

CAPÍTULO CUARTO

LOS SUJETOS Y LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Lucia G. SCIANNELLA

SUMARIO: I. *Los sujetos del derecho administrativo.* II. *Las situaciones jurídicas subjetivas.* III. *Bibliografía.*

I. LOS SUJETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Nota introductora*

Dentro de la estructura general del Estado operan una multitud de sujetos llamados a realizar diversas tareas y funciones, por lo que es excesivamente complejo cualquier intento de clasificación. Y esto no solo por la falta de apoyo legislativo, sino también por la influencia ejercida por el crecimiento gradual de las funciones encomendadas al Estado, para cumplir se ha puesto la necesidad de crear nuevas estructuras de caracteres cada vez más articulados y difícilmente reconducidos a la noción tradicional de “organismo público”.

Los entes públicos están dotados de personalidad jurídica, y, por esa razón, son idóneos a ser titulares de todas las actividades confiadas a la administración pública, y dan actuación a las actividades encomendadas al gobierno y ponen en práctica las decisiones tomadas por los órganos de gobierno, de conformidad con los propósitos y las limitaciones de la Constitución.

A causa de la complejidad particular de las tareas necesarias para el ejercicio de la actividad administrativa estatal, los entes públicos, no solo aquellos pertenecientes a la administración estatal, sino también las administraciones regionales y locales, y, en general, todos los entes dotados de personalidad jurídica propia e institucionalmente, son llamados a desempeñar la función administrativa.

La imagen que surge es particularmente compleja y muestra un fenómeno típico de los sistemas democráticos-pluralistas; es decir, el pluralismo administrativo.

A raíz de la diversificación gradual del Estado, el aparato estatal ha asumido un carácter del todo particular. Esto da lugar a múltiples formas organizativas unidas solo por algunas características comunes (Massera). Como bien señala Cassese, el modelo organizativo de la administración estatal es ahora particularmente complejo, tanto que no constituye una institución, sino la suma de un conjunto de instituciones.

Sin embargo, hay algunos principios constitucionales comunes de la organización administrativa del Estado.

Con base en los principios que se deducen del texto constitucional, el ejercicio de la actividad administrativa debe ser reconducido a los órganos de naturaleza política, que responden de sus propias acciones ante la asamblea representativa (artículo 95, c. 1 y 2 de la Constitución). En estrecha relación a lo señalado en el artículo 97, c. 1 de la Constitución, según el cual “las oficinas públicas están organizadas de acuerdo a las disposiciones de la ley”, introduce así una reserva de derecho administrativo sobre la organización del Estado.

Por otra parte, para garantizar la imparcialidad de la administración, lo anterior coincide con el principio expresado en el artículo 97, c. 3 de la Constitución, según el cual “a los puestos en las administraciones públicas se accede mediante concurso”. Siempre en concordancia con el artículo 98, c. 1 y 2 de la Constitución, el cual prevé que “Los cargos públicos están al servicio exclusivo de la nación”. A ello se suma el principio de descentralización administrativa prevista en el artículo 5 de la Constitución italiana, en virtud del cual la República “actúa en los servicios que dependen del Estado con la descentralización administrativa más amplia”.

2. El aparato social: gobierno y ministerio

En el complejo y articulado aparato estatal hay algunas estructuras necesarias, es decir, previstas directamente por el texto constitucional. El artículo 95, c. 3 de la Constitución encomienda directamente a la ley la tarea de disciplinar el ordenamiento de la presidencia del consejo, y determinar “el número, las atribuciones y la organización de los ministerios”.

En virtud del artículo 92 de la Constitución, el papel de dirección político-administrativa del Estado corresponde al gobierno sobre la base de las líneas políticas expresadas por la mayoría parlamentaria (relación de confianza). El gobierno constituye un órgano complejo compuesto por el

presidente del Consejo, los ministros y el consejo de ministros. Asimismo, está compuesto de organismos no necesariamente previstos por la ley n. 400/1988: comités de ministros, los comités ministeriales, los ministros sin portafolio, subsecretarios de Estado, comisarios extraordinarios y el consejo de gabinete.

La administración central está dividida, *ratione materiae*, en ministerios, bajo cuya dirección están los diversos ministros de Estado. A pesar de la gran diversidad de funciones, los ministerios se estructuran de acuerdo con un modelo común de organización, que fue recientemente definida por el decreto legislativo n. 300/1999.

Con algunas excepciones, la nueva estructura de los ministerios prevé una estructura de colaboración directa del ministro, los departamentos o las direcciones generales y agencias.

Las oficinas que trabajan directamente con los ministros (también conocidas como oficinas del personal) se componen de los funcionarios públicos y de personal externo empleado mediante contrato de colaboración. Las funciones se identifican por decreto ministerial, y son principalmente de carácter consultivo.

Los departamentos son lugares para el desempeño de funciones de dirección y control individualizado mediante reglamentos delegados, y operan en los sectores de competencia de cada ministerio.

De acuerdo con lo dispuesto en el texto único de la función pública, la relación entre los dirigentes y el ministro está bien definida a nivel reglamentario, correspondiendo a los primeros la tarea de llevar a cabo los objetivos fijados por el ministro.

Dentro de cada ministerio también funciona una oficina de presupuesto (a cargo de la supervisión de los compromisos de gasto y la contabilidad).

En apoyo de una acción administrativa, que se ha convertido cada vez más variada con el tiempo, también se prevén, al interior de los ministerios, las agencias que tienen el ejercicio de actividad de producción de bienes o de prestación de servicios (decreto n. 300/1999). Ellas gozan de autonomía reglamentaria y financiera y están sujetas a revisión por el Tribunal de Cuentas. Están dotadas de personalidad jurídica, y sus relaciones con el Estado se rigen por convenios especiales. Las agencias son órganos del director general y el comité ejecutivo.

A nivel territorial, las tareas de la administración estatal son ejecutadas por las oficinas especiales periféricas. El decreto legislativo n. 300/1999 estableció las oficinas regionales del gobierno bajo la dirección de los prefectos. A tales organismos corresponde la tarea de actuar a nivel local las

actividades administrativas de los distintos ministerios, con excepción de los empleados de los ministerios de Relaciones Exteriores, Defensa, Economía y Finanzas, Administración Pública y Patrimonio Cultural.

3. *Los entes públicos*

Para responder adecuadamente a las exigencias de un reclamo social y económico cada vez más diverso y complejo, el Estado ha recurrido comúnmente a la creación de organismos públicos dotados de personalidad jurídica.

Por un lado, el artículo 97 de la Constitución establece el principio general con base en el cual las “oficinas públicas deben estar organizadas según lo dispuesto por la ley”, y las leyes ordinarias han después previsto expresamente que “ningún ente público puede ser instituido o reconocido si no es por ley” (artículo 4 de la ley n. 70/1975); por otro lado, rara vez se encuentran las normas primarias que cumplen los requisitos de una institución pública. En algunos casos se asiste a las instituciones con entes sobre la base de acciones puramente administrativas adoptadas por otros organismos públicos, mientras que en otros todavía la misma calificación normativa resulta insuficiente para identificar la naturaleza exacta de la entidad. En este sentido, de hecho, el Tribunal Constitucional ha intervenido para precisar —especialmente en relación con las entidades privatizadas— que la transformación de la naturaleza jurídica del ente en sociedad por acciones no es en sí suficiente para excluir el carácter original público, al menos cuando subsiste una participación mayoritaria o exclusiva de capital público (Corte constitucional, sentencia n. 466/1993).

La doctrina ha largamente debatido la identificación de los rasgos característicos de los entes públicos. En un primer momento, la atención ha sido particularmente dirigida a la individualización de la finalidad del ente, clasificado como entes públicos solo a los llamados a perseguir un fin propiamente público. Esta representación no ha dejado de presentar inconvenientes legales, sobre todo por la dificultad de proporcionar una definición clara y precisa de utilidad pública (Giannini). En un segundo momento, se ha enfocado en la relación de servicio, destacando que la calificación de ente público debiera reservarse únicamente a los organismos que se encontraran en una relación específica de derecho público.

Una contribución importante ha sido ofrecida por el derecho que ha identificado ciertos índices de reconocimiento, los c.d. CD “índices externos”, ninguno por sí mismo decisivo, que se evaluarán globalmente. Los principales índices de reconocimiento por parte del derecho son: a) la crea-

ción del ente por parte del Estado o de otros entes públicos; b) el sometimiento a control del Estado, c) el financiamiento público; d) estar dotado con poder de autoridad; e) la constitución por iniciativa pública (cons. Estado, n. 639 de 1998, la Corte Cass., n. 8053 de 1997, Corte Cass., n. 3036 de 1996).

