

REVISTA
EUROLATINOAMERICANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 9 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2022 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



De regreso a los fundamentos del Derecho Administrativo a través de la contratación pública en Italia: Desde la lucha jurisdiccional hasta la codificación europea*

Back to the foundations of administrative law through Italian public procurement: from the jurisdictional struggle to the European codification.

ENRIQUE DÍAZ BRAVO^{1,**}

¹ Universidad de Sevilla (Sevilla, España)

ediaz8@us.es

<https://orcid.org/0000-0001-9355-0009>

Recibido el/Received: 29.08.2022 / 29 August 2022

Aprobado el/Approved: 15.11.2022 / 15 November 2022

RESUMEN

El autor analiza algunos de los fundamentos del Derecho administrativo proyectados en la contratación pública, primero se examina el binomio central del sistema administrativo en Italia constituido por los derechos subjetivos e intereses legítimos y, luego, se aborda la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa italiana la que concentra su desarrollo a partir del mencionado binomio. La contratación pública y el Derecho administrativo, o viceversa, caminan unidos en la historia y se conviven a partir de ciertas instituciones y

ABSTRACT

This paper presents an exploratory study that aims to some of the foundations of Administrative Law addressed in public procurement, firstly, the central binomial of the Italian administrative law system constituted by subjective rights and legitimate interests is examined, and then, the configuration of the Italian jurisdiction is addressed, which concentrates its development from the aforementioned binomial. Public contracting and administrative law, or vice versa, walk together in history and are projected from certain institutions and procedures that are presented in this work as basis for the

Como citar este artículo | *How to cite this article:* DÍAZ BRAVO, Enrique. De regreso a los fundamentos del Derecho Administrativo a través de la contratación pública en Italia: Desde la lucha jurisdiccional hasta la codificación europea. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 2, p. 423-450, jul./dic. 2022. DOI 10.14409/redoeda.v9i2.12574

* La presentación de este trabajo se realiza en el marco de un contrato de investigación postdoctoral financiado por la Unión Europea – NextGenerationEU. La sistematización de las ideas que se presentan fueron llevadas principalmente a cabo a lo largo de la estancia de investigación postdoctoral realizada durante 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, manifiesto mi especial agradecimiento a la Profa. Dra. Elena del Mar García Rico, a la sazón Vicedecana de Relaciones Internacionales de dicha Facultad, por su extraordinaria calidad humana y académica.

** Profesor e Investigador Postdoctoral “María Zambrano” (Unión Europea-NextGenerationEU), Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla (Sevilla, España). Doctor en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, acreditado como profesor contratado doctor por la ANECA (Cuenca, España). Director ejecutivo de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP).



procedimientos que se presentan en este trabajo como fundamentos para la protección de los derechos e intereses legítimos del ciudadano frente al poder discrecional de la Administración Pública.

protection of the citizen's rights y legitimate interests against the discretionary power of the Public Administration.

Palabras clave: contratación pública; jurisdicción contencioso-administrativa; derechos subjetivos; intereses legítimos; derecho administrativo.

Keywords: public procurement; administrative court; subjective rights; legitimate interests; administrative law.

SUMARIO

1. Exordio: evolución del Derecho administrativo a través de la contratación pública; **2.** El binomio central del Derecho administrativo: derechos subjetivos e intereses legítimos; **3.** Principales posiciones y aproximaciones al binomio; **3.1.** Posicionamiento jurisprudencial sobre el interés legítimo; **3.2.** Análisis sobre el binomio; **4.** Configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa en contratación pública; **4.1.** Primera etapa; **4.2.** Segunda etapa; **4.3.** Tercera etapa; **4.4.** Cuarta etapa; **4.5.** Quinta etapa; **4.5.1.** El derogado procedimiento súper especial de impugnación; **5.** Conclusiones; Bibliografía.

1. EXORDIO: EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Hace casi sesenta años, en mayo de 1966, en el Prólogo a la primera edición del Código de las Leyes Administrativas, el profesor García de Enterría escribía: "En un tiempo como el nuestro, marcado por una actividad legislativa incesante en el campo administrativo, importa mucho retener las líneas maestras del sistema, las que estructuran el inmenso material normativo a aplicar y pautan el actuar omnipresente de la Administración".¹ Más de medio siglo ha transcurrido y dicha observación disciplinar se mantiene con plena validez, los operadores jurídicos del Derecho administrativo deben navegar día a día en un escenario que avanza sin pausa ni límites en un hiperinflado marco jurídico, que impacta en los tres grandes niveles del ordenamiento jurídico, doméstico, supranacional e internacional².

El comentado crecimiento exponencial de los sistemas jurídicos –expresado primordialmente en principios, normas, jurisprudencia y doctrina – ha acarreado, al menos, a la convivencia de dos fenómenos. El primero de ellos, estimulado por el hecho de tener que compartimentar cada vez más las áreas, especialidades y subespecialidades del Derecho público y privado, ya que es imposible, en la práctica, seguir la actualización

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ESCALANTE, José A. **Código de las leyes administrativas**. 3ª. Ed. Madrid: Civitas, 1974.

² Sin dejar de considerar los niveles normativos internos de cada país, que como en el caso del ordenamiento jurídico español responde, a su vez, a tres niveles, local, autonómico y general del Estado, lo que aumenta el volumen normativo, jurisprudencial y doctrinario.



normativa, jurisprudencial y doctrinaria al día, suscitando la hiperespecialización en todos los sectores de ciencia jurídica, lo no es siempre una situación voluntaria sino que en muchas ocasiones se transforma en la única vía para mantenerse activo como operador jurídico. Dicha hiperespecialización contribuye al aislamiento disciplinar y la conformación de compartimientos estancos sin generar diálogo ni comunicación para contribuir a la generación de nuevas soluciones problemas de un determinado sistema jurídico³. Y, por otro lado, el cambio de velocidad de las modificaciones y actualizaciones de todas las partes integrantes de los ordenamientos jurídicos y sus interconexiones, ha implicado un aumento de la aceleración del proceso de cambio.

Así, los fenómenos de hiperespecialización y aceleración comentados en un contexto de hiperinflación de las fuentes impactan en el objeto de estudio de las ciencias jurídicas⁴, especialmente en el Derecho administrativo donde la posible pérdida del contexto de dicho objeto de estudio se hace presente en las diversas ocupaciones de los operadores del Derecho⁵, tanto en la interpretación, la aplicación o en el estudio para la generación de nuevo conocimiento, sobre todo cuando se hace uso de definiciones y conceptos sin enmarcarlos ni cuestionarlos, lo que metodológicamente se transforma en causa de la pérdida de la imagen sistémica o de una visión de conjunto de la realidad desconociendo u olvidando los fundamentos o los elementos básicos del objeto o problema, limitando o sesgando a la mirada analítica por *visión miope de corto plazo*⁶, rentable para la solución pragmática del momento pero insuficiente para el desarrollo del Derecho como ciencia social destinada a alcanzar la convivencia pacífica mediante el aumento sostenido del estándar de los derechos de los individuos con miras a alcanzar, o al menos perseguir, la dignidad de las personas.

En este orden de cosas es que se busca mediante este artículo volver sobre ciertos hitos que se estiman relevantes en el ámbito el Derecho administrativo porque constituyen aquellas *líneas maestras de su sistema* las que le han permitido erguirse como una piedra angular del Estado social y democrático de Derecho, tanto desde un lugar principal en el desarrollo del principio de separación de poderes, como en el tránsito desde el

³ El fenómeno de la hiperespecialización se encuentra frente al fenómeno de la falta de especialización en la Administración pública. Sobre la visión de conjunto y la necesidad de especialización me he referido en lo relativo a la preparación de los operadores en el ámbito de la contratación pública, como disciplina multidisciplinar y multidimensional altamente compleja, en: DÍAZ BRAVO, Enrique. La profesionalización: condición sine qua non de la contratación pública estratégica. In: RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, DIAZ BRAVO, Enrique (ed). **La profesionalización en la contratación pública estratégica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

⁴ Sobre el objeto en el ámbito de la investigación, véase: COHEN, Néstor, GÓMEZ ROJAS, Gabriela. **Metodología de la investigación, ¿para qué?:** la producción de los datos y los diseños. Madrid: Editorial Teseo y CLACSO, 2019.

⁵ En muchos casos esto se refleja en el contexto académico en el denominado *Publish or Perish*. Un interesante análisis sobre el POP puede verse en: MOOSA, Imad A. **Publish or Perish: Perceived Benefits versus Unintended Consequences**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018.

⁶ BAEKELAND, L. H. The Danger of Overspecialization. **Science**. v. 25, No. 648, 1907.



principio de legalidad a la sumisión integral de la Administración al Derecho mediante el principio de juridicidad, esto gracias a la incorporación de la observación obligada por la Administración de los principios de igualdad, imparcialidad, objetividad, transparencia, publicidad, eficiencia, eficacia, como configuradores del *debido procedimiento administrativo*⁷ en torno a la resolución jurisdiccional de las cuestiones que se susciten entre la Administración y un ciudadano. En este último punto, la posición de la Administración y la jurisdicción, donde radica “el núcleo más importante de [los] privilegios” de la Administración, como reconocían García de Enterría y Fernández, ilustrando incluso que este es “el punto donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la juridificación”⁸, puesto que se la jurisdicción contencioso-administrativa es el punto de encuentro entre el poder discrecional de la Administración y el poder limitador jurisdiccional para conocer sobre una impugnación sobre la potestad de aquella para que esta cumpla con su deber de tutelar los derechos e intereses de un ciudadano, ya que tal como sostenía Clarich, esta es la fase *piú critica del proceso ammnisitrativo*⁹.

