, evidentemente, la de contener los riesgos económicos conexos a la resarcibilidad del interés legítimo. De hecho, donde se desvalorizan los vicios de forma y se permite la anulación sólo por vicios sustanciales, o sea, aquellos que causan una alteración en la decisión final, se limita, por tanto, el área de las acciones de resarcimiento de interés legítimo.

No obstante, como consecuencia de la Sentencia núm. 500/99, queda aún latente una diferencia profunda entre intereses de oposición e intereses de pretensión, dado que respecto de los segundos —usando las palabras de la Corte de Casación⁴⁸— es necesario formular un «juicio previo» sobre las probabilidades y *chances* efectivas que el demandante habría tenido de haber visto satisfecha su solicitud. Tal juicio de probabilidad es posible seguramente en el ámbito civil, pero en la esfera pública es mucho más difícil, por la presencia de la discrecionalidad administrativa. En efecto, la discrecionalidad administrativa implica un juicio de valor que, si es efectuado por el órgano jurisdiccional, supone una especie de superposición a las funciones decisorias propias de la Administración, fenómeno que, evidentemente, no es admitido por el legislador.

Finalmente, debe ser tratado el tema de la persistente vitalidad del interés legítimo después de la Sentencia núm. 500 de 1999. Por supuesto, hay quienes la niegan, afirmando que el interés legítimo ya no tiene razón de ser después de la Sentencia núm. 500/99, puesto que ahora las modalidades de tutela de las dos posiciones subjetivas son en esencia equivalentes. Un importante ensayo⁴⁹ reconoce que «el interés legítimo sólo es un derecho subjetivo que se defiende del poder y se quiere confrontar con el poder», e identifica en el interés legítimo el factor de responsabilidad de ciento diez años de experiencias desastrosas en materia de conflictos de jurisdicción. Por tanto, desde esta óptica, el autor felizmente se despide del interés legítimo.

En nuestra opinión, esta posición no puede ser compartida porque, en realidad, las modalidades de tutela entre derecho subjetivo e interés legítimo no son completamente equiparadas e indiferentes. Actualmente, el interés legítimo conserva su razón de ser justamente porque permite una forma de tutela mayor y específica frente al ejercicio del poder público. Desde esta perspectiva, el interés legítimo se diferencia del derecho subjetivo no

⁴⁷ Proyecto de Ley núm. 6844-A, sobre *Normas generales sobre la actividad administrativa*.

⁴⁸ Casación, Asamblea plenaria, 22 de julio de 1999, núm. 500, cit.

⁴⁹ F. LEDDA, «Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo», en *Giur. It.*, 1999, IV, pág. 2212.

sólo desde el punto de vista terminológico, sino también conceptual. Para entender esta diferencia es preciso separar, por un lado, el interés legítimo en sentido estricto, como aquel que permite reaccionar frente al uso incorrecto del poder y da acceso a una pretensión de anulación o a una acción directa frente al acto de la Administración Pública; por el otro, el interés sustancial que subyace al interés legítimo en sentido estricto, que se relaciona con el bien jurídico de la vida y con la utilidad patrimonial, generando una pretensión resarcitoria. Por tanto, son dos las formas de tutela del interés legítimo que se pueden conseguir al mismo tiempo: la tutela producto de la anulación del acto dañoso, que se une a un interés legítimo puro, y la tutela resarcitoria, que a su vez se une a un interés legítimo de tipo sustancial.

Por el contrario, el derecho subjetivo permite sólo la posibilidad de una acción resarcitoria, porque incumbe sólo al bien sustancial de la vida y no se opone —por lo menos en términos generales— al poder. En esta perspectiva, el interés legítimo sigue pareciendo una forma de tutela utilísimas e insustituible para controlar el ejercicio del poder administrativo. Se trata de una figura que guarda vitalidad propia, justamente porque representa un instrumento específico que se ofrece al ciudadano en su relación con la autoridad⁵⁰. Pensemos sólo en la posibilidad de obtener una doble tutela, resarcitoria y constitutiva, es decir, obtener la anulación del acto y eventualmente, si persisten daños, conseguir también su resarcimiento *in natura* o por su valor equivalente. Además, pensemos en la tutela que el interés legítimo ofrece a terceros, posibilidad que el derecho subjetivo no brinda: los terceros, cuando recurren ante el Juez administrativo, son tutelados en cuanto codemandados en la anulación del acto, mientras que en la acción ante el Juez ordinario no son tomados en consideración en modo alguno. La consecuencia es que el interés legítimo es una forma más plena para controlar el ejercicio del poder administrativo.

La actualidad de la institución del interés legítimo se apoya, además, en una reciente Sentencia de la Corte Constitucional.

En el Ordenamiento italiano, la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo representa el criterio fundamental para la asignación de la competencia jurisdiccional: al Juez ordinario le corresponde la tutela de los derechos subjetivos, mientras que al Juez administrativo la tutela de los intereses legítimos⁵¹. Tal parámetro ha sido revaluado por la Ley, que recientemente ha aumentado los casos de jurisdicción administrativa exclusiva, o bien de las materias en las cuales está «excluida» la competencia del Juez ordinario, ya que el Juez administrativo conoce también de derechos subjetivos. Los artículos 33 y 34 del Decreto Legislativo núm. 80/2000 han aumentado notablemente las materias atribuidas a la jurisdicción exclusiva, comprendiendo todas las controversias que tengan por objeto: servicios públicos, construcción y urbanística.

El aumento de las materias atribuidas a la jurisdicción exclusiva ha

⁵⁰ En este sentido, ver F. G. SCOCA, «Risarcibilità e interesse legittimo», cit.

⁵¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., págs. 50 y ss.

cambiado sensiblemente las tareas del Juez administrativo, que, juzgando a menudo los derechos, se constituye en una especie de competidor del Juez civil. Desde el punto de vista de las situaciones subjetivas, la extensión de la jurisdicción exclusiva representa la pérdida de importancia de la figura del interés legítimo, en la medida en que la elección de jurisdicción está determinada por la materia objeto de la controversia y ya no por la situación jurídica lesionada.

La Corte Constitucional ha intervenido sobre la legitimidad de los artículos 33 y 34 del Decreto Legislativo núm 80/2000, considerándolos contrarios a los principios constitucionales, puesto que el poder atribuido al legislador para individuar las materias de jurisdicción exclusiva «debe considerar la naturaleza de las situaciones subjetivas involucradas, y no solamente fundarse sobre el criterio objetivo de las materias»⁵².

Después de la Sentencia de la Corte Constitucional, la diferencia entre las jurisdicciones vuelve a fundarse sobre la diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo. De forma tal que el interés legítimo —categoría que parece destinada a una existencia residual o a ser absorbida por el derecho subjetivo— asume de nuevo su antigua dignidad teórica y práctica.

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional, 6 de julio de 2004, núm. 204 (apartado 3.2 de los Fundamentos de Derecho), en *Foro It.*, 2004, I, págs. 2594 y ss., con notas de S. BENINI, A. TRAVI y F. FRACCHIA.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete, CD-ROM o por correo electrónico, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005: 90).
- 5. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 6. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista* los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 7. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00167

9 770034 763905

18,00 €