El argumento también se aborda en el decreto legislativo n. 165/2001 sobre el servicio público que ha proporcionado una lista —aunque parcial— de administración pública, comprendiendo nuevamente en tal categoría a

las administraciones de los Estados, incluidos los institutos y escuelas de todos los niveles e instituciones educativas, empresas y administraciones del Estado a un ordenamiento autónomo, las Regiones, las Provincias, municipios, comunidades de montaña y sus consorcios y asociaciones, instituciones universitarias, los institutos autónomos de casa popular, cámaras de comercio, la industria y la agricultura, la artesanía y sus asociaciones, todos los entes no económicos, los organismos públicos en las administraciones nacionales, regionales y locales, empresas y organizaciones del Servicio Nacional de Salud, Agencia para la representación negocial de las administraciones públicas (ARAN) y de las agencias del Decreto Legislativo del 30 de julio de 1999 n. 3000.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, no establece la calificación directa de una norma primaria parece ser considerada como decisiva para la identificación del carácter de un organismo público, ya que, en algunos casos, la misma ley constitucional ha retenido el carácter formal del todo irrelevante en contraste con la naturaleza sustancial del ente mismo (Corte Constitucional, sentencia n. 466/1993).

La concepción sustancialista del ente público parece hoy prevalecer incluso en el ámbito comunitario, el cual ha introducido la noción de “organismo de derecho público” que puede ser instituido para “satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o comercial” (directiva CE n. 92/50). Posteriormente, la directiva de la CE n. 18/04 se —más concretamente— refiere con tal término a las instituciones de los organismos que tengan el fin de perseguir un interés general que sean dotados de personalidad jurídica, y cuyas actividades sean financiadas principalmente por fondos públicos o que sus cuerpos directivos estén compuestos en su mayoría por miembros designados por el Estado o por otros organismos públicos (en este punto véase también la Corte de justicia, sentencia 10/11/1998, causa C-360/96). La extrema variedad de los organismos públicos ha hecho en consecuencia difícil —a pesar de los numerosos expertos en doctrina— cualquier intento de clasificación. La delicadeza de

la operación clasificatoria depende de la extrema “depitización” de los entes públicos, en particular debido a la evolución histórica de la estratificación normativa que no deja de hacer difícil la identificación de un elemento común o unificador, seguramente sintomático del régimen público de un ente.

Deseando llevar a cabo un esquema, se pueden identificar tres categorías principales de los organismos públicos, con la aclaración de que la lista que sigue tiene solo valor ejemplificativo.

La primera categoría está representada por las entidades económicas. La intervención del Estado en la economía se puede implementar, además de las herramientas típicas de las finanzas públicas, también con el ejercicio de las funciones de producción o intercambio de bienes y servicios, gestionados de una manera empresarial. Hoy en día la doctrina y el derecho han aceptado la definición de empresa pública prevista por el derecho comunitario, entendiendo con tal noción las empresas a las cuales la autoridad pública puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, ya que tiene la propiedad o una participación accionaria, o como resultado de normas especiales que rigen estas empresas. De ello se desprende que la empresa pública debe reunir todas las características requeridas por el derecho común (organización de los recursos, la producción de bienes y servicios, el fin de lucro, la economía), junto con las características del ente público (la persecución de fines públicos, el control estatal, etcétera). La empresa pública encuentra su fundamento en la Constitución, cuyo artículo 41, último párrafo, consagra expresamente el ejercicio de una actividad económica pública, mientras el artículo 43 de la Constitución define el alcance potencial en el ámbito de la actividad económica ejercido por los poderes públicos en términos de exclusividad. Estos organismos son dotados de personalidad jurídica, de autonomía patrimonial y organizativa, incluso si los órganos de gobierno son normalmente designados por el gobierno.

En segundo lugar, se identifica la categoría de las autoridades locales. El esqueleto central de la estructura pública se representa, más allá del aparato del Estado, también por las autoridades locales, así definida por el artículo 114 de la Constitución: “La República está integrado por los Municipios, Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y el Estado”. La identificación de las tareas de dichas instituciones, incluso en lo que respecta a las relaciones con el gobierno central ha sido modificada por diversas intervenciones reglamentarias (ley 142/190 y 127/1997, el decreto legislativo 112/1998 y 267/2000, y la ley constitucional 3/2001). Este proceso de reorganización y racionalización tuvo su eje central en el principio de subsidiariedad, por lo que la asunción de diversas tareas desde abajo, desde el

nivel más cercano a las comunidades locales (artículo 3, c. 5 del texto único sobre los entes locales). De acuerdo con el artículo 118 de la Constitución, la competencia general en materia administrativa corresponde, de hecho, a los municipios, salvo la manifestación de necesidades especiales que requieran un ejercicio unitario, mientras la competencia en materia legislativa comúnmente corresponde a las regiones en todos los casos en que no sea expresamente atribuida al parlamento (artículo 117 de la Constitución).

Hay, por último, la categoría de los entes públicos no-económicos introducido originalmente por la ley n. 70 de 1975 y luego redefinida por el artículo 1, c. 2 del decreto legislativo n. 29 de 1993, en el cual se vuelven a incluir los entes que actúan en el régimen de derecho público y que no requieren la realización de una actividad solo para la búsqueda del beneficio, incluso si se le pide para producir bienes y servicios.

Las características antes heterogéneas de estos organismos determina una estructura sustancial no homogénea resultando compuestos por diversas estructuras y no fácilmente reconocibles dentro de un marco unificado, que tienen en común solo la disciplina colectiva de trabajo para sus empleados. Al hacer un bosquejo en relación con la función desarrollada, podemos identificar el órgano encargado de la prestación de un servicio público para las personas privadas (Instituto Nacional de la Seguridad Social [INPS], Instituto Nacional de Seguro de Accidentes en el Trabajo [INAIL] el Instituto Nacional de Bienestar para los funcionarios públicos ([INPDAP]); los órganos responsables de llevar a cabo las tareas de investigación, desarrollo e innovación (Consejo Nacional para la investigación [CNR], Instituto Nacional de Estadística [ISTAT], Instituto Nacional de Economía Agrícola [INEA], la Agencia Nacional de Nuevas Tecnologías [ENEA], Instituto Nacional de Comercio Exterior [ICE]), las agencias para el desempeño de las funciones de regulación y la protección de un interés colectivo (Club de Automóvil de Italia [ACI], la Sociedad Italiana de Autores y Editores [SIAE]).

Con respecto a estas instituciones, el gobierno central ejerce una actividad sustancial de control y supervisión, y en algunos casos se reserva la facultad de nombrar los órganos directivos.

La estratificación extrema de las instituciones no económicas ha llevado al Estado a establecer, a través del tiempo, una disciplina uniforme, especialmente en lo que respecta al personal, el sistema de controles y aspectos financieros (véase, por ejemplo, l.n. 29/1993, l.n. 20/1994 de la ley n. 94/1997).

Más recientemente, la necesidad de racionalizar el gasto público y limitar el endeudamiento del Estado ha instado al legislador en intervenir en la organización de los organismos públicos. Mediante la ley 244/2007 se

preveía la adopción de los reglamentos delegados con el fin de proceder a la reorganización, transformación o eliminación de ciertos entes públicos estatales. Posteriormente, el artículo 26 del decreto-ley 112/2008 (convertido en la ley 133/2008) introdujo el llamado c.d. “corte-entidades”, es decir, un instrumento jurídico por el cual se procede a la supresión de los entes públicos no económicos con una dotación orgánica inferior a 50 unidades (excepto ciertas entidades expresamente indicadas). Un mecanismo similar se ha previsto para los entes públicos estatales con una dotación orgánica igual o superior a cincuenta unidades de personal, para quienes el mecanismo de supresión se activaría automáticamente solo si a la fecha del 31 de octubre de 2009 no hubieran sido objeto de reorganización a través de reglamentos especiales emitidos por el gobierno. Las funciones de los organismos suprimidos fueron asignadas a las autoridades de control, mientras que el gobierno adquiere los recursos de equipo, personal y financieros.

La necesidad de hacer más recortes al gasto público improductivo ha llevado al legislador a intervenir nuevamente en la reorganización de los entes públicos con el artículo 1, c. 31 del decreto-ley 138/2011. La norma prevé la eliminación automática de todos los organismos públicos de carácter no económico, con una dotación orgánica inferior a las setenta unidades, atribuyendo sus funciones a las autoridades de supervisión. La estratificación excesiva de la acción relativa a la reorganización de los entes públicos es una clara señal evidente de la complejidad de la operación que se quería lograr y, quizá, también de la dificultad de su realización, así también se muestra el proceso de privatización que veremos más adelante.

4. La privatización de los entes públicos

El proceso de privatización de los entes públicos (tanto estatales como locales) —puesto en marcha desde principios de los noventa— ha representado una de las acciones más elocuentes de intervención del legislador italiano en el ámbito de la administración pública, con el fin de consolidar las finanzas públicas, fomentar la entrada de capitales privados (incluidos los extranjeros), al introducir una mayor competencia en la economía de mercado, y liberar a secciones enteras de la administración estatal de la influencia directa (y destructiva) del sistema de partidos.

A primera vista, sin embargo, hay que ver cómo el proceso de privatización italiana se ha caracterizado por la ausencia total de un proyecto unitario y orgánico del parlamento y en su mayor parte confiada a las intervenciones individuales y confundido por el gobierno, lo que hizo confuso

todo el proceso y difícil el intento de determinar en detalle la lógica que hay detrás.