Como muestra de que el criterio de distribución jurisdiccional ha sido un elemento de referencia y antagonismo a lo largo de la historia del Derecho administrativo¹⁰, especialmente para la determinación de la naturaleza de la categoría de los contratos, es posible traer a colación lo ocurrido en el ámbito de la Administración española. En dicho orden de ideas es que se pronunciaba con gran intensidad José María Morilla en 1842 al referirse a la competencia contencioso-administrativa que se atribuía a los Consejos Provinciales para la revisión de, entre otras materias:

...los actos ó contratos de la administracion celebrados para suministros, objetos ó servicios públicos, asi como en todas las demas en que el interes individual ó particular estuviere en oposicion con los del Estado, ó con los de las provincias ó municipalidades, y no nazcan del ejercicio de acciones ó reclamacion de derechos meramente privados, que hayan de regularse tan solo por la ley civil, sin relacion á la pública conveniencia.

Continúa explicando el fundamente de dicha distribución jurisdiccional de materias entre lo civil y lo contencioso-administrativo afirmando que:

⁷ Sobre los alcances aplicados del *debido procedimiento administrativo*, véase: HUAPAYA TAPIA, Ramon A. El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 137-165, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43659>

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho administrativo I**. 17 ed. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2015, p. 531.

⁹ CLARICH, Marcello. **Giudicato e Potere Amministrativo**. Padova: Cedam, 1989.

¹⁰ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración. Sus orígenes en el Derecho francés. In: **Comisión de homenaje al profesor Jordana de Pozas con motivo de su jubilación universitaria**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, p. 169.



*De este género de controversias [contencioso-administrativas] no podrían conocer los jueces ordinarios, sin someterse la acción administrativa á la autoridad judicial, lo que sería confundir ambos poderes, y produciría graves inconvenientes. Por esto se han establecido Tribunales especiales, que con audiencia de las partes determinen estos negocios en justicia.*¹¹

Así las cosas, y tal como ponía de manifiesto José Luis Rivero Ysern¹², el elemento que daba sustantividad al contrato administrativo del resto de categorías contractuales era la atribución jurisdiccional al contencioso-administrativo¹³, tal como se sostenía en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888, que en su artículo 5º hacía una especial excepción de la regla de atribución de los asuntos de la Administración a la jurisdicción ordinaria, disponía que se serían "...atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie..."¹⁴, siendo esta exclusión de la jurisdicción ordinaria producto de *simples razones prácticas de utilidad y no de naturaleza*¹⁵ pero que no obstante ello no ha logrado ser pacífico ni normativamente ni doctrinariamente, cuando ha sido la propia Administración la que se ha resistido a no despojarse del privilegio de examinar la legalidad de sus propios actos.¹⁶

Ahora bien, siendo de tal la problemática del desarrollo histórico de la posición jurisdiccional de la Administración, y considerando que el Derecho administrativo, siguiendo a Cassese, "es fruto de la evolución y su configuración depende en gran medida de dicha evolución", y habida cuenta que la propia existencia de una de las unidades

¹¹ MORILLA, José María. **Breve tratado de Derecho administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba**. Cuba: Tip. de Vicente de Torres, 1842.

¹² RIVERO YSERN, José Luis. **El contrato administrativo de suministro**. vol. 40. Sevilla: Instituto García Oviedo: Universidad de Sevilla, 1976, pp. 17-18.

¹³ Sobre la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, véase el estudio de: GONZÁLEZ PÉREZ. Evolución de la legislación contencioso-administrativa. **Revista de Administración pública**, no. 150, Madrid, 1999.

¹⁴ Tal como apuntaba Manresa al comentar el alcance de lo dispuesto en el mencionado artículo: "Detonan bien a las claras que sólo como una excepción del sistema que en la Ley misma domina, ha respetado el legislador español la competencia atribuida en materia de contratos a la jurisdicción contencioso administrativa... y no obstante creer que con arreglo al núm. 2º del art. 4º de la misma ley tales cuestiones, como de índole esencialmente civil, debía estar excluidas de este recurso y ser llevadas a los Tribunales ordinarios." MANRESA, José María. **Jurisdicción contencioso-administrativa** : Ley de 13 de septiembre de 1888 y Reglamento de 29 de diciembre de 1890 reformados en cumplimiento del art. 30 de la Ley de Presupuestos de 1892. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1894, p. 21.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho administrativo I**. 17 ed. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2015, p. 101.

¹⁶ En torno a la evolución del contencioso-administrativo español, véase por todos: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Evolución de la legislación contencioso-administrativa. **Revista de Administración Pública**, n.150, sept/dic, 1999, p. 209-237.



más relevantes del sistema del Derecho administrativo es la contratación pública (contratación administrativa), es que este trabajo abordará la evolución que este proceso de conformación de la figura del contrato administrativo, originariamente, hasta el contrato público, en nuestros días, todo ello a la luz de la ordenación jurisdiccional con base en los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los individuos frente a la Administración.

De esta forma, pasaremos a revisar parte de la estructura básica de la controvertida figura de la contratación administrativa, por medio del análisis de viejas instituciones jurídicas con apariencia de *residuos históricos que operan sin conciencia final de la función que cumplen*¹⁷, pero que con el paso del tiempo y a partir de inéditos problemas han adquirido un nuevo sentido¹⁸ que obligan a volver la mirada para comprender la *gran pintura* institucional de la figura de los contratos públicos, en este estudio referida al caso italiano, porque, como sostenía Ariño Ortíz “la historia del Derecho administrativo puede seguirse perfectamente a través de la historia de [el contrato administrativo], y viceversa”, así se contribuye al cabal entendimiento de la figura del contrato público estratégico que es la que gobierna en nuestros días, y que no es otra cosa que la expresión del éxito civilizatorio de la democracia para configurar una herramienta jurídica de *dirección social*¹⁹ para la promoción y garantía del Estado social²⁰.

A continuación dividiremos el análisis en dos partes, la primera referida la estructura derechos subjetivos – intereses legítimos, y la segunda parte a un estudio sobre la evolución de la jurisdicción atribuida a los contratos públicos llegando hasta la última gran regulación y codificación de 2016 con el Código de Contratos Públicos.

2. EL BINOMIO CENTRAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

El estudio de la contratación pública italiana requiere comprender la distinción a través de la cual se construye dicho sistema y se ha articulado durante toda su historia reciente, la que se funda a partir del binomio *diritto soggettivo – interesse legittimo*, construcción dogmática que, como sostenía García de Enterría, *está llena de sutilezas*²¹.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo**. 4ª amp. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 29.

¹⁸ FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho administrativo**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021, p. 9.

¹⁹ JIMENEZ, Luis Arroyo. El Derecho administrativo europeo como sistema. **Revista de Derecho Público: teoría y método**, no. 1, 2020, p. 178.

²⁰ En este sentido se sigue la idea sobre la que ha insistido el prof. Gimeno Feliú, respecto de que la contratación pública es una herramienta de justicia social. Véase: FELIÚ, Gimeno. La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. **Economía industrial**, nº 415, 2020, págs. 89-97.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista española de derecho administrativo**, no. 6, 1975, p. 432.



Estas categorías son fundamentales en el desarrollo del Derecho administrativo italiano, ya que elabora una doctrina que permite diferenciar las distintas situaciones en que un individuo se puede encontrar cuando la Administración actúa, y dicha actuación afecta o puede afectar su esfera jurídica, lo que puede llegar a determinar la aptitud procesal de aquel para recurrir a los órganos jurisdiccionales en búsqueda de tutela para hacer cesar los efectos arbitrarios y/o ilegales de la acción u omisión de la Administración, o impedir que ellos ocurran, de modo de prevenir una posible afectación.²²

Ha sido, y sigue siendo, de tal relevancia la distinción en comento que, en términos generales, como sostenía Mastragostino, el Derecho administrativo italiano se ha configurado tradicionalmente sobre la premisa consistente en que “los tribunales ordinarios tienen jurisdicción en los casos en que el interés individual violado es un derecho subjetivo, y los tribunales administrativos en los casos en que las quejas del particular son respecto de daños a un interés legítimo”²³. De este modo, la explicación del binomio derecho subjetivo – interés legítimo tiene una especial trascendencia en la contratación pública y en sus foros, procedimientos y recursos de tutela efectiva²⁴, que como se verá más adelante, ha acarreado que las distintas etapas de evolución de la historia jurisdiccional del contencioso-administrativo italiano de contratos públicos hayan girado en torno al referido binomio, tanto para las combativas posiciones opuestas sobre los criterios de distribución de las sedes jurisdiccionales, como para la proyección en nuestros días de la contratación estratégica en el marco europeo.

3. PRINCIPALES POSICIONES Y APROXIMACIONES AL BINOMIO

La doctrina italiana existen múltiples conceptos y acercamientos, todos ellos a partir de la distribución de jurisdicciones por bloques de materias, las que se refieren a la asignación de los conflictos relativos a derechos subjetivos al juez ordinario, mientras que las relativas a los intereses legítimos de un ciudadano son remitidas al juez administrativo, siendo posible identificar tres principales posiciones, las que, a mi juicio, otorgan claridad meridiana sobre la materia.

²² Sobre la configuración de los órganos del contencioso administrativo y las reglas de legitimación en contratación pública, véase: DÍAZ BRAVO, Enrique. Aspectos orgánicos y cautelares del contencioso-administrativo italiano de contratación pública. In: RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, DÍAZ BRAVO, Enrique, MÉNDEZ, Daniela (coord). **Miradas Iberoamericanas sobre contratación pública**. Valencia: Tiran lo Blanch, 2022.

