

CAPÍTULO QUINTO

LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL

Giampiero di PLINIO

SUMARIO: I. *Contexto y desarrollos*. II. *Órganos constitucionales y administración*. III. *Administración estatal*. IV. *Empresas, entes, agencias*. V. *Autoridades independientes*. VI. *Bibliografía*.

I. CONTEXTO Y DESARROLLOS

La formación del Estado italiano, dejando de lado los retardos y las especificidades en las cuales tuvo lugar el proceso de unificación nacional, siguió las grandes corrientes de la estabilización de la forma del Estado liberal de derecho en Europa, admitiendo el modelo organizativo napoleónico, acentuando su componente centralista y dando vida, a través de una serie de disposiciones legislativas, a un “Estado administrativo” destinado a durar más de un siglo, independientemente del “paréntesis fascista” (para detalles, véase capítulo I del libro).

En el presente capítulo nos parece oportuno subrayar cómo, a partir de finales del ochocientos, el Estado y la administración, en respuesta a las fuertes tensiones que derivaron de la crisis de la Constitución económica liberal, fueron progresivamente objeto de intensas transformaciones que, no obstante dejando inalterada la instalación centralista, mutaron la naturaleza, el papel y las dimensiones de las administraciones.

En tal sentido, en la época liberal se crearon nuevas administraciones, como el Istituto Nazionale delle Assicurazioni (el primer ente público económico italiano), se elaboraron proyectos de desarrollo de las áreas económicamente débiles del país (el sur), se produjeron la nacionalización de los ferrocarriles y la municipalización de varios servicios públicos; también durante el fascismo el proceso de construcción de una nueva organización pública posliberal, con carácter “social” e interventora, procedió en todos

los sectores, y los aparatos administrativos crecieron de manera significativa, ya sea con la expansión de los ministerios, ya sea a través de la creación de empresas y entes públicos (*infra*, § 4).

Dichos caracteres transitarán sin problemas en la República, instaurada en 1948 con una Constitución débil y ambigua, muy maleable por las fuerzas políticas, en las cuales la fórmula de gobierno como órgano colegiado complejo —artículo 92: «El Gobierno de la República está compuesto por el Presidente del Consejo y por los Ministros, que constituyen en conjunto el Consejo de Ministros»— tenía el significado de límite al poder del presidente del Consejo. Y no obstante el artículo 95 encargase al presidente del Consejo de Ministros la tarea de dirigir la política general del gobierno y le atribuyera la relativa responsabilidad, las atribuciones del órgano no fueron realmente activadas, y la idea de la unidad de guía política de los ministerios mediante la coordinación del presidente del Consejo naufragó muy rápidamente: la ley de aplicación del artículo 95 ha sido aprobada solo en 1988.

Por largo tiempo, el papel de los ministerios de naturaleza financiera (Tesoro, Presupuesto, Finanzas) ha sido más el de “pedir dinero” (al Banco de Italia) que intentar una coordinación, o al menos poner un freno al gasto financiado mediante la emisión de títulos de deuda pública.

Confirmando un *italian style* ya exhibido por Giolitti al inicio del vigésimo siglo y luego por el Estado “social” fascista, finanzas públicas y poderes de regulación fueron difundidos masivamente en una constelación de entes, empresas y organizaciones de naturaleza a veces incierta (en 1970 el CIRIEC —Centro italiano di ricerche e d’informazione sull’economia pubblica— censó más de cien mil entes públicos).

En sustancia se había materializado un muy eficiente y articulado sistema de gestión del poder administrativo y del gasto público, el cual —junto al déficit del presupuesto, deuda pública e inflación— iba creciendo en desmedida, causando lo que en la segunda mitad de los años ochenta fue la más extraordinaria exhibición de crisis fiscal en Europa.

II. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRACIÓN

1. Soberanía y aparatos

En la dinámica de la *soberanía* y de la *orientación política general*, cada efecto jurídico de la acción de los centros de poder soberano frente a la sociedad y a la economía es actuado por medio de administraciones *instrumentales* (administraciones públicas en sentido amplio), es decir, de estructuras especializadas que disponen de los recursos humanos, financieros y materiales

necesarios para actuar los mandatos que derivan de la ley, de los actos del gobierno y de las sentencias de los jueces.

Según la más autorizada interpretación del artículo 95, apartados 1 y 2, const., todas las estructuras administrativas están configuradas como *aparatos sirvientes* a los órganos constitucionales, de los cuales deben actuar la voluntad expresada según las modalidades y las formas indicadas en las fuentes del derecho: esto significa que las administraciones no pueden determinar los *fines* de su propia actividad ejecutiva; por el contrario, estos son rígidamente predeterminadas por el derecho y por las orientaciones políticas de los órganos constitucionales, en particular el gobierno, teniendo solamente la potestad de aplicación de los mismos, siempre según las formas y las modalidades predispuestas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si bien la dirección política de las administraciones sea prerrogativa del gobierno, también los otros órganos constitucionales mantienen relación con ellas, ya sea en cuanto cada uno de ellos incide sobre el núcleo político de dirección de la acción administrativa, ya sea en cuanto cada órgano constitucional dispone, para sus propios fines, de una administración, diferente de aquella que representa al gobierno.

En primer lugar, todos los órganos constitucionales, con formas e intensidad variables, condicionan a través del ejercicio de sus propios poderes soberanos las modalidades formales y el ejercicio concreto de las funciones administrativas, pero también en vía directa o en vía refleja, los modelos estructurales de las organizaciones a las cuales dichas funciones están encargadas.

En particular, el Parlamento incide sobre los aparatos administrativos mediante sus atribuciones de dirección política y de control. Entre las primeras, una importancia peculiar asume la legislación del Presupuesto, mientras que, entre las funciones de control, la aprobación de