Desde un punto de vista legal, el proceso de privatización se dividió en dos fases distintas. En un primer momento, se procedió a modificar el estatus jurídico de la entidad pública en sociedad de derecho privado (sociedad por acciones), con repercusiones en términos de su organización interna, la cual es separada de la administración de origen (privatización formal). En la siguiente fase, vemos la verdadera transferencia de la propiedad de los bienes del sector público al privado a través de la cesión de las acciones. En este caso, la empresa puede seguir sujeta al control estatal, y en lugar de registrarse enteramente por el sector privado, el cual puede adquirir una participación societaria tal que les permita definir directamente la dirección estratégica de la empresa (privatización sustancial).

En el caso italiano, la anomalía más evidente que puede observarse en relación con la privatización de las instituciones públicas se refiere a la dificultad de precisión identificar claramente las reglas tendría que regular el paso de la primera a la segunda etapa, registrándose en su lugar, en la mayoría de los casos, una mera “societarización” de esas instituciones, que han sido sometidos a una transformación del estatus jurídico y no una privatización sustancial. Esto ha dado lugar a sociedades de derecho privado, que, sin embargo, quedaron sujetos al total (o principal) control financiero por parte del Estado, causando muchos problemas con respecto al sistema de control por parte del Tribunal de Cuentas.

El proceso de privatización se ha iniciado en los años noventa, con la creación de una Comisión para la rehabilitación del patrimonio inmobiliario y por la privatización del entonces ministro de Hacienda Guido Carli, cuya presidencia fue confiada a Carlo Scognamiglio. El propósito de la Comisión Técnica fue elaborar un documento donde se identificaran las líneas de intervención del Estado en la definición de un proyecto de privatización que debiera afectar la propiedad pública inmensa.

Esto fue seguido por la promulgación del decreto ley n. 386/1991 (convertido en ley n. 35/92), que preveía la transformación en sociedad por acciones de los entes públicos económicos, a las empresas autónomas y de los entes de gestión. En particular, el decreto reglamentaba tanto el proceso de transformación del estatus jurídico del ente (privatización formal) como el relativo a la eliminación de la participación estatal en empresas privatizadas (privatización sustancial).

El procedimiento descrito en este primer decreto ha sido particularmente complejo, debido principalmente a la elección efectuada por el legislador en confiar a los mismos órganos de la institución interesada en el

proceso de privatización la tarea de adoptar la resolución pertinente. De hecho, estos mismos entes han opuesto resistencia al requerimiento de elaboración del programa de transformación dentro de un término perentorio de treinta días.

Frente a la inercia de la mayoría de los entes públicos, el legislador intervino sucesivamente con el decreto-ley n. 333 de 1992 (convertido en ley n. 359/92), transformado *ex lege* en sociedad por acciones los principales entes públicos económicos italianos (IRI, ENI, INA, ENEL), asimismo atribuyó directamente al CIPE la tarea de transformar en sociedad por acciones a los “entes públicos económicos, cualquiera que sea su campo de actividad” (artículo 18). La regulación del proceso de privatización sustancial fue, en su lugar, aplazada para un decreto posterior.

Estos procedimientos fueron posteriormente objeto de nuevas medidas reglamentarias: el decreto-ley n. 350/1993 (convertido en ley n. 350/1993) y el decreto ley n. 332/1994 (convertido en ley n. 474/1994). En particular, este último ha regulado la fase de eliminación de la participación pública, previendo tanto la posibilidad de oferta pública de venta como la cesión de la participación accionaria a través de negociaciones directas. En este contexto, el legislador también ha identificado igualmente los principales instrumentos para la protección de los intereses del Estado en el proceso de desinversión de los entes públicos y, en particular, los ubicables dentro de los sectores de las *public utilities*, de las actividades aseguradoras y crediticias.

Para la protección de intereses difusos, el artículo 2 del decreto-ley n. 332/1994 también ha permitido al Estado establecer no solo un límite máximo de participación accionaria, sino también los instrumentos incisivos de garantía y control a través del ejercicio directo de poderes especiales contemplados en el Estatuto de los entes privatizados (*golden share*). Sin embargo, esta norma ha abierto, también para Italia, un asunto de gran complejidad, que a su vez ha requerido numerosas intervenciones del legislador, en razón de su supuesta incompatibilidad con algunos principios fundamentales del derecho comunitario.

El legislador ha procedido a dictar las normas que rigen los criterios para el ejercicio de los *golden share* con el decreto del presidente del Consejo, del 11 de febrero de 2000, que indica que los estatutos de las empresas involucradas en el proceso de privatización es necesario prever —con deliberación de asamblea extraordinaria— una cláusula directa para atribuir al secretario de Economía y de Finanzas la titularidad de una o más de las siguientes atribuciones especiales: a) nombramiento de un miembro del consejo de administración sin derecho a voto; b) derecho de veto para ser ejercido ante el riesgo de que una decisión motivada sobre la disolución de

la sociedad, fusión, escisión o cambio de la sede social que pueda causar un perjuicio a los intereses vitales del Estado; c) poder de oponerse a la firma de acuerdos con arreglo al artículo 122, T.U. n. 58, 1998; d) poder de oponerse a la adquisición de participaciones en empresas por las personas respecto de las cuales opera el límite de la propiedad. Este marco legal ha sido objeto de sucesivas modificaciones, como consecuencia de las reiteradas denuncias del Tribunal de Justicia. En particular, el Tribunal de Justicia —por sentencia del 23 de mayo de 2000 (causa C-58/99)— declaró que la legislación en cuestión estaba en contraste con algunos de los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, con el derecho de establecimiento la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales.

En 2003, la Comisión europea envió al gobierno italiano una carta de requerimiento en la cual se mostraba cómo la legislación en materia de *golden share* viola la libertad de establecimiento y libre circulación de capitales. En respuesta a estas observaciones, el gobierno italiano —en una carta enviada a la Comisión Europea el 4 de junio de 2003— se obligaba a modificar rápidamente la legislación nacional con el fin de hacerse totalmente compatible con los principios del derecho comunitario.

El legislador italiano ha vuelto a intervenir con el decreto del presidente del consejo del 10 de junio de 2004, revisando en el plano sustancial toda la regulación relativa al *golden share*, con el fin de limitar el alcance de los poderes especiales de intervención por parte del Estado. Como resultado de la nueva disciplina, el ejercicio de los poderes especiales previsto en la regulación anterior solo es posible en presencia de relevantes e irrenunciables motivos de interés general, con especial referencia a la seguridad pública y al orden público, a la salud y a la defensa, en una medida idónea y proporcional a la protección de los intereses en cuestión, y respetando el principio de no discriminación (artículo 1).

La legislación fue de nuevo el tema de censura por parte del Tribunal de Justicia, la cual —con sentencia del 26 de marzo de 2009 (causa C-326/07)— confirmó la apelación presentada por la Comisión europea y consideró incompatible con el derecho comunitario a los poderes especiales que el gobierno italiano ejercía sobre la sociedad de Telecom, Eni, Enel y Finmeccanica. Más concretamente, para el Tribunal de Justicia, la legislación italiana de 2004 no había podido especificar las condiciones bajo las cuales el Estado se reserva el derecho a utilizar los poderes especiales previstos por la ley, dando así a la misma “amplios poderes discrecionalidades para juzgar los riesgos para los intereses vitales del Estado”.

A pesar de ciertos cambios en el régimen regulatorio con d.p.c.m. del 20 de mayo de 2010 (que se ha restringido aún más los poderes especiales

reconocidos a favor del gobierno), la Comisión europea ha hecho nuevamente una serie de observaciones a la legislación nacional sobre el *golden share*, que considera “una restricción injustificada a la libre circulación de capitales” invitando nuevamente al gobierno a realizar cambios sustanciales respecto a la posibilidad de que el Estado ejerza el poder de vetar las decisiones claves sobre el futuro de las empresas involucradas, cuando hay intereses nacionales que salvaguardar. En este sentido, la Comisión europea ha concedido a Italia —el 24 de noviembre de 2011— un mes para ajustar las regulaciones sobre el *golden share* al derecho comunitario, después de lo cual habría sido un nuevo deferimiento al Tribunal de Justicia.

El nuevo gobierno encabezado por el primer ministro, Mario Monti, sigue, hasta la fecha, todavía empeñado en la redacción de un nuevo marco legal sobre el *golden share*.

En línea general se puede constatar cómo, durante casi dos décadas después de su creación, el proceso de privatización de los entes públicos italianos, en particular, ha involucrado al sector de seguros (INA), Industrial (IRI), de jubilación (INPDAI), de acero (ENI), bancario (Banca Comercial, Crédito italiano), ferrocarriles (FDS), telecomunicaciones (TELECOM), servicios postales (Oficina de Correos de Italia), energía (ENEL). En cuanto al impacto económico real de una asunción de tan amplio alcance, los ingresos relacionados con las privatizaciones fueron muy importantes, lo que permitió, en aproximadamente una década, una reducción considerable de la deuda pública (disminución entre 1994 y 2002, pasando de 125% a 108%).