²³ MASTRAGOSTINO, Franco. Enforcing the public procurement rules in Italy. In: ARROWSMITH, Sue. **Remedies for enforcing the public procurement**: Public procurement in the European Community. Winteringham: Earls Gate Press, 1993, pp. 125-26.

²⁴ Véase: DÍAZ BRAVO, Enrique. El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad. **Revista General de Derecho Administrativo**, no. 54, 2020.



a) La primera, considerada la *doctrina clásica*²⁵, es la liderada por Zanobini, quien que comprendía al derecho subjetivo como aquel interés propio y excluyente que corresponde a los titulares del mismo y recibe reconocimiento protección directa e inmediata por el ordenamiento jurídico.

Mientras que por interés se entiende un “interés individual en estrecha conexión con un interés público y protegido por el ordenamiento jurídico solamente a través de la tutela jurídica de este último”²⁶, es decir, el interés del sujeto particular solo tendrá una protección jurídica accidental que ocurrirá cuando exista una actuación por parte de la Administración, de modo de poner límite al poder de ella. Así pues, la protección solo será un reflejo de la actuación de la Administración situando al individuo en una infra posición frente a aquella²⁷, por entender que su interés legítimo es una posición jurídica subjetiva meramente instrumental²⁸.

b) Una segunda posición, de *carácter procesal-material*, se encuentra construida como una simple proyección procesal del interés de facto²⁹, otorgado a un sujeto como consecuencia de la actuación del poder discrecional de la Administración. El interés legítimo, para esta posición, nacería solo cuando el interés material es lesionado por un acto administrativo, apareciendo así la protección para poder oponerse y eliminar el acto lesivo, combinando así dos elementos consecutivos, la afectación concreta que, a su vez, provoca la legitimación procesal, línea identificada por Virga como justificadora de la existencia misma de la justicia contencioso-administrativa, denominado *criterio ella posizione giuridica subiettiva*³⁰.

c) Y, una tercera posición, de *carácter finalista* es la sostenida por Nigro³¹, la que se proyecta bajo el entendido de que la relación entre el sujeto interesado y la Administración no es únicamente limitatoria para esta, sino más bien es un elemento que

²⁵ Tal como se apunta en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista española de derecho administrativo**, no. 6, 1975, p. 433.

²⁶ Citado en: SÁNCHEZ ISAC, Jaime. **La desviación de poder en los sistemas francés, italiano y español**. Barcelona: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973, pp. 164.

²⁷ Tal como ha sostenido Medina, el concepto de interés legítimo “...concentra la controvertida solución brindada por el legislador decimonónico al problema de distribuir espacios de libertad y autoridad, de conciliar los intereses individuales y colectivo dentro del Derecho administrativo.”. MEDINA ALCOZ, Luis. **Libertad y autoridad en el derecho administrativo: Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión**. Madrid: Marical Pons, p. 116. La obra citada, resulta fundamental para entender estas categorías jurídicas italianas, atendido que, tal como lo relata el autor en el Capítulo I, son categorías de difícil comprensión, dificultad que comparto plenamente.

²⁸ NAPOLITANO, Guido. **La logica del diritto amministrativo**; 2ª ed. 2. Bologna: Il mulino, 2019, p. 319.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista española de derecho administrativo**, no. 6, 1975, p. 433.

³⁰ VIRGA, Pietro. **La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1982.

³¹ NIGRO, Mario. **Giustizia amministrativa**. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 1996, p. 100. Disponible en: <https://sol.unibo.it:443/SebinaOpac/.do?idopac=UBO1369399>.



contribuye y colabora con la misma para la propia determinación del interés público y, por consiguiente, del propio ejercicio del poder de la Administración. El interés público contenido en la norma solo se encuentra definido abstractamente, de modo que únicamente adquiere *vita ed effettività* por medio del procedimiento administrativo, lugar donde el poder administrativo se ejercita, confrontándose y cooperando dinámicamente con los intereses privados presentes en el procedimiento en cuestión.

Ello asegura la presencia de todos los intereses, tanto generales como particulares en el procedimiento administrativo, con el fin de alcanzar una solución en consonancia con la debida confrontación de los intereses públicos y particulares dentro del Estado democrático de Derecho, combinando entonces la fórmula de intereses particulares, intereses de la Administración y la finalidad del ordenamiento jurídico.

El autor en comento considera que la actuación de la Administración se encuentra determinada en el ordenamiento jurídico por su finalidad, y es por ello que el interés de la Administración se encuentra siempre ligado con el interés del particular, ya que requiere considerar en toda actuación administrativa cuál será la incidencia del ejercicio del poder público en la esfera jurídica del particular, y es a partir de esto por lo que se encuentra tutelado el interés del individuo.

En principio, no existe para el autor diferencia entre el derecho subjetivo y el interés legítimo en cuanto a que ambas situaciones se encuentran en el ámbito de interés de protección por parte del Derecho, y siempre serán objeto de protección cuando tengan una proyección jurídica. La diferencia entre ambas categorías se refiere al grado o intensidad y a la forma de la protección. Así, Mario Nigro logra explicar el contenido identificador del interés legítimo como aquella posición "...di vantaggio fatta ad un sogetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità ogetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo sogetto di potere atti ad influiré sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità".³²

3.1. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL INTERÉS LEGÍTIMO

Ahora bien, la verdadera dificultad es la comprensión del contenido y alcance del interés legítimo, ya que el alcance y contenido de los derechos subjetivos se encuentra fuera de discusión, por lo que para lograr una correcta distinción entre las categorías, además de las posiciones doctrinarias mencionadas anteriormente, se recurrirá a destacada y clarificadora jurisprudencia del ordenamiento italiano, lo que permitirá explicar el alcance del interés legítimo desde una posición propia.

³² NIGRO, Mario. **Giustizia amministrativa**. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 1996, p. 100. Disponible en: <https://sol.unibo.it:443/SebinaOpac/.do?idopac=UBO1369399>.



Son dos pronunciamientos con los que es posible obtener una claridad meridiana: El primero del *Consiglio di Stato*, que ha dicho sobre el interés legítimo que: “L’interesse legittimo, dunque, costituisce una posizione sostanziale della quale è titolare un soggetto e che esprime un interesse del soggetto medesimo ad un bene della vita (utilità), in collegamento con l’esistenza e l’esercizio di un potere della pubblica amministrazione”.³³ Y, por su parte, en la sentencia de la SS.UU. *della Cassazione*³⁴ se ha entendido el interés legítimo como “la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell’attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell’interesse al bene”.

Es decir, solo en función del ejercicio del poder de la Administración Pública emerge el interés legítimo de un particular, respecto de la esfera jurídica personal y patrimonial, confrontando una posición jurídica, atendido que estima que el actuar del poder de la Administración, manifestado por medio de un procedimiento *ampliativi o ablatori*, se realiza con infracción a Derecho. En dicha situación, el interés del sujeto de obtener tutela se podrá manifestar a través de la oposición a dicho procedimiento, a través de *interessi oppositivi*, con el objeto de mantener y resguardar una posición de ventaja de su esfera jurídica; o bien, con miras de obtener un procedimiento favorable, por medio de *interessi pretensivi*, con el objeto de ampliar su esfera jurídica.³⁵

3.2. ANÁLISIS SOBRE EL BINOMIO

Considerando lo visto anteriormente, es posible sostener que el derecho subjetivo es la posición de ventaja que tiene un individuo que le habilita para ejercer en forma plena su interés sobre un bien o posición determinada, para lo cual cuenta con todas las herramientas que el ordenamiento pone, y debe poner, a su disposición para tutelar dicho derecho; mientras que, el interés legítimo se caracteriza por la existencia de una relación de continuidad entre el sujeto y la Administración, que se manifiesta en la posición de un sujeto respecto de un bien o posición jurídica determinada, sobre la cual la Administración ha efectuado una actuación unilateral, con base en sus poderes discrecionales³⁶ que provocará una afectación en la esfera jurídica personal o patrimonial del

³³ De acuerdo con la decisión del Consiglio di Stato Italiano: Cons. di St., Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403.

³⁴ De acuerdo con la decisión judicial de la Corte de Cassazione Italiana: Sez. unite, 22 luglio 1999, n. 500.

³⁵ CORRADINO, Michele, STICCHI DAMIANI, Valerio (ed). **Il processo amministrativo**: Argomenti del diritto. Turín: G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 83.

³⁶ Mastragostino sostiene que se puede afirmar, como regla, “la existencia de interés legítimo cuando poderes discrecionales son atribuidos a la Administración, y que se refieren a poderes de la Administración que, autoritariamente y unilateralmente, afectan la situación legal de un particular”. MASTRAGOSTINO, F. Enforcing the Public Procurement Rules in Italy. Arrowsmith, Sue (coord). **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules**. Witheringham: Earls Gate, 1993, p. 119



particular, situación jurídica que habilita a dicho sujeto a oponerse a la actuación, producto del *uso incorrecto*³⁷ del poder administrativo o bien, a solicitar una pretensión.

Así, el interés legítimo en una situación jurídica determinada permite controlar el ejercicio de los poderes de la Administración, por medio del otorgamiento de tutela al sujeto agraviado, tutela que no existe autónomamente, como es el caso de los derechos subjetivos, y es por ello que, a partir del actuar de la Administración, ya sea en sentido positivo o negativo que, además, confiere al sujeto agraviado un interés legítimo para actuar o *interesse ad agire*.

Por tanto, el reconocimiento del interés para actuar presupone o requiere la existencia de un interés en una situación jurídica protegida por el ordenamiento jurídico, que consecuentemente le otorga legitimación procesal para actuar. En dicho sentido se ha pronunciado la jurisprudencia cuando ha dicho que en el proceso administrativo “la *legittimazione ad agire* presuppone il riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall’ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall’amministrazione che differenzia la posizione del ricorrente dal ‘*quisque de populo*’”³⁸⁻³⁹

Ahora bien, dicho interés se funda en la existencia de una lesión efectiva, concreta y actual, por lo que no solo puede referirse al riesgo o al temor de una lesión futura o hipotética, de modo que dichas características se establecen como requisitos para actuar procesalmente. Así, respecto *del Interesse ad agire*, el *Consiglio di Stato* lo ha explicado diciendo que: “in termini generali, l’interesse ad agire presuppone la lesione concreta ed attuale dell’interesse sostanziale dedotto in giudizio, e l’idoneità del provvedimento domandato al giudice per tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale”⁴⁰, o como ha dicho Severini, posición que comparto: “L’interesse, cioè il bisogno di tutela giurisdizionale indispensabile per rimuovere un atto lesivo, dev’essere concreto e attuale, non teorico o generico”⁴¹.

Las especiales diferencias entre el derecho subjetivo y el interés legítimo allanan el camino para configurar una explicación entre la posición del particular cuando interactúa con/frente a la Administración Pública, ejerciendo esta sus potestades públicas destinadas al cumplimiento de sus fines⁴², o bien excediéndolos o desviándolos, per-

³⁷ CASSESE, Sabino. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Corso di diritto amministrativo 1. Milano: Giuffrè, 2012. p. 566.

³⁸ De acuerdo con la decisión judicial: TAR l’Aquila, sentenza n. 289 del 16 aprile 2015.

³⁹ *Quisque de populo* es una locución latina que significa: “Un hombre de la calle”, “un ciudadano medio”.

⁴⁰ De acuerdo con la decisión judicial: Cons. di St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 641

⁴¹ SEVERINI, Giuseppe. **Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici**: l’art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo, 2016. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² En consonancia con lo indicado, cabe traer a colación lo dicho por Zanobini: “*L’estensione dell’attività amministrativa è necessariamente collegata e proporzionata alla estensione dei fini dello Stato*”. ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. 3° ed, vol. 5. (Milano: Giuffrè Editore, 1959).



mitiendo, en todo caso, que el ciudadano ejerza acciones destinadas a la protección de sus derechos, en caso de los derechos subjetivos, o bien de su posición jurídica cuando la afectación dice relación con un interés legítimo, puesto que como sostiene Medina, “el interés legítimo es lo único que el ciudadano puede oponer al poder administrador, es la posición jurídico-subjetiva que dialoga con él”⁴³

4. CONFIGURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

En una reseña general del sistema italiano⁴⁴ de recursos en materia de contratación pública se pueden identificar cinco fases que resultan importante conocer para obtener un contexto respecto de la evolución normativa en la materia que se trata, de modo de obtener un cuadro explicativo de ciertas instituciones determinantes y diferenciadoras del ordenamiento jurídico italiano.

4.1. PRIMERA ETAPA

La primera etapa es identificada por la *lucha jurisdiccional*, tal como la identificaba Parada Vázquez⁴⁵, que se expresó por medio de una serie de vaivenes respecto de la determinación del reparto jurisdiccional entre la justicia ordinaria y la justicia administrativa.

Así, los primeros antecedentes, denominados como la fase de la *legislazione preunitaria*⁴⁶, pueden ser encontrados tanto en la creación del *Consiglio di Stato* en 1831 por Carlos Alberto de Cerdeña a través del *editto di Racconigi* del 18 agosto, consejo que era una especie de corte o consejo consultivo-político del rey, como también en el *Statuto Fondamentale della Monarchia di Savoia* de 1848, llamado Statuto Albertino, que como relata Satta, “riconosceva ai cittadini una serie di diritti nei confronti dello Stato e quindi delle amministrazioni; tali diritti erano sostanzialmente senza giudice”⁴⁷.

⁴³ MEDINA ALCOZ, Luis. **Libertad y autoridad en el derecho administrativo: Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión**. Madrid: Marical Pons, p. 116.

⁴⁴ Sobre la materia se puede consultar: COMBA, Mario. Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies. In: LICHÈRE, François, TREUMER, Steen. **Enforcement of the EU Public Procurement Rules**. European Procurement Law Series. Denmark: DJØF Publishing Copenhagen, 2011; VIRGA, Pietro. La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Milano: A. Giuffrè, 2003.; BUFFONE, Giuseppe, GAROFOLI, Roberto. Giurisdizione in tema di appalti. In: Garofoli, Roberto (coord). **La tutela in tema di appalti pubblici** : il contenzioso alla luce del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici). Attualità di diritto amministrativo. Napoli: Gruppo Editoriale Eselibri Simone, 2007.; y, CASSETTA, Elio. **Manuale di diritto amministrativo**. Ventitreesima edizione completament riveduta, aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo / a cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè, 2021.

⁴⁵ PARADA VÁZQUEZ, J.R. La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración. Sus orígenes en el Derecho francés. In: **Estudios en homenaje a Jordana de Pozas**. Instituto de Estudios Políticos, 1961.

⁴⁶ VIRGA, Pietro. La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Milano: A. Giuffrè, 2003

⁴⁷ SATTÀ, Filippo. **Giustizia amministrativa**, 2a ed. Padova: CEDAM, 1993.



Del mismo modo, la evolución del sistema encuentra su camino a través en una serie de decretos de 1859 del Reino de Cerdeña (ley Rattazzi), entre otras en la L. n.3708, por medio de los cuales se estableció un sistema donde todas las controversias entre un particular y la Administración Pública serían conocidas por órganos de tipo administrativo, tanto de derecho subjetivos como de intereses, operando en primer grado por los consejos de gobierno, los que sustituían a los consejos de intendencia, y que, como relata Pajno, expresamente se denominaban *giudici ordinari del contenzioso amministrativo*⁴⁸; mientras que las decisiones de dichos órganos eran impugnables, por tanto eran conocidas en segundo grado, por el Consejo de Estado, que asumía las funciones de los anteriores tribunales de cuenta, consolidándose una incipiente jurisdicción contenciosa-administrativa.

Luego, por medio de la L. n. 2248/1865, all. E., se dispuso la supresión de los tribunales del contencioso administrativo común, esto en el marco político de la unificación que a juicio de Cassese tiene su causa en la *inspiración en los principios liberales* que conducían a la premisa de que la "Administración no fuese distinta de los particulares ante el juez"⁴⁹.

Dicho modelo estableció que las controversias en las que fuese parte la Administración, relativas a derechos civiles o políticos serían conocidas por la jurisdicción ordinaria como jurisdicción general, es decir los derechos subjetivos, se encontraban sometidos a una jurisdicción única, la ordinaria; mientras que el resto de materias, principalmente los intereses, serían atribuidas a la autoridad administrativa, de modo que sería la propia autoridad administrativa la que estaría a cargo de la tutela de la posición jurídica de los particulares, todo por medio de un procedimiento contradictorio, escrito y motivado, susceptible de recurso jerárquico administrativo, pero carente de tutela jurisdiccional⁵⁰ y que puso de manifiesto, como relata Casetta, la grave laguna de tutela frente a la actividad de la Administración Pública.

Ahora bien, en el año 1889 el ordenamiento italiano por medio de la denominada *Legge Crispi*, N° 5.992, instituyó la *IV Sezione del Consiglio di Stato*, la que sería el órgano con facultades para conocer, según el art. 3, sobre los recursos contra la Administración Pública respecto de recursos por incompetencia, exceso de poder y violación de la ley, sobre actos o procedimientos administrativos frente a los cuales se presentase un interés de un individuo o de una entidad moral y jurídica. En dicho sentido se ha sostenido que esta nueva *situación es el reflejo de la vigorización* "del Estado liberal, de modo de

⁴⁸ PAJNO, Alessandro. Il riparto della giurisdizione. In. CASSESE, Sabino. **Diritto amministrativo speciale**, Trattato di diritto amministrativo (Milano: Giuffrè Editore, 2000), 3190.

⁴⁹ CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo: Historia y futuro**. Madrid: INAP, 2017

⁵⁰ CARINGELLA, Francesco. L'evoluzione storica dei criteri di riparto. In: CARINGELLA, Francesco, ROBERTO, Garofoli (coord). **Il riparto di giurisdizione**. Trattato di giustizia amministrativa. Milano: Giuffrè editore, 2008, pp. 18-19.



afirmar la posición de la Administración Pública bajo la ley y, de la justiciabilidad de todas las posiciones subjetivas vinculadas con el ejercicio del poder público⁵¹. Reconociéndose, entonces, el régimen de garantías para la tutela de una serie de situaciones jurídicas de los particulares respecto del actuar de la Administración, aun cuando las decisiones del *Consiglio* se denominaran *decisioni* y no *sentenza*, que como indicaba Leone, dicho “término que evocaba a un procedimiento administrativo más bien que jurisdiccional”.⁵² Esta configuración del sistema de la jurisdicción del contencioso-administrativo fue afinada con la elaboración de un sistema local de dicha jurisdicción, por medio de la Ley n. 6835 de 1 de mayo de 1890.

A lo largo del tiempo, se suscitaron diversas diferencias interpretativas entre el *Consiglio di Stato* y la *Corte di Cassazione* relativas a que el primero sostenía un criterio procesal, *petitum*, para interpretar la norma de distribución de competencia; mientras que la segunda, prefería aplicar un criterio sustancial o de la *causa petendi*.