Pero también hay que señalar que el proceso de privatización que se ha llevado frente al gobierno italiano se encuentra todavía en trámite. Sin embargo, una considerable fortuna es de propiedad pública, el Estado todavía tiene importantes participaciones en muchas empresas (RAI, ENEL, Alitalia, Finmeccanica), así como en muchos servicios públicos. Y en muchas empresas, el Estado tiene todavía una parte significativa del capital, lo que impide la terminación sustancial del proceso de privatización sustancial.

5. Aspectos evolutivos de la noción de ente público

El proceso de privatización de los entes públicos iniciado por el gobierno italiano desde hace más de veinte años, y todavía no concluido, ha impactado fuertemente la tradicional categoría conceptual de “administración pública”. La formación cada vez más frecuente de la sociedad anónima encargada de la realización de tareas de interés público llevó al derecho a

preguntarse sobre la exacta definición de “ente público” y su sometimiento al Tribunal de Cuentas.

El artículo 100 de la Constitución atribuye al Tribunal de Cuentas el control sobre las “gestiones financieras de los entes a quienes el Estado contribuye en forma ordinaria”, prevé igualmente que la propia Corte, después de haber llevado a cabo esta actividad de control, tiene la obligación de informar “directamente a las Cámaras el resultado de las auditorías llevadas a cabo”; esto otorga a la asamblea representativa los elementos necesarios para realizar las tareas necesarias de inspección y control sobre la actividad de la administración pública. Como explico más tarde, la ley de actuación n. 259/1958, el control sobre la gestión financiera de los entes públicos de las cuales el Estado contribuye a la aportación de capital es ejercido por un juez del Tribunal de Cuentas nombrado por el presidente de la Corte, quien asistirá a las reuniones de los órganos de administración. Y, por tanto, es evidente que la transformación de algunos importantes entes italianos en sociedad por acciones, mediante una decisión tomada directamente por la legislación, plantea interrogantes acerca de la persistencia del control de potencia por el Tribunal de Cuentas.

La Corte Suprema de Casación, al pronunciarse sobre el reparto de competencias entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos relativos a la responsabilidad de los administradores de los entes públicos económicos, estableció una distinción entre “actividad empresarial” y actividad de “expresión de poder autoritativo y de funciones públicas en lugar del Estado”, diciendo que

a fin de devolver la competencia al Tribunal de Cuentas los juicios de responsabilidad [...] es necesaria no solo la naturaleza pública del ente perjudicada por la conducta de los temas mencionados, sino también que la gestión de recursos monetarios esté sujeta en diferentes momentos, al compromiso del desembolso y de la contabilidad a los vínculos previsto para el gasto público, y que el hecho dañoso esté causalmente relacionado con la inobservancia, por parte del autor de la conducta, de las obligaciones de servicio que se le impuso.

De ahí la conclusión de que “la desaparición de uno solo de los requisitos antes mencionados da lugar al vicio de jurisdicción del juicio contable” (Corte Cass., SS.UU., n. 11560 de 1992).

Pero fue la sentencia del Tribunal Constitucional n. 466 de 1993 la que proporciona una explicación detallada sobre el tema. El Tribunal Constitucional ha subrayado que

la simple transformación de los entes públicos económicos (...) no puede considerarse razón suficiente para determinar la extinción del control [del Tribunal de Cuentas] hasta que no haya cambiado en esencia, la contribución financiera del Estado a la estructura económica de los nuevos sujetos.

En esa reunión, el Tribunal Constitucional también aprovechó la oportunidad para poner de relieve cómo

la misma dicotomía entre ente público y sociedad de derecho privado esté (...) cada vez más disuelto, y esto en relación, por una parte, al aumento en el uso de la sociedad por acciones para llevar a cabo propósitos de interés público (...) y, por otra parte, en las direcciones indicadas en la legislación comunitaria, dispuestos a adoptar una noción sustantiva de empresa pública.

Las conclusiones a las cuales ha llegado la Corte constitucional en dicha sentencia parecen ponerse en línea con el concepto de empresa pública elaborada a nivel comunitario, la cual prescinde de la naturaleza formal del ente. En efecto, el artículo 2 de la directiva 80/723/CEE del 25 junio 1980 establece que por empresa pública se entiende cada empresa frente a la cual los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, y que por poderes públicos se deben entender el Estado y los otros entes territoriales. Por lo tanto, el elemento que caracteriza la noción de empresa pública ofrecida por el legislador comunitario es la influencia dominante de los poderes públicos, prescindiéndose así de la naturaleza jurídica, pública o privada, del ente. Además, la directiva 93/38/CEE en materia de licitación para obras públicas ha ofrecido la noción de “organismos de derecho público”, que comprende también entes formalmente privados. No diversamente, la jurisprudencia comunitaria ha evaluado la relevancia publicista de un ente prescindiendo de su naturaleza formal, que puede también ser privatista (Corte giust., 16-10-2003, causa C-283/00 y causa C-214/00).

Una orientación más orientada a la interpretación del juez constitucional ha sido asumida por el legislador: la ley n. 97 del 2001, que contiene “Normas sobre la relación entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario y efectos de cosa juzgada penal frente a los dependientes de las administraciones públicas”, ha indicado entre los destinatarios de las normas ahí contenidas también a los dependientes de “entes con prevaeciente participación pública”. En particular, el artículo 3 de la ley, al determinar los sujetos frente a los cuales está prevista la transferencia a otra oficina por causa del reenvío a juicio por delitos de peculado, corrupción, concusión y colusión militar, equipara a los “dependientes de administraciones o de

entes públicos”, los dependientes de “entes con prevaleciente participación pública”. En sentido análogo, el artículo 4 somete a la suspensión del servicio a los dependientes de “entes con prevaleciente participación pública” para los cuales medie una sentencia penal, también no definitiva, de condena. Además, de conformidad con el sucesivo artículo 7, “la sentencia irrevocable de condena pronunciada frente a los dependientes indicados en el artículo 3 por delitos contra la administración pública es comunicada al competente Procurador regional de la *Corte dei conti* para que promueva dentro treinta días el correspondiente juicio de responsabilidad”. La jurisprudencia contable ha separado de la disciplina en examen la intención del legislador de extender la jurisdicción de la *Corte dei conti* también en los juicios de responsabilidad de los administradores de entes privados con participación estatal.

En esta dirección se ha dirigido también el consejo de estado en la decisión n. 2922 de 2002. En ese contexto, el Consejo subraya que la admisión de la cotización en la bolsa no cancela la calidad de empresa pública, desde el momento en que dicha noción se funda sobre requisitos de carácter sustancial, como la detención de la mayoría del capital societario por parte del ente o de los entes públicos: lo que cuenta es la influencia dominante ejercida por los poderes públicos sobre la sociedad.

A confirmación de dicha lectura, nuevamente, la Corte constitucional ha intervenido con la sentencia n. 363 de 2003. Llamada a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional del artículo 30 de la ley n. 448 de 2001 (constitutiva de la sociedad, con capital enteramente público, “*Italia Lavoro*”), la Corte ha precisado ulteriormente la orientación jurisprudencial surgida en la decisión de 1993, considerando que una sociedad por acciones como “*Italia Lavoro*” presenta todas las propias características del ente instrumental, salvo la de la naturaleza jurídica, formalmente privada: de hecho, esta sociedad es establecida por una ley llamada a perseguir los objetivos específicos establecidos en las políticas ministeriales. También en este caso, la Corte consideró irrelevante la vista formal a fin de individualizar la naturaleza jurídica sustancial de un ente: ha encontrado en la sociedad “*Italia Lavoro*” predominantes aspectos publicitarios sobre la base de elementos de naturaleza sustancial. Fue de nuevo el Tribunal Constitucional quien precisó, en la sentencia n. 29/2006, que la sociedad de capital enteramente público, a pesar de tener personalidad jurídica privada, presenta un régimen jurídico similar a aquellos propios de un ente público.

Bajo otro aspecto, algunas cuestiones se presentan en orden a la determinación del juez competente para conocer las controversias relativas a los entes sometidos a privatización. La cuestión ha sido analizada pro-

fundamente por el Consejo de Estado en la resolución de una controversia referente a los contratos de licitación de obras públicas estipuladas por las Ferrovie dello Stato, transformadas en sociedades por acciones a consecuencia de la deliberación del CIPE, resolución adoptada por disposición de la norma del artículo 18 de la ley n. 359 de 1992. Al motivar la considerada y confirmada subsistencia de la competencia del juez administrativo sobre la deliberación del director general de las Ferrovie S.p.a., por medio de la cual venía encargada a negociación privada la ejecución de los trabajos para la renovación de las instalaciones ferroviarias para el quinquenio 1993-1997, el Consejo de Estado ha relevado, en primer lugar, que la sociedad bajo examen “concretiza una figura *sui generis* de concesionario *ex lege* [...] en la cual las finalidades publicistas de las cuales es encargado el concedente son realizadas por el concesionario” asumiendo entonces, este último, la veste de sustituto y órgano indirecto de la administración pública, cuyos actos deben considerarse subjetivamente y objetivamente administrativos. En segundo lugar, ha puntualizado el consejo, “dichas sociedades, a las cuales se ha confiado la cura de relevantes intereses públicos, conservan inalterada su propia connotación publicista”, con la consecuencia de que

no obstante la transformación, están destinadas a mantenerse (públicas) en cuanto de relevancia estratégica o porque temporalmente bajo el control público. En los casos en cuestión es lícito concluir que la adopción de la forma societaria se presenta como un módulo para hacer la actividad económica más eficaz y más funcional, quedando establecido que la empresa mantiene bajo múltiples aspectos un destacado relieve publicista.