La resolución del conflicto del reparto jurisprudencial fue decidido por medio del denominado *concordato giurisprudenziale* en 1930, alcanzado entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado, donde se resolvió como solución a la distribución de jurisdicción establecer un doble requisito a efectos de la determinación de la jurisdicción competente, basados en la *causa petendi* (naturaleza del litigio) y el *petitum* (demanda), es decir, sobre la base de la naturaleza de la situación jurídica que se asume lesionada⁵³, las que debían complementarse recíprocamente, todo ello para resolver aquellas materias en que el Consejo de Estado no tenía competencia exclusiva. Tal como detalla Caringella, el criterio de reparto acordado determinó que la nulidad solo podía ser requerida al Consejo de Estado solo cuando la pretensión sustancial dijera relación con intereses legítimos, puesto que los derechos subjetivos serían competencia de la jurisdicción ordinaria⁵⁴.

De este modo, esta fase se encontraba caracterizada por la doble distribución jurisdiccional entre el *giudice ordinario* y el *giudice amministrativo* respecto de las controversias de un sujeto con la Administración Pública, basándose en el criterio de *diritto soggettivo* y el *interesse legittimo*, donde las primeras eran conocidas por el juez ordinario, y las segundas por el juez administrativo. En materia de contratación pública, especialmente respecto de las concesiones, se utilizaba el criterio publicista respecto del interés legítimo para resolver un asunto determinado; mientras que una vez suscrito el

⁵¹ PAJNO, Alessandro. Il riparto della giurisdizione. In: CASSESE, Sabino. **Diritto amministrativo speciale**, Trattato di diritto amministrativo (Milano: Giuffrè Editore, 2000), 3197.

⁵² LEONE, Giovanni. Elementi di diritto processuale amministrativo. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 10.

⁵³ ZITO, Alberto. L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo. In: GAETANO SCOCA, Franco (ed). **Giustizia amministrativa**. Torino: Giappichelli Editore, 2013, p. 68.

⁵⁴ CARINGELLA, Francesco. L'evoluzione storica dei criteri di riparto. In: CARINGELLA, Francesco, ROBERTO, Garofoli (coord). **Il riparto di giurisdizione**. Trattato di giustizia amministrativa. Milano: Giuffrè editore, 2008, p. 42.



contrato, se utilizaba el criterio privatista, donde el juez ordinario era quien conocía de las controversias suscitadas en la fase de ejecución y liquidación del mismo, producto que el *interesse legittimo* se transformaba, al incorporarse en el patrimonio del adjudicatario, y luego contratista, en un *diritto soggettivo*, respecto del cual no existe la posibilidad de ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración⁵⁵.

Esta primera etapa, se vio consolidada por la propia Constitución de 1948, con el reconocimiento de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y los intereses legítimos, tal como reza su artículo 24, y por la determinación del principio de legalidad de los actos de la Administración bajo la fórmula contenida en el artículo 113, lo que fue fortalecido por la consagración del Consejo de Estado como el órgano con jurisdicción para tutelar los intereses legítimos y los derechos subjetivos de los ciudadanos en confrontación con la Administración⁵⁶. En 1971 el sistema continuó su perfeccionamiento por medio de la creación de un *Tribunale Amministrativo Regionale* (en adelante «TAR»)⁵⁷, en cada región de la República, con competencia para conocer en primera instancia las cuestiones de carácter administrativo, constituyéndose el *Consiglio di Stato* como una corte de apelación de las decisiones de los TAR.

En definitiva, la distribución entre las jurisdicciones respondía a dos criterios, uno histórico, producto del binomio derecho subjetivo – interés legítimo; y otro técnico, que respondía a considerar al juez administrativo más idóneo profesionalmente para la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y la Administración.⁵⁸

4.2. SEGUNDA ETAPA

Una segunda etapa, es posible de identificar desde la dictación de la *Legge 21 luglio 2000, n. 205, "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"*, la que estableció, art. 6.⁵⁹, que las controversias en materia de contratación pública serían de exclusiva juris-

⁵⁵ MASTRAGOSTINO, Franco, TRENTI, Enrico. La risoluzione delle controversie. In: MASTRAGOSTINO, Franco (coord). **Diritto dei contratti pubblici**. Torino: Giappichelli Editore, 2017, pp. 488.

⁵⁶ Sobre los órganos y el diseño del sistema de recursos, véase: DÍAZ BRAVO, Enrique. El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad. **Revista General de Derecho Administrativo**, nº. 54, 2020

⁵⁷ Disposición normativa italiana: *Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*.

⁵⁸ En dicho sentido véase: CASSESE, Sabino. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Corso di diritto amministrativo 1. Milano: Giuffrè, 2012. p. 566; y MASTRAGOSTINO, Franco. Enforcing the public procurement rules in Italy. In: ARROWSMITH, Sue. **Remedies for enforcing the public procurement: Public procurement in the European Community**. Winteringham: Earlsgate Press, 1993, pp. 125.

⁵⁹ Art. 6. (Disposizioni in materia di giurisdizione). "1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. 2. Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto." *Legge 21 luglio 2000, n. 205, "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"*.



dicción del juez administrativo, incluidas las relativas a derechos *diritti soggettivi*, fijándose así una distribución, ya no por el criterio de interés legítimo - derecho subjetivo, sino que una jurisdicción entregada por materias, denominada *blocchi di materia*. Dicha distinción se mantenía en la fase de la *scelta del contraente*, en decir en la selección del oferente, hasta la adjudicación, toda vez que luego en la *fase di esecuzione dell'appalto* recobraba la jurisdicción el juez ordinario para conocer sobre las cuestiones que se suscitasen.

Por otra parte, se introdujeron por medio de la cita norma modificaciones en la ley n. 1034/1974 reguladora de los TAR, en materias procedimentales, especialmente respecto de la aplicación de disposiciones particulares en determinadas materias que tendrían carácter especial, entre ellas la contratación pública⁶⁰. En el mismo sentido, a través de la introducción del art. 23 bis, además de las materias especiales, se estableció que los términos administrativos procesales ordinarios serían reducidos a la mitad, con excepción del plazo para la interposición del recurso, además del establecimiento de un procedimiento de medidas cautelares, donde se concede al TAR o al *Consiglio*, la posibilidad en casos de extrema urgencia, de conceder medidas cautelares, cuando existan razonables probabilidades de éxito del recurso. Así, en la segunda etapa la preocupación por el procedimiento de recursos administrativos en materia de contratación pública es evidente, estableciéndose procedimientos rápidos y consideraciones especiales sobre la concesión de medidas provisionales.

4.3. TERCERA ETAPA

Una tercera etapa comienza a partir de la aprobación del Decreto Legislativo Nº 163, de 12 de abril de 2006, el que promulgó el denominado *Codice dei Contratti Pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, que viene a regular en forma completa y conforme a la normativa comunitaria vigente en ese momento, la contratación pública, tanto en la etapa de licitación, tanto de los sectores generales como especiales, y el contencioso. En el caso particular del novedoso plazo suspensivo o *standstill*, el nuevo Código estableció, en el art. 11,

⁶⁰ Art. 23 bis, 1: a) *i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse*; b) *i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità; ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti, nonché quelli relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle predette opere*; c) *i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti*; d) *i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti*; e) *i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142*; f) *i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400*; g) *i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi*.



nº 106¹, que el contrato no podría ser concluido antes de treinta y cinco días desde la última notificación en el procedimiento de adjudicación, la que debía contener la decisión de adjudicación y las exclusiones ordenadas en el mismo. Dicha notificación, de carácter obligatoria, según el art. 79, debía ser remitida siempre dentro de los cinco días siguientes de la decisión de adjudicación.

Por otra parte, el Código de 2006 contemplaba en su parte IV, una serie de disposiciones relativas al denominado *Contenzioso*, especialmente respecto de la jurisdicción. Así, en el art. 244⁶² se remitía al Código de Procedimiento Administrativo la identificación de las controversias que serían de conocimiento exclusivo del juez administrativo; y, del mismo modo, en el art. 255⁶³, se efectuaba la misma remisión respecto de los *strumenti di tutela* ante los tribunales administrativos, entre otras materias.⁶⁴

Ahora bien, aun cuando se encontraba remitida la competencia del procedimiento en materia de contratos públicos al juez administrativo⁶⁵, no se encontraba claramente delimitada la competencia de dicho juez para anular los efectos de un contrato público.

Dicha falta de claridad, provocó una serie de fallos, administrativos y judiciales, en sentidos diversos, especialmente entre el *Consiglio di Stato* y la *Corte di Cassazione*; el primero, atribuyendo la competencia para la anulación de un contrato al juez administrativo, mientras que, el segundo, lo atribuía al juez ordinario, con consecuencias que los particulares debían recurrir en primer lugar al juez administrativo para obtener la anulación de la adjudicación, y luego, recurrir al juez ordinario para obtener la anulación del contrato, de acuerdo al criterio general de *causa petendi*⁶⁶ para el reparto de la jurisdicción.

Esta situación fue zanjada por una sentencia de la *Corte di Cassazione, sezioni unite*, con la sentencia de 10 *febbraio* 2010, n. 2906, la que estableció que la jurisdicción para conocer respecto de las cuestiones relativas a la nulidad, ineficacia o caducidad del

⁶¹ "Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79."

⁶² Art. 244. "Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici."

⁶³ Art. 245. "La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo é disciplinata dal codice del processo amministrativo."

⁶⁴ Para una mayor desarrollo del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, véase: CARINGELLA, Francesco, PROTTO, Mariano. Codice dei Contratti Pubblici: Commento Articolo per articolo al D.Lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 Aggiornato ai Decreti Monti Sulle Liberalizzazioni (Conv. Dalla L. 24 Marzo 2012, N. 27) y sulle Semplificazioni (Conv. Dalla L. 4 Aprile 2012, N. 35), al Decreto Sulla Semplificazione Fiscale (Conv. Dalla L. 26 Aprile 2012, N. 44) E Al D.L. 7 Maggio 2012, N. 52, In. **Tema di Spending Review**. Aggiornamento normativo e giurisprudenziale Online. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2012.

⁶⁵ Recordar que el art. 103 de la *Costituzione della Repubblica italiana*, señala en su inc. 1º que: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

⁶⁶ CORRADINO, Michele, STICCHI DAMIANI, Valerio (ed). **Il processo amministrativo**: Argomenti del diritto. Turín: G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 83.



contrato luego de la anulación la adjudicación, corresponden al juez administrativo. Dicha sentencia, como sostiene Corradino establece dos elementos principales, el primero, la exigencia de adaptar los procedimientos a la normativa europea en la aplicación de los principios de concentración, efectividad y racionalidad; y, el segundo, la íntima conexión entre el recurso de anulación de la adjudicación y la declaración de ineficacia del contrato ilegítimamente celebrado.⁶⁷

Resulta interesante, tener a la vista cómo el juez italiano, en la sentencia indicada en el párrafo precedente, incorporó en su decisión el derecho europeo, aplicando los principios de la Directiva 2007/66⁶⁸ de recursos, adecuando así, la normativa nacional y la jurisprudencia, dando solución a las controversias existentes.

...la esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducación del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice.

⁶⁷ Sobre la materia, es ineludible traer a colación el tratamiento jurisdiccional en el ordenamiento chileno, donde se encuentra bipartida la competencia para la tutela (*ex profeso* no se dice tutela efectiva) de un sujeto agraviado en un procedimiento de contratación pública establecido en la Ley N° 19.886 denominada *Ley de Compras*, donde dicho sujeto debe recurrir, primeramente, al Tribunal de Contratación Pública, para reclamar de los actos u omisiones arbitrarios o ilegales ocurridos entre la aprobación de las bases de licitación, o pliego de posiciones, hasta la dictación de la resolución que adjudica el concurso, espacio límite de competencia de dicho tribunal; y ahora, sí habiendo obtenido una sentencia favorable, debe recurrir, a la jurisdicción ordinaria para reclamar respecto de la, eventual, anulación del contrato, y de los daños y perjuicios sufridos por el actuar ilegal y/o arbitrario de la Administración. En la actualidad, (abril de 2023) se encuentra en plena tramitación en el Senado de la República una modificación sobre la materia estableciéndose fuerza ejecutiva a la sentencia que establezca la ocurrencia de perjuicios, cuya tramitación tendrá un procedimiento especial breve y sumario.

⁶⁸ Se relaciona aquí la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.



A partir de la aplicación del derecho europeo, especialmente sobre las disposiciones de la Directiva 2007/66, se deja atrás una materia de gran importancia y discusión en el ordenamiento italiano, referida a la distribución de la jurisdicción, o competencia para conocer respecto de cuestiones relativas a *diritto soggettivo*, o a *interesse legittimo*, pasando a conocer el juez administrativo de ambas pretensiones cuando se encuentra por medio la efectiva tutela judicial del agraviado en un proceso de contratación pública, todo lo que determina, a mi juicio, la cuarta etapa de la contratación pública italiana.⁶⁹

4.4. CUARTA ETAPA

Así las cosas, y producto de la transposición al derecho interno italiano de la Directiva 2007/66, se inicia una cuarta etapa a partir de dos cuerpos normativos, el primero, través de la dictación del D.Lgs. 20 marzo 2010, n.53⁷⁰, el que introdujo modificaciones en el, Código de contratos, aprobado por medio del decreto legislativo n. 163 del 2006; y, el segundo, el D.Lgs. 2 julio 2010, n. 104, que establece el *Codice del processo amministrativo*, en adelante «c.p.a.», a través del cual se ha concentrado en un texto único la disciplina procesal administrativa⁷¹.

Respecto del Código de contratos, las principales modificaciones para la adaptación del c.p.a. a la regulación comunitaria se refieren, entre otras las relativas al *standstill* o *termine dilatorio per la stipulazione del contratto*⁷²; sobre las comunicaciones o notificaciones para asegurar el ejercicio de los recursos establecidos por la Directiva; respecto de la comunicación previa sobre la intención de presentar un recurso en materia de contratación pública; se establece expresamente la jurisdicción exclusiva del juez administrativo para la declaración de ineficacia de un contrato luego de la anulación de la adjudicación, y también de las sanciones alternativas, establecidas en la Directiva 2007/66⁷³; se fijan reglas específicas en materia de procedimiento; y, se regulan las materias referidas a la ineficacia del contrato y las sanciones alternativas.

⁶⁹ La incidencia de la Directiva 2007/66 queda patente en la sentencia de la *Corte di Cassazione* citada, cuando ha sostenido que: “...l'applicazione della norma comunitaria oggi incide nel sistema giurisdizionale interno non solo in ordine ad una interpretazione comunque ispirata dalle normative comunitarie, ma anche per la concreta disciplina del ricorso che non può che essere quella che si attende sia trasposta nel diritto interno.”

⁷⁰ Denominado: “Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”

⁷¹ GAROFOLI, Roberto, FERRARI, Giulia. **La nuova disciplina degli appalti pubblici**: I manuali del professionista. Roma: Nel diritto editore, 2016, p. 1071.

⁷² Cabe recordar, como se ha mencionado, que el Código de contratos de 2006 ya establecía un periodo de *standstill*, en su art. 11, n° 10.

⁷³ Art. 7. “All'articolo 244, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2006 e' aggiunto il seguente periodo: «La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.»”



Como sostiene Mastragostino, la incorporación de la Directiva 2007/66 supuso la terminación del tradicional criterio de distribución entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa en materia de contratación pública, puesto que a partir de dicha norma es que el juez administrativo tiene la competencia para conocer respecto de la privación de los efectos de un contrato resultante de una adjudicación ilegal, cuestión que, desde dicho momento, no es conocida por el juez ordinario, sin perjuicio que la jurisdicción ordinaria mantiene su competencia para conocer todas las otras materias relativas a la validez del contrato⁷⁴.

Por otra parte, respecto del c.p.a., es en dicho cuerpo donde se introdujo la regulación específica de materias de procedimiento, y estableciéndose específicamente que es el juez administrativo, art. 133, *comma* 1. lett. e.¹⁷⁵, quien tiene la jurisdicción exclusiva para conocer las controversias que se susciten en los procedimientos de contratación pública, la que se extiende tanto al propio procedimiento del concurso, como a las cuestiones resarcitorias en materia de daños, como a la declaración de la ineficacia de un contrato o el establecimiento de sanciones alternativas, producto de la anulación de la adjudicación de este.

4.5. QUINTA ETAPA

La quinta etapa comienza a partir del *D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 Codice dei Contratti Pubblici* normativa desde la cual se creó un nuevo sistema ordenado y sistemático de la contratación pública italiana que se adaptaba a la normativa europea, tanto a nivel de los diversos procedimientos de contratación como en el ámbito del control y de recursos procesales destinados a la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos⁷⁶, ratificando el esquema organizativo y de distribución jurisdiccional, previamente consolidado, tal como se ha podido revisar a lo largo de este trabajo.

4.5.1. EL DEROGADO PROCEDIMIENTO SÚPER ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN

El c.c.p. de 2016 incorporó en el procedimiento de recurso un nuevo sub procedimiento o un sub procedimiento súper especial, que se denominó *ultra-accelerato*,

⁷⁴ MASTRAGOSTINO, Franco, TRENTEI, Enrico. La risoluzione delle controversie. In: MASTRAGOSTINO, Franco (coord). *Diritto dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli Editore, 2017, pp. 488.

⁷⁵ Art. 133, 1. e) *le controversie*: 1) "relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative."

⁷⁶ El art. 1, comma 1 del c.c.p. indica las materias generales que regula dicho cuerpo legal: "Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione." Además, regula otro tipo de contratos cuyo objeto y entidad licitante son de carácter especial, y son determinados en la misma disposición.



sub-rito speciale, o rito ancora più speciale, dentro del procedimiento acelerado, el que tiene por objeto la impugnación de una decisión relativa a la exclusión o a la valoración que se efectuará de los requisitos establecidos para los oferentes en el procedimiento, de acuerdo a las estipulaciones contenidas en los pliegos o bases de licitación, siendo derogado por el Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32, *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, denominado *Sblocca Cantieri*,

Dicha novedad se encontraba contemplada en el comma 2-bis y del comma 6-bis, del art. 120 del c.p.a., incorporado mediante una modificación introducida por el art. 204 del nuevo c.c.p. de 2016, la que vino a constituir una especie de micro procedimiento dentro del procedimiento general de reclamación durante un concurso de adjudicación de un contrato público.

Este nuevo sub procedimiento especial permitía una protección anticipada para el agraviado, con el objeto de que el procedimiento tuviera una evolución rápida y eficaz, donde, por una parte, no se tuviera que esperar hasta la decisión de adjudicación para poder recurrir; ni tampoco, se viera obstaculizado el procedimiento durante su tramitación como consecuencia de un reclamo fundado en los requisitos de entrada o de evaluación y, en consecuencia, permitía fijar con certeza jurídica el elenco de sujetos que participarán con el procedimiento de adjudicación.⁷⁷

Destacaba, por otra parte, el cambio del régimen ordinario de legitimación para la presentación de un recurso ante el juez administrativo ya que en el procedimiento ultra acelerado para reclamar sobre la admisión/exclusión a un concurso no se requería un interés concreto y actual, cambiando la regla general, atendido, a mi juicio, del carácter especial y previo del procedimiento, que por su propia naturaleza no podía exigir que el reclamante hubiera presentado una oferta en el concurso, atendido que ello obstaría al efecto útil del propio procedimiento previo.