En esta dirección se coloca también la sucesiva decisión n. 1206 de 2001, con la cual el Consejo de Estado ha considerado que la sociedad “Poste italiane” representa un ente público bajo forma societaria con la consecuencia de que las controversias relativas a los procedimientos de adjudicación de una licitación de obras públicas deben ser sometidas a la jurisdicción administrativa acordando absoluto relieve a la circunstancia que dichas sociedades, con participación pública total, sea deputada *ex lege* para el perseguimiento de intereses públicos y, sobre todo, al relieve que los poderes de decisión y de control correspondan no solamente al Ministerio del tesoro (accionista único), sino también al Ministerio de las comunicaciones.

6. *La autoridad administrativa independiente*

Una de las características principales que parece contradistinguir las instituciones de la autoridad administrativa independiente en Italia es sin

duda la falta de un proyecto inicial dotado de suficiente organización y sistematización. La administración pública es testigo del surgimiento de las distintas autoridades bajo la presión de diversas necesidades, sobre todo para hacer frente a los problemas económicos, políticos y sociales. Sobre este último aspecto, la necesidad más urgente era dar protección especial a las nuevas demandas de protección que han ido apareciendo desde el tejido social, especialmente relacionados con la *privacy*, a la concurrencia y al ahorro, en respuesta a las muchas dificultades en que parecía incurrir la administración pública en el desempeño de las actividades de control y de verificación sobre los servicios públicos.

Un impulso significativo a la creación de autoridades independientes se llevó igualmente a cabo por el derecho comunitario, cuya actuación ha, en algunos casos, requerido la presencia —al interior de los distintos Estados miembros— de organismos independientes de los órganos de gobierno (piénsese, por ejemplo, en la autoridad garante de la competencia y del mercado y al garante de la *privacy*).

Sobre la base de lo que se ha experimentado en otros contextos nacionales, las primeras autoridades administrativas independientes se establecieron formalmente en Italia, después de una larga gestación, en los inicios de los años noventa, con la tarea de regular y supervisar el progreso de ciertos sectores económicos, en particular, los más afectados por los procesos de privatización y liberalización.

La Corte constitucional, en una sentencia de 1991, había relevado, con relación a algunas autoridades, que “se está en presencia de una delicada tarea de garantía con referencia a exigencias fundamentales de alcance general. Las atribuciones de la Autoridad no sustituyen ni subrogan alguna competencia de administrativa activa y de control; ellas expresan una función de garantía en razón de las cuales está configurada la independencia del órgano”.

Las funciones de las autoridades administrativas independientes responden a la peculiaridad de su naturaleza y tienden a colocarse en ámbito normativo o casi-normativo, en ámbitos estrictamente administrativos, pero también parajurisdiccionales —baste pensar a las funciones conciliadoras o de adjudicación— de investigación, vigilancia, dirección, estímulo y arbitrales. Para el ejercicio de dichas funciones se ha considerado necesario conceder a las autoridades operar según cánones que, además de ser marcados de criterios de tecnicismo y de especialización, son adherentes a principios de garantía y neutralidad. Las autoridades administrativas independientes gozan además de autonomía organizadora que se expresa en la facultad de darse reglas para el funcionamiento de los órganos, así como

también de autonomía financiera y contable. Dichas características influyen también sobre la naturaleza del poder ejercitado, que de este modo puede ser considerado como “poder neutro” (Manetti).

La más genuina manifestación de la independencia se realiza todavía en los nombramientos de los titulares de los órganos. Las leyes constitutivas en efecto tienden a sustraer el poder de nombramiento del gobierno, encargándolo a los presidentes de las Cámaras o a través de elecciones por parte de las asambleas legislativas o todavía al presidente de la República bajo propuesta de los presidentes de las Cámaras. Las mismas personas físicas titulares de los órganos del vértice deben estar en posesión de determinados requisitos subjetivos que comprueben la experiencia en el sector y la independencia (además garantizada por la expresa previsión de la incompatibilidad entre el cargo y el ejercicio de actividades profesionales o de asesoría, la posición de administrador o dependiente de entes públicos o privados, la cobertura de una carga eléctrica). También la duración del cargo y su limitada revocabilidad y renovabilidad son considerados elemento característico de la independencia.

Dichos criterios contribuyen a asignar a las autoridades una colocación peculiar en el ámbito del sistema administrativo italiano en cuanto, aun haciendo parte del mismo, se mantienen sustancialmente extrañas. Tomando los impulsos de singulares disposiciones legislativas que regulan las autoridades, parte de la doctrina ha sostenido que el carácter de independencia no sea tal de considerar a estas últimas desvinculadas del control político y del principio constitucional de responsabilidad frente al parlamento y del gobierno (Siriani). Otra doctrina ha sostenido la sustancial ilegitimidad de las autoridades precisamente por causa de la irresponsabilidad política y de la violación del principio de separación de los poderes. En un interesante ensayo aparecido algunos años atrás, se sostenía la sustancial “disfuncionalidad” causada, por un lado, por los excesivos costes requeridos para su gestión, y por otro lado, por la carencia de un modelo único de referencia (La Spina y Majone).

Por lo que concierne a las relaciones con el gobierno, puede agregarse que no se ha previsto algún poder de directiva, ni de control, por parte del mismo frente a las autoridades, y no existe siquiera un control gubernamental sobre los actos. A pesar de ser extraño al acto de nombramiento de los vértices de las autoridades, este posee un control limitado sobre los mismos, que consiste en el poder de revocar el mandato por graves y repetidas violaciones de ley y por imposibilidad de funcionamiento. Dicho poder no viene reconocido, en cambio, a los presidentes de las Cámaras, porque el poder de nombramiento se agota en el mismo acto. Sin embargo, las relaciones con

el parlamento vienen en relieve en el informe anual que las autoridades están obligadas a transmitir al Parlamento sobre las actividades desenvueltas.

Otro aspecto interesante surge con relación al impacto que el establecimiento de dichas autoridades produjo en el sistema de las fuentes, a ser reconocido el poder de emanar actos normativos. El hecho de encomendar las funciones de regulación a algunas instituciones predominantemente técnicas, no directamente relacionados al circuito representativo, implica la transferencia de poder decisional de protección y garantía del circuito político a organismos en grado de desarrollar una tarea de regulación sobre determinada categoría de intereses socialmente relevantes. Sobre este punto, va también incluida la potestad de algunas instituciones independientes que emiten códigos deontológicos. Véase, por ejemplo, la ley n. 675/1996, que establece que el garante de la *privacy* puede promover, en el ámbito de las categorías involucradas, y en observancia al principio de representatividad, la suscripción de dichos códigos, para verificar la conformidad de las leyes y reglamentos y para garantizar la difusión y el respeto. En este sector se encuentran, finalmente, una plétora de actividades de naturaleza propositiva o consultiva que las autoridades independientes explican en relación con el parlamento y el gobierno. Esto ha resultado en la afirmación de una especie de “policentrismo jurídico”, con la afirmación de una producción normativa que se encuentra fuera del circuito representativo (Cons. Estado, sentencia n. 11603/04, del 25/2 2005).

En muchas ocasiones la doctrina ha intentado una clasificación de las autoridades presentes en Italia. Una de las clasificaciones más convincentes es de autoría de Giuliano Amato —ya presidente de la autoridad de la competencia y del mercado—, que distingue entre “autoridad de garantía” (por ejemplo, en el garante para la *privacy*) y “autoridad reguladora de servicios” (se hacen evidentes, entre otros, la autoridad para la informática en la administración pública y la Autoridad de regulación de los servicios de utilidad pública). Las primeras estarían predispuestas a la tutela de los derechos constitucionales relevantes, mientras que las segundas se referirían a la gestión de servicios de utilidad pública. A estos dos modelos principales, Amato agrega un tercero, representado por la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* a la cual competen también funciones típicamente administrativas. Permanece la dificultad de insertar en estas clasificaciones al banco de Italia, cuya calificación de autoridad independiente es bastante controvertida.

La imposibilidad de una clasificación de las autoridades independientes según una tipología unívoca ha puesto en evidencia la exigencia de una intervención legislativa entendida a determinar y fijar algunos factores de

unificación, ya sea en el ámbito estructural o en el funcional. Una primera señal de dicha orientación se encuentra en la propuesta de la Comisión bicameral para las reformas institucionales de 1997, la cual se limitaba a configurar las autoridades independientes como los órganos de relevancia constitucional. Luego del agotamiento de los trabajos de la bicameral, la Comisión de Asuntos constitucionales de la Cámara de diputados ha llevado a cabo una cuidadosa investigación cognoscitiva subrayando la exigencia de una “disciplina general” de las autoridades independientes. Con la ley n. 137/2002 el Parlamento ha delegado, como se ha señalado anteriormente, al gobierno la tarea de reordenar el sector; por último, se intentó sin éxito una reforma en 2007.

II. LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS

Las posiciones jurídicas subjetivas representan el conjunto de derechos y poderes de los cuales un sujeto puede ser titular. Ellas se distinguen en posición activa o de ventaja (derecho subjetivo, interés legítimo, intereses colectivos) que constituyen ejercicio de libertad, y pasivas o de desventaja (obligación, deber, oneroso, sujeción), que en cambio limitan la libertad del individuo reduciendo su esfera jurídica.

En cuanto a las posiciones jurídicas activas, debe preliminarmente observarse que nuestro ordenamiento constitucional se basa en la dicotomía que encuentra su fundamento en los artículos 24, 103 y 113 const., derecho subjetivo/interés legítimo, la cual tiene inmediatas recaídas en el plano de la tutela jurisdiccional, en cuanto viene atribuida al conocimiento del juez ordinario solamente las cuestiones relativas a los derechos subjetivos, mientras que encarga al juez administrativo las relativas a los intereses legítimos. Sobre todo, antes del cambio representado por la sentencia n. 500/1999 de las secciones unidas y por la ley 205/2000 (ver *infra*) la definición asumía además relieve bajo el aspecto práctico de la tutela del resarcimiento, de conformidad con el artículo 2043 c.c.

1. *El derecho subjetivo*

Según la definición tradicional ofrecida por Zanobini, los derechos subjetivos son “intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propios de sus titulares, y como tales protegidos por los mismos en modo directo e inmediato”.

Las instituciones más antiguas de las cuales se tiene conocimiento, de acuerdo con una precisa toma de conciencia por parte de los juristas res-

pecto a la existencia de los “derechos subjetivos”, relevan, como núcleo conceptual de esta categoría, un valor de poder, de facultad, de interés, de disponibilidad, o sea, un valor de ventaja para el titular del mismo derecho subjetivo. Con la determinación de la categoría de relación jurídica, fue unánime y espontáneo coordinarle a ella la noción de derecho subjetivo, entendiendo este último como el lado activo de la misma relación.

A la doctrina jusnaturalista se debe la afirmación del paradigma de la originalidad de los derechos subjetivos respecto a la estructura estatal. De tal manera, el derecho subjetivo se convierte en un estatus “reconocido” al individuo por el ordenamiento, habiéndose preconstituido anteriormente a la calificación normativa. Sobre estas bases encuentra fundamento el Estado de derecho, regido por la teoría de la necesidad de autolimitación por parte del Estado, que viene necesariamente a reconocer una esfera de autonomía del individuo, esfera que le viene por lo tanto garantizada, mediante el reconocimiento de “derechos subjetivos”. Estos últimos no pueden ser ignorados por el Estado, bajo pena de su condena por parte de sus mismos tribunales, a los cuales ha recurrido el individuo lesionado por el comportamiento ilegítimo. Aquí entonces están las garantías de los derechos subjetivos, y que fueron invocadas en los principios del ochenta y nueve.

A tal visión ha venido posteriormente a contraponerse la doctrina *gius-positivística*, según la cual los derechos subjetivos no preexisten al ordenamiento jurídico, sino que son determinados por la intervención normativa y conferida al ordenamiento mismo. Según Hans Kelsen, el derecho subjetivo no debe ser entendido como un poder que es parte de la composición genética del individuo, sino más bien como un “mero reflejo” del derecho objetivo. En otras palabras, corresponde al derecho objetivo imponer un determinado comportamiento o también autorizar que determinados sujetos avancen derecho o se busque que el ordenamiento mismo sea llamado a satisfacer y reconocer.

La doctrina pandectista del pasado siglo XIX elaboró la clasificación de los derechos subjetivos en absolutos y relativos, sobre el ingreso en el mundo jurídico de los principios iluminantes que admitían la existencia de derechos innatos del hombre. Para F. K. von Savigny, la lesión de un derecho absoluto da lugar solo a la responsabilidad extracontractual, mientras que la lesión de un derecho relativo solo da lugar a la responsabilidad contractual. La tesis fue después retomada por B. Windscheid, quien sostuvo que en los derechos absolutos la acción de tutela era viable *erga omnes*, en tanto había una obligación general de abstenerse respecto a la comunidad, en mientras que, para los derechos relativos, subsistía una obligación solo a cargo del sujeto pasivo.

Tal *summa divisio* reenvía, por un lado, a aquellos derechos atribuibles al sujeto contra la generalidad de los coasociados, con eficacia por tanto *erga omnes*, es decir, capaces de imponer a terceros un deber o una obligación general de abstención de molestia (derechos absolutos) y, por otro lado, a los derechos pertenecientes a uno o más sujetos y caracterizados de una eficacia subjetivamente limitada y de la existencia de una situación específica de desventaja (obligación) a cargo de aquellos sujetos (deber específico).

Tal distinción no ha sido motivo de crítica. Fue, en particular, Santi Romano, que reconoce que algunos de los titulares de derechos relativos siguen gozando de una protección *erga omnes*. En este sentido, el protección *erga omnes* es una característica de todas las situaciones de ventaja (por ejemplo, la protección externa de crédito). Para otros, esta distinción implicaría un error de perspectiva, ya que, al hacerlo, se daría fin a la configuración de la esfera de la actividad legítima de los sujetos como resultado del respeto de un deber que incumbe a ellos y no como la consecuencia de un ejercicio de las prerrogativas individuales conforme al contenido y a los límites que les impone el derecho (Bigliuzzi Geri).

De acuerdo con el argumento que ha encontrado mayor aceptación en la doctrina, el derecho subjetivo se entiende como una combinación entre fuerza y libertad, en donde el individuo es libre de ejercerlo o por lo menos, si decide usarlo, puede hacerlo en la forma que considere más adecuada para lograr y salvaguardar sus intereses propios.

2. *El interés legítimo*

En prospectiva diacrónica, el concepto de interés legítimo ha venido a afirmarse como directa consecuencia de un sistema de justicia administrativa ambiguamente orientado entre una prospectiva de justicia subjetiva (artículo 2, l. n. 2248 de 1865) y una tendiente a una especie de justicia objetiva (dirigida a reservar la garantía de legitimidad de todas las otras cuestiones a la misma administración, como previsto por el artículo 3, ley 2248 de 1865). En el contexto histórico de la unificación nacional, en línea con el enfoque liberal del la estructura de los poderes, nuestro ordenamiento optaba por un sistema de justicia administrativa encentrado en la tutela de los derechos subjetivos).

La jurisprudencia civil de la época avalaba además, hasta 1877, también por el Consejo de Estado en la veste de juez de los conflictos de atribución, se orientaba hacia posiciones bastante restrictivas, declarando su propia competencia cada vez que el derecho subjetivo fuera el objeto de un acto de imperio. En otros términos, la jurisdicción del juez ordinario era

prevista solo en la hipótesis de actos realizados por el sujeto privado y no también en aquellos realizados como persona pública, produciéndose un debilitamiento de la tutela de los privados frente al poder administrativo.

Con la ley de 20 marzo de 1865, all. E, se encargaba a la jurisdicción ordinaria la competencia en las causas “por contravenciones y todas las materias en las cuales se haga cuestión de un derecho civil o político”, también en el caso en el cual un sujeto se pretendía lesionado por un acto de la administración pública. Además, el ordenamiento prestaba por el interés legítimo una tutela de tipo judicial, a través del recurso administrativo, dando lugar a una justicia interna a la misma administración, la cual era llamada a decidir con decreto motivado, previo parecer de los consejos administrativos establecidos por ley. Por otro lado, dicho sistema de tutela se sostenía sobre la caducidad de la resolución lesiva desconociendo otras formas de tutela, la primera de todas, el resarcimiento.

De ahí el aumento de las fuerzas de los cambios histórico-políticos pone absoluta necesidad a la clase política, bajo presión de autorizada doctrina, de colmar las innumerables lagunas encontradas en el sistema delineado por el legislador de 1865. En el centro del debate, que se ha abierto en sede parlamentaria en 1889, se pone la exigencia de deber garantizar, más allá de los derechos subjetivos, también otros intereses (otro tanto) legítimos que requieren una satisfactoria y válida protección, de no encargar más a la misma acción de la administración pública, sino a una autoridad puesta en posición de imparcialidad.

Con la ley 5992/1889 venía de este modo expresamente reconocida la tutela de los intereses legítimos “de individuos o de entes morales jurídicos”, objeto de “actos y disposiciones de una autoridad administrativa o de un cuerpo administrativo deliberante”. La ley bajo examen instituía de este modo la sección IV del Consejo de Estado, llamada a garantizar la tutela jurisdiccional del interés legítimo. De este modo, el Consejo de Estado, hasta aquel momento órgano de asesoría estatal, adquiere también la función jurisdiccional, convirtiéndose, por lo tanto, ordinariamente competente para resolver las cuestiones concernientes a la lesión de los intereses legítimos de los privados, lesionados por la presunta acción ilegítima de la administración pública.

Una aportación importante ha sido sin otro ofrecimiento de la doctrina, especialmente en la dirección de la identificación de los elementos necesarios para llegar a un concepto de interés legítimo en línea con la evolución del sistema político-institucional.

A finales del siglo XIX, Orestes Ranelletti elaboró la primera teoría del interés legítimo, cuyo interés ocasionalmente era protegido solo en caso

de que la protección de la situación jurídica subjetiva fuera susceptible de facilitar el logro de interés general. De acuerdo con la reconstrucción teórica de Ranalletti, el interés legítimo no disfrutaba de una autonomía propia, sino que surgía de la posición jurídica solo en la medida en que había un interés general a protegerse.

A raíz de las críticas de Guicciardi y Miele (según las cuales, así argumentando se rehusarían a negar la autonomía a la categoría del interés legítimo), tomaban siempre más forma las reflexiones que, partiendo del presupuesto de la existencia del interés legítimo ya al momento de la adopción del acto, tienden a reconocer al igual un valor exclusivamente procesal, identificándolo con el interés al reconocimiento, o con el poder de reacción contra un procedimiento ilegítimo. El punto, por tanto, retenía la prejudiciabilidad del acto respecto al nacimiento del interés legítimo.

Pero incluso esta reconstrucción teórica daba lugar a una serie de críticas. Entre las principales críticas estaba aquella de la imposibilidad de distinguir la diferencia entre el interés al reconocimiento y el interés sustancial subyacente. El interés al reconocimiento constituía una condición de la acción que surgía al momento en el cual la pronunciación de la autoridad requerida resultaba potencialmente útil para el interesado.

La entrada en vigor de la Constitución de la República marca el reconocimiento, al más alto nivel en el sistema de fuentes, de la protección de los ciudadanos contra la autoridad administrativa. El artículo 24 de la Constitución, por primera vez reconoce expresamente el binomio “derecho e interés legítimo”, fundando sobre tal base la distinción entre juez ordinario y juez administrativo. El artículo 103 delimita, de hecho, el reparto de competencias en el ámbito del ordenamiento jurisdiccional, confiando a los órganos de justicia administrativa “la tutela de los confrontamientos de la administración pública de los intereses legítimos”. En tal forma, el ya reconocido principio de paridad entre derecho subjetivo e intereses legítimos se agrega la previsión constitucional de los órganos jurisdiccionales enfocados a resolver las relativas controversias.

El posterior artículo 113 constitucional admite “la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos frente a los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa”. En tal caso, la tutela del particular en su relación con la administración pública resulta reforzada en la medida en que el particular mismo puede ser titular no solo de intereses legítimos, sino también de derechos subjetivos.

La Constitución italiana ha por tanto pretendido acordar una tutela efectiva tanto a los intereses legítimos como a los derechos subjetivos de los cuales son titulares los ciudadanos en el con frente con el aparato estatal,

marcando así una desviación importante de la experiencia estatutaria y el inicio de una concomitante jurisprudencia y doctrina que después ha comportado la plena y definitiva equiparación, tanto formal como sustancial, de los intereses legítimos a los derechos subjetivos.

Entre los principales relieves críticos hacia dicha teoría se encontraba la de la imposibilidad de coger la distinción entre interés a recurrir e interés sustancial. El interés a recurrir viene, de este modo, a constituir una condición de la acción y subsiste en el momento en el cual la pronunciación de la autoridad recurrida pueda potencialmente revelarse útil al interesado.

Rechazando con fuerza dichas teorías reductoras del interés legítimo a situaciones de mera reacción, las cuales terminaban por envilecer ulteriormente la posición jurídica en objeto, subordinándola a la adopción del acto, Virga ha concebido el interés legítimo como un interés instrumental a la legitimidad de la acción administrativa. En sustancia, el interés legítimo viene determinado como pretensión del individuo a que la administración pública actúe legítimamente.

El debate sucesivo llega a la valorización del carácter sustancial del interés legítimo, sobre el relieve que el interés protegido por el ordenamiento es siempre, y en vía directa, el interés a un bien de la vida, es decir, el interés efectivamente advertido por el individuo; lo que connota el interés legítimo y lo distingue del derecho subjetivo es el modo y la medida con el cual el interés sustancial obtiene protección.

A dicha corriente de pensamiento ha dado una contribución formal la obra científica de Nigro, al cual se debe la más reciente y acreditada noción de interés legítimo, evocada, en su núcleo principal, en la conocida sentencia n. 500 de 1999 de las *Sezioni Unite* de la *Corte di cassazione*, según la cual la figura jurídica del interés legítimo se identifica “en la posición de ventaja reservada a un sujeto del ordenamiento de conformidad a un bien de la vida objeto del poder administrativo y consistente en la atribución al mismo sujeto de poderes aptos a influir en el ejercicio correcto del poder, en modo tal de hacer posible la realización del interés al bien”. En este sentido, el procedimiento administrativo no solo se dirige a la preservación de un interés general sino, por el contrario, toma en cuenta la debida consideración del interés del individuo, especialmente cuando discorra una infracción a este último.

Por tanto, es una obligación primaria del ente público identificar, en el proceso de adopción de un acto dirigido a la realización de un interés general, el interés del individuo y de encuadrar su naturaleza a la luz de los principios reguladores de la materia.

Superando por tanto el enfoque tradicional a la luz de los cuales no se detectó de ninguna manera el interés del particular, de acuerdo con la doc-

trina de Nigro, el interés legítimo viene a vincularse estrechamente a una utilidad que el individuo espera del ejercicio de la actividad administrativa.

El desarrollo teórico de Nigro ha influenciado en gran parte de la doctrina giuspublicista italiana en términos de interés legítimo. Hoy en día es del todo predominante la tesis según la cual el interés legítimo representa un interés concreto a la protección de un bien de la vida conexas al ejercicio de la acción administrativa que, en su manifestación, debe tomar en debida consideración el interés público y el interés individual involucrado en la acción misma. De la legitimidad del acto administrativo discurre por tanto la plena satisfacción del interés legítimo sustancial del individual involucrado en la acción de la administración pública.

A la luz de las diversas reconstrucciones doctrinales, el interés legítimo podrá adoptar la forma de pretensivo interés, en tanto sea directo a la obtención de un acto administrativo del cual derive una utilidad para el individuo. También puede entenderse como interés legítimo opositivo, es decir, directo a impedir la adopción de un acto administrativo considerado perjudicial para una situación subjetiva. Esta distinción conserva su relevancia para la cuantificación de los daños.

El interés legítimo también puede entenderse como un interés participativo en el individuo, que expresa su propia contribución en el ámbito del procedimiento tomado en que la adopción del acto administrativo.

3. El resarcimiento del daño por lesiones de un interés legítimo

A la previsión de una relación neta de competencia entre tribunales administrativos y tribunales ordinarios respecto a la protección de situaciones jurídicas subjetivas, siguió el incomparable marco de la cuestión relativa al resarcimiento de la lesión del interés legítimo.

Por más de medio siglo, la Corte de Casación ha negado la posibilidad de ampliar la aplicabilidad del artículo 2043 del Código Civil a las cuestiones derivadas de la violación de un interés legítimo, limitando su aplicación solo a la violación de un derecho subjetivo. Esto sobre la interpretación por la cual el resarcimiento podía ejercerse solo cuando el comportamiento hubiese sido “contra ius” y no *iure*, es decir, no justificado por ninguna norma.

El marco legal, por lo tanto, atribuye al Tribunal Administrativo la facultad de proteger el interés legítimo mediante la anulación del procedimiento administrativo considerado ilegítimo. No fue, sin embargo, contemplada la posibilidad de conceder al particular también una medida para el resarcimiento del daño como consecuencia del acto ilícito de la administración pública.

Doctrina y derecho han puesto en duda la posibilidad de obtener indemnización por el daño de parte del tribunal ordinario por violación de un interés legítimo.

Un impulso importante hacia el reconocimiento del resarcimiento del interés legítimo deriva sin duda de la evolución del marco normativo.

Un primer paso ha sido cumplido a nivel comunitario, donde la directiva de 21 diciembre 1989, n. 665 ha previsto que, con el fin de garantizar en el ámbito de cada uno de los Estados miembros la efectividad de las normas sustanciales en materia de licitación para la adjudicación de obras públicas, fuese necesario por parte de estos últimos instituir medios y procedimientos directos para garantizar la obligación de resarcir los daños sufridos por causa de la violación del derecho comunitario o de las normas nacionales de adecuación al derecho comunitario. Conforme a dicho dispositivo, el artículo 13 de la ley n. 142 de 1992 en materia de licitaciones para la adjudicación de servicios públicos ha establecido que los sujetos lesionados por causa de actos incumplidos en violación del derecho comunitario en materia de licitaciones para la adjudicación de servicios públicos pueden pedir a la administración adjudicataria el resarcimiento del daño previendo que la demanda de resarcimiento es presentada ante el juez ordinario, previa anulación del acto lesivo por acción de juez administrativo.