De este modo, era posible distinguir diferentes sub-fases en el procedimiento de contratación: la primera fase de evaluación formal del cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de posiciones, y, la segunda, la sub-fase de adjudicación. Dicho criterio de distinciones al interior del procedimiento de licitación ha sido

⁷⁷ En dicho sentido se pronunciaba las decisiones de TAR Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696: *“La previsione di un rito “superaccelerato” per l’impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua ratio legis, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovvero, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.”* En el mismo sentido, TAR Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852: *“Gli obiettivi sono sicuramente dupli: da un lato, limitare l’uso strumentale del ricorso incidentale escludente da parte dei controinteressati, e il proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull’ammissione alla gara) anche una volta che questo sia giunto a conclusione, con l’effetto di deflazionare e semplificare i giudizi avverso l’aggiudicazione; dall’altro, definire la platea dei concorrenti ammessi alla gara prima delle operazioni di valutazione delle offerte, impedendo un ricorso principale che contesti l’ammissione dell’aggiudicatario.”*



sostenido por la jurisprudencia, la que manifestaba que: *"...il rito cd. "specialissimo" o "super speciale", di cui ai commi 2-bis e 6-bis del citato articolo 120 c.p.a. è applicabile unicamente nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione"*⁷⁸.

Así, este *sub-rito super speciale*, establecía que la impugnación de los requisitos subjetivos, económicos-financieros y técnico-profesionales, o del acto que resolvía sobre la admisión o exclusión a un concurso se debía efectuar dentro del plazo de treinta días, contados desde la publicación de los pliegos o bases de licitación, o bien de la resolución que se impugnaba.

Ahora bien, el Código de contratos públicos establecía que la falta de impugnación de dichos criterios o requisitos establecidos en el pliego de posiciones, o la falta de impugnación de la admisión/exclusión de un sujeto, provocaría la preclusión de la facultad de impugnar en el futuro la ilegitimidad o ilegalidad derivada de actos posteriores en el procedimiento de adjudicación, cuestión que no se podría realizar ni siquiera por la vía incidental.

Así, la preclusión procesal del derecho a accionar contra la resolución que resolvía sobre la admisión/exclusión de un sujeto a un procedimiento de licitación se encontraba sujeta al supuesto de la debida publicidad del acto, atendido que la carga para el sujeto eventualmente afectado de presentar el recurso dentro del plazo fatal de treinta días se contaba siempre desde la publicación del acto por parte de la entidad licitante, y, por consiguiente, era la publicación el elemento que pone en cuenta regresiva el plazo para que el sujeto agraviado efectuar sus alegaciones contra la decisión de la entidad licitante.

No podía ser de otra forma, atendido que la transparencia es una de las piedras angulares en el procedimiento contemplado por el c.c.p. italiano, todo bajo el Derecho supranacional europeo, que pretende proteger mediante remedios efectivos a los particulares que se vean afectados por una eventual ilegalidad o arbitrariedad de la Administración contratante. En dicho sentido se ha pronunciado categórico el TAR Napoli:

...in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito.

⁷⁸En ese sentido la decisión de TAR Bari, Sez. III, 14 aprile 2017, n. 394.



Siguiendo la misma lógica argumentativa, respecto de la protección del sujeto agraviado y la celeridad del procedimiento súper especial para la reclamación de la admisión/exclusión a un concurso, es que el término procesal para efectuar la reclamación ocurría desde que se produce el conocimiento efectivo del acto impugnado, aun cuando exista un defecto en la publicidad del acto por parte de la entidad licitante.

El *Consiglio di Stato* sostuvo que el plazo debe contarse desde el efectivo conocimiento que ha tenido un sujeto respecto del acto, pero no solo en cuanto a la decisión, sino que el conocimiento debe ser completo y pleno para que comience a contarse el plazo para la impugnación: “...di modo che non è sufficiente che l’interessato sappia soltanto dell’esistenza dell’atto, ma è altresì indispensabile che quest’ultimo sia accessibile e conoscibile nella sua interezza, ovvero anche con riguardo alle motivazioni che hanno portato all’adozione dell’atto.”.

Referente a los aspectos procesales, el c.p.a. establecía un procedimiento breve para la tramitación de la impugnación establecida en el comma 2-bis, regulada en el comma 6-bis del mismo artículo 120. Así, el procedimiento decidido por una *camera di consiglio* debía celebrarse dentro de los treinta días siguientes del vencimiento del plazo existente para que otros sujetos puedan hacerse parte en el procedimiento, el que, producto del requerimiento de parte, podía ser llevado a efecto en una audiencia pública, debiendo comunicarse la fecha de la audiencia con quince días de anticipación. Las partes disponías de diversas opciones para presentar sus defensas, entre otros, debían presentar documentos con diez días de anticipación a la celebración de la *camera di consiglio* o de la audiencia. La *camera* o la *udienza* solo podían ser postpuestas en caso de requerimientos para la instrucción del procedimiento, relativos a *motivi aggiunti* o recursos incidentales, en cuyo caso se fijaría un plazo no superior a tres días para la presentación de documentos, contados desde la notificación de la decisión, debiendo fijarse nueva fecha para la celebración de la *camera* o *udienza* dentro de los quince días siguientes.

La sentencia en este tipo de procedimiento debía ser emitida por el juez administrativo dentro de siete días de celebrada la audiencia (art. 120, comma 9, c.p.a.), pudiendo las partes solicitar la publicación anticipada de la parte dispositiva de la sentencia, en cuyo caso se debía efectuar dicha publicación en el plazo de dos días desde la celebración de la audiencia. La apelación de la sentencia debía ser presentada dentro del plazo de treinta días desde la notificación de esta.

Por otra parte, y en virtud de la celeridad del procedimiento, no se admitían medidas cautelares durante esta fase, ya que serían contrarias, incluso al objeto de la tutela perseguida, respecto de dar mayor seguridad jurídica y celeridad al procedimiento de licitación, puesto que una medida de suspensión del procedimiento podía provocar una grave afectación al sentido cautelar de todo el procedimiento, es decir afectando la propia naturaleza del procedimiento ultra acelerado. En dicho sentido se sostenía, criterio que comparto, que el procedimiento del comma 2 bis “...è effettivamente molto



celere e non c'è spazio per la sospensione di un provvedimento di ammissione al quale seguirebbe, entro pochissimi giorni, la sentenza che finisce il merito della controversia."

Dicho nuevo procedimiento súper especial, fue ampliamente criticado por la doctrina, especialmente por la descoordinación que la normativa establecía respecto del procedimiento de adjudicación, puesto que pueden sobreponerse los procedimientos, incidental y principal, lo que afectaría a la eficacia y rapidez del procedimiento de reclamación⁷⁹.

5. CONCLUSIONES

Como han sostenido Mastragostino y Trenti, el *Codice dei Contratti Pubblici* de 2016 fue el reflejo de un objetivo perseguido para alcanzar una regulación normativa "caracterizada por una drástica reducción y racionalización de las normas más complejas, en la óptica de la certeza del derecho, de la simplificación del procedimiento, y en general, de la eficiencia del sistema..." todo en conformidad al marco regulador europeo, constituyendo un gran aporte para la reducción de las cargas administrativas tanto para la Administración como para los ciudadanos.

Sin perjuicio de ello, el Código de 2016 ha sido modificado en múltiples ocasiones hasta la fecha, por lo que en Italia la discusión respecto de una nueva eventual modificación orgánica, y que tal como se ha señalado por parte de la doctrina, se debe avanzar hacia un *Código de Principios* que sea expresado en "...*termini sintetici, chiari, conoscibili e quindi comprensibili*"⁸⁰, para que la nueva codificación contenga los elementos esenciales y nucleares de la normativa de contratación pública italiana, no obstante que, otra parte de la doctrina, reconociendo la complejidad y dificultad de esta disciplina en permanente cambio, se llame a un proceso de estabilidad normativa que otorgue por un tiempo adecuado un razonable nivel de certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas en materia de contratación pública⁸¹, lo que no implica dejar de reconocer la propia naturaleza dinámica de la contratación pública.

Ahora bien, en la misma línea, las críticas sobre la organización y regulación en materia de contratación pública también se han manifestado en España, así Moreno Molina ha expresado respecto de la Ley 9/2017 de contratos del sector público⁸², cuando

⁷⁹ GAMBERINI, Alberto., GIUSTINIANI, Marco. **Lezioni di diritto dei contratti pubblici**. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017, p.247. CARINGELLA, Francesco, GIUSTINIANI, Marco. **Manuale del Processo Amministrativo**. Manuali, 2ª ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017.

⁸⁰ MICHELE, Cozzio, LUIGI, Gili, ITALIA, Vittorio. **Riflessioni a margine delle richieste di revisione del Codice dei contratti pubblici**, 2018.

⁸¹ CONTESSA, Claudio. **Codice dei contratti pubblici**: è il caso di riscriverlo ora?, 2019. Disponible em: <https://www.giustizia-amministrativa.it> 2019.

⁸² En ese sentido puede verse: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.



ha manifestado que la nueva regulación en materia de contratación pública adolece de complejidades, tanto en su estructura de organización, como en su extensión, lo que ha provocado una serie de dificultades en su aplicación.⁸³

Las soluciones procesales han sido múltiples y diversas, hoy no cabe duda de la distribución de las jurisdicciones y el carácter especial de las materias de contratación pública dentro del procedimiento administrativo. Así, tal como se sostuvo en la jurisprudencia y en la doctrina⁸⁴, las principales modificaciones introducidas en el c.p.p. de 2016 eliminaron una especie de sistema de recursos o de tutela de carácter bifásico, ello porque era posible identificar una primera fase de tutela, respecto los recursos relativos a la admisión/exclusión al procedimiento de concurso licitatorio, a través del procedimiento denominado súper especial; y una segunda tutela, relativa a los actos de los procedimientos de adjudicación, y eventualmente respecto del contrato, sistema que fue removido a partir de la derogación del procedimiento acelerado, retomando la unidad del procedimiento de impugnación.

A la luz de la revisión de los principales hitos jurisprudenciales se aprecian los elementos más relevantes del aspecto contencioso-administrativo en contratación pública, y su profunda conexión con sus raíces políticas, civiles y procesales, reflejándose su conexión con las problemáticas de la pretendida inmunidad del poder político proyectada en la Administración Pública, hasta alcanzar la sumisión de esta al Derecho garantizada por la revisión de sus decisiones, especialmente aquellas tomadas en el seno de su poder discrecional y que alcanzan las esfera de derechos y/o intereses legítimos de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

BAEKELAND, L. H. The Danger of Overspecialization. **Science**. v. 25, No. 648, 1907.

BUFFONE, Giuseppe, GAROFOLI, Roberto. Giurisdizione in tema di appalti. In: Garofoli, Roberto (coord). **La tutela in tema di appalti pubblici** : il contenzioso alla luce del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici). Attualità di diritto amministrativo. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri Simone, 2007.

CARINGELLA, Francesco. L'evoluzione storica dei criteri di riparto. In: CARINGELLA, Francesco, ROBERTO, Garofoli (coord). **Il riparto di giurisdizione**. Trattato di giustizia amministrativa. Milano: Giuffrè editore, 2008, pp. 18-19.

CARINGELLA, Francesco, PROTTO, Mariano. Codice dei Contratti Pubblici: Commento Articolo per articolo al D.Lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 Aggiornato ai Decreti Monti Sulle Liberalizzazioni (Conv.

⁸³ MORENO MOLINA, José Antonio. El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal. In: GIMENO FELIÚ, José María (coord). **Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

⁸⁴ CARINGELLA, Francesco, GIUSTINIANI, Marco. **Manuale del processo amministrativo**, 2ª ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017.



Dalla L. 24 Marzo 2012, N. 27) y sulle Semplificazioni (Conv. Dalla L. 4 Aprile 2012, N. 35), al Decreto Sulla Semplificazione Fiscale (Conv. Dalla L. 26 Aprile 2012, N. 44) E Al D.L. 7 Maggio 2012, N. 52, In. **Tema di Spending Review**. Aggiornamento normativo e giurisprudenziale Online. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2012.

CASSESE, Sabino. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Corso di diritto amministrativo 1. Milano: Giuffrè, 2012. p. 566.

CASSESE, Sabino. **Derecho administrativo: Historia y futuro**. Madrid: INAP, 2017.

CASSETTA, Elio. **Manuale di diritto amministrativo**. Ventitreesima edizione completamenet rivodata, aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo / a cura di Fabrizio Fracchia. Milano: Giuffrè, 2021.

CARINGELLA, Francesco, GIUSTINIANI, Marco. **Manuale del Processo Amministrativo**. Manuali, 2ª ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017.

CLARICH, Marcello. **Giudicato e Potere Amministrativo**. Padova: Cedam, 1989.

COMBA, Mario. Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies. In: LICHÈRE, François, TREUMER, Steen. **Enforcement of the EU Public Procurement Rules**. European Procurement Law Series. Denmark: DJØF Publishing Copenhagen, 2011.

CONTESSA, Claudio. **Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?**, 2019. Disponibile em: <https://www.giustizia-amministrativa.it> 2019.

COHEN, Néstor, GÓMEZ ROJAS, Gabriela. **Metodología de la investigación, ¿para qué?: la producción de los datos y los diseños**. Madrid: Editorial Teseo y CLACSO, 2019.

CORRADINO, Michele, STICCHI DAMIANI, Valerio (ed). **Il processo amministrativo: Argomenti del diritto**. Turín: G. Giappichelli Editore, 2014, pp. 83.

DÍAZ BRAVO, Enrique. El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad. **Revista General de Derecho Administrativo**, no. 54, 2020.

DÍAZ BRAVO, Enrique . Aspectos orgánicos y cautelares del contencioso-administrativo italiano de contratación pública. In: RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, DIAZ BRAVO, Enrique, MÉNDEZ, Daniela (coord). **Miradas Iberoamericanas sobre contratación pública**. Valencia: Tiran lo Blanch, 2022.

DÍAZ BRAVO, Enrique. La profesionalización: condición sine qua non de la contratación pública estratégica. In: RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, DIAZ BRAVO, Enrique (ed). **La profesionalización en la contratación pública estratégica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de Derecho administrativo**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021, p. 9.

FELIÚ, Gimeno. La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. **Economía industrial**, nº 415, 2020, págs. 89-97.



GAMBERINI, Alberto., GIUSTINIANI, Marco. **Lezioni di diritto dei contratti pubblici**. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017, p.247.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista española de derecho administrativo**, no. 6, 1975, p. 433.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ESCALANTE, José A. **Código de las leyes administrativas**. 3ª. Ed. Madrid: Civitas, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Sobre los derechos públicos subjetivos. **Revista española de derecho administrativo**, no. 6, 1975, p. 432.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo**. 4ª amp. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 29.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho administrativo I**. 17 ed. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2015.

GAROFOLI, Roberto, FERRARI, Giulia. **La nuova disciplina degli appalti pubblici: I manuali del professionista**. Roma: Nel diritto editore, 2016, p. 1071.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Evolución de la legislación contencioso-administrativa. **Revista de Administración Pública**, n.150, sept/dic, 1999.

HUAPAYA TAPIA, Ramon A. El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 137-165, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43659>.

JIMENEZ, Luis Arroyo. El Derecho administrativo europeo como sistema. **Revista de Derecho Público: teoría y método**, no. 1, 2020, p. 178.

LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto processuale amministrativo**. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 10.

MANRESA, José Maria. **Jurisdicción contencioso-administrativa** : Ley de 13 de septiembre de 1888 y Reglamento de 29 de diciembre de 1890 reformados en cumplimiento del art. 30 de la Ley de Presupuestos de 1892. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1894, p. 21.

MASTRAGOSTINO, Franco. Enforcing the public procurement rules in Italy. In: ARROWSMITH, Sue. **Remedies for enforcing the public procurement**: Public procurement in the European Community. Winteringham: Earlsgate Press, 1993, pp. 125-26.

MASTRAGOSTINO, Franco, TRENTI, Enrico. La risoluzione delle controversie. In: MASTRAGOSTINO, Franco (coord). **Diritto dei contratti pubblici**. Torino: Giappichelli Editore, 2017, pp. 488.

MASTRAGOSTINO, Franco, TRENTI, Enrico. La risoluzione delle controversie. In: MASTRAGOSTINO, Franco (coord). **Diritto dei contratti pubblici**. Torino: Giappichelli Editore, 2017, pp. 488.



MEDINA ALCOZ, Luis. **Libertad y autoridad en el derecho administrativo:** *Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión.* Madrid: Marical Pons, p. 116.

MICHELE, Cozzio, LUIGI, Gili, ITALIA, Vittorio. **Riflessioni a margine delle richieste di revisione del Codice dei contratti pubblici,** 2018.

MOOSA, Imad A. **Publish or Perish:** Perceived Benefits versus Unintended Consequences. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018.

MORENO MOLINA, José Antonio. El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal. In: GIMENO FELIÙ, José Maria (coord). **Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público.** Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

MORILLA, José Maria. **Breve tratado de Derecho administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba.** Cuba: Tip. de Vicente de Torres, 1842.

NAPOLITANO, Guido. **La logica del diritto amministrativo;** 2ª ed. 2. Bologna: Il mulino, 2019, p. 319.

NIGRO, Mario. **Giustizia amministrativa.** 4ª ed. Bolonia: Il Mulino, 1996, p. 100. Disponible en: <https://sol.unibo.it:443/SebinaOpac/.do?idopac=UBO1369399>.

PAJNO, Alessandro. Il riparto della giurisdizione. In. CASSESE, Sabino. **Diritto amministrativo speciale,** Trattato di diritto amministrativo (Milano: Giuffrè Editore, 2000), 3190.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración. Sus orígenes en el Derecho francés. In: **Comisión de homenaje al profesor Jordana de Pozas con motivo de su jubilación universitaria.** Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, p. 169.

RIVERO YSERN, José Luis. **El contrato administrativo de suministro.** vol. 40. Sevilla: Instituto García Oviedo: Universidad de Sevilla, 1976, pp. 17-18.

SÁNCHEZ ISAC, Jaime . **La desviación de poder en los sistemas francés, italiano y español.** Barcelona: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973, pp. 164.

SATTA, Filippo. **Giustizia amministrativa,** 2ª ed. Padova: CEDAM, 1993.

SEVERINI, Giuseppe. **Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici:** l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo), 2016. Disponible en: www.giustizia-amministrativa.it.

VIRGA, Pietro. **La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione.** 3 ed. Milano: Giuffrè, 1982.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo.** 3º ed, vol. 5. (Milano: Giuffrè Editore, 1959.

ZITO, Alberto. L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo. In: GAETANO SCOCA, Franco (ed). **Giustizia amministrativa.** Torino: Giappichelli Editore, 2013, p. 68.