Doctrina y jurisprudencia se han interrogado sobre la real incidencia de dicha innovación normativa sobre el resarcimiento del interés legítimo.

La jurisprudencia de la Corte de Casación ha remarcado la imposibilidad de resarcimiento del interés legítimo, puesto que la normativa mencionada se limitaba regular la materia de la licitación para la adjudicación de obras públicas (*Corte cass., SS.UU., sent. n. 2667, 1993*). Por el contrario, la doctrina ha sostenido la necesidad de ampliar el estudio del impacto del derecho comunitario sobre la cuestión del resarcimiento del daño por lesión de intereses legítimos no solo limitado al sector de las licitaciones para la adjudicación de obras públicas.

Una papel significativo ha sido sucesivamente asumido por el decreto legislativo n. 80 del 31 de marzo de 1998, de actuación de la delega por la ley Bassanini (n. 59/1997), que ha reconocido a cargo del juez administrativo investido de jurisdicción exclusiva la potestad de reconocer el resarcimiento del daño injusto.

Ha sido la Corte de casación, con la “histórica” sentencia n. 500 de 1999 a demoler por último el dogma del no resarcimiento del interés legítimo. Las conclusiones de la Corte han sido sucesivamente avaladas por la *Adunanza plenaria* del Consejo de Estado con la ordenanza n. 1 del 30 marzo de 2000.

La Corte de Casación —en la sentencia apenas evocada— ha considerado deber mutar dirección acerca de la cuestión de la configuración de la responsabilidad civil (de conformidad con el artículo 2043 c.c.) de la administración pública para el resarcimiento de los daños que derivan a los sujetos privados por la emanación de actos o de disposiciones administrativos ilegítimos, lesivos de situaciones de interés legítimo, no pudiendo ignorar más el difuso desacuerdo manifestado en la doctrina, la jurisprudencia evolutiva que había ampliado el área de resarcimiento en el ex artículo 2043 c.c., así como en las diversas intervenciones legislativas culminantes en el decreto legislativo n. 80/1998.

Uno de los puntos mayormente significativos de la decisión 500/1999 se refiere entonces a la relectura del artículo 2043 c.c. En efecto, según los jueces, la disposición bajo examen constituye una norma “abierta y caracterizada por la atipicidad”, encentrada en el principio por el cual el ordenamiento no puede tolerar que la lesión sufrida por causa de un hecho ilegítimo se revierta sobre la víctima. Deriva que a ser tutelado es el daño sufrido *non jure*, es decir, en ausencia de vínculos, por quien sea titular de un “bien de la vida” considerado merecedor de tutela “en la medida del ordenamiento jurídico”. La titularidad de un interés legítimo sin embargo no es, de por sí, condición suficiente para obtener el eventual resarcimiento. De hecho, la Corte de casación evidencia algunos criterios a los cuales el juez debe atenerse a los fines del resarcimiento del interés legítimo subrayando, en vía preliminar, que esta última no debe ser considerada automática e incondicionada, sino más bien subordinada a la verificación rigurosa de determinados elementos constitutivos.

El cambio “procesal” de la sent. 500/99 constituye, como en parte se ha mencionado, la coherente consecuencia de la diversa interpretación del artículo 2043 c.c., descendiendo así a cargo del juez ordinario el poder de resarcir, previa desaplicación incidental de la disposición ilegítima de la administración pública.

La solución ofrecida por la Corte de casación —fuertemente opuesta por la doctrina— implicaba entonces el encargo de la tutela frente a la lesión de los intereses legítimos a dos diferentes jurisdicciones, desde el momento en que al juez administrativo correspondía la competencia de garantizar la acción de caducidad, mientras que al juez ordinario aquella de resarcimiento.

Uno de los puntos más calificados fue la decisión n. 500/1999 con la cual se daba nueva lectura al artículo 2043 del Código Civil. De hecho, según los jueces, la disposición en cuestión es una norma “abierta y caracterizada de atipicidad”, centrada en el principio de que la ley no puede tolerar

el daño sufrido a causa de un ilegítimo se cuestione en la víctima. De ello se desprende que para estar protegido es el daño sufrido *non jure*, que implica que en ausencia de vínculos, cualquiera que sea titular de un “bien de la vida”, se considere digno de protección “de acuerdo al sistema legal”.

En esta sentencia, la Corte de Casación ha superado por lo tanto la combinación tradicional de “daño-lesión del derecho subjetivo”, diciendo que la legitimidad de una solicitud de resarcimiento de daños no se base en la calificación meramente formal de la situación jurídica subjetiva, sino en la verificación sobre el plano sustancial. De hecho, según el Tribunal, también la lesión de un interés legítimo “puede ser una fuente de la responsabilidad extracontractual y, por tanto, dar lugar al resarcimiento de un daño injusto, siempre y cuando resulte dañado, por efecto de la actividad ilegítima de la administración pública, el interés al bien de la vida al cual el primero se relaciona, y que dicho interés sea digno de protección acorde al derecho positivo”.

Con base en estos argumentos, la Corte llegó a la conclusión de que el resarcimiento es debido en tanto el daño se califique como injusto, es decir, como una lesión de un “interés significativo para el ordenamiento”.

En términos procesales, para efectos de una condena de la administración pública es necesario que el juez considere la existencia de un evento como fuente del daño injusto, de un nexo de causalidad entre el evento mismo y la conducta ilegítima de la administración pública, así como la culpa o el dolo de la administración pública.

El paso dado por la Corte de Casación en el resarcimiento de los intereses legítimos ha sido notable, quedando pendiente la cuestión procesal relativa a la división de competencias entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos. De hecho, basado en el binomio derecho subjetivo-interés legítimo, se confía al tribunal ordinario toda competencia relacionada con el perfil de resarcimiento, salvo los asuntos encomendados al conocimiento exclusivo del tribunal administrativo, desestimando así la necesidad de entregar en manos del tribunal administrativo toda la controversia.

Tal inconveniente aplicativo ha sido después superado por la ley n. 205/2000, que contiene “Disposiciones en materia de justicia administrativa”, que ha incidido en modo significativo en el tejido normativo relativo al previgente sistema procesal de la ley n. 1034 de 1971, constitutiva de los Tribunales Administrativos Regionales. Con dicha reforma el legislador ha confiado al juez administrativo la cognición de la casi totalidad de las controversias que ven la administración como parte, concentrando en ellos los diversos y variados aspectos conexos a la relación entre los privados y los sujetos que, a diferente título, actúan en el interés público, compren-

dido el resarcimiento del daño por la lesión de los intereses legítimos. Más en particular, el artículo 7 de la ley de 2000 ha previsto que “El Tribunal administrativo regional, en el ámbito de su jurisdicción, conoce también todas las cuestiones relativas al eventual resarcimiento del daño, también a través de la reintegración específica, y a los otros derechos patrimoniales consecuenciales.

El planteo hecho propio por el legislador en 2000 ha sido sucesivamente confirmado por la Corte constitucional, la cual, con sent. n. 204 de 2004, ha declarado que la competencia confiada al juez administrativo en orden al resarcimiento del interés legítimo resulta ser conforme al dictado constitucional y encuentra fundamento en el artículo 24 const.

En la sucesiva sent. n. 19200 de 2004, las Secciones Unidas Cíviles de la Corte de casación han desarrollado el recorrido argumentativo ya trazado en la sent. 500/99, confirmando que la lesión de un interés legítimo puede dar lugar a resarcimiento del daño injusto al igual de aquella de un derecho subjetivo o de otro interés jurídicamente relevante.

Una nueva prospectiva interpretativa acerca del resarcimiento de intereses de pretensiones consecuente a actos adoptados por un ente público no económico corresponde al juez administrativo, ya que el legislador, con ley 205/2000, ha entendido concentrar en el mismo juez también la decisión sobre la instancia de resarcimiento del daño que el individuo proponga conjuntamente o alternativamente a la de anulación del acto administrativo considerado ilegítimo. Además de todo, la Corte ha precisado, dicha elección interpretativa sería, por un lado, coherente con la plena dignidad de juez reconocida por la Constitución al Consejo de Estado y, por el otro, constituiría la actuación del artículo 24 const. (en línea con cuanto afirmado por la Corte constitucional con sent. 204/2004).

III. BIBLIOGRAFÍA

- SCOCA, F. G. (cur.), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008.
- CERULLI IRELLI, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CARINGELLA, F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, t. I, 2011.
- CASSETTA, E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1952.
- CASSESE, S. (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, t. I, 2003.
- GAROFOLI, R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998.

- GIANNINI, M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981.
- LARICCIA, S., *Diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, vol. I, 2006.
- LA SPINA E MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- PICCOZZA, PALMA, FOLLIERI, “Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo”, SANTANIELLO, G. (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1999.
- PIRAS, P., *Le privatizzazioni: tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Torino, Giappichelli, 2005.
- SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- SCOCA, F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ZANOBINI, G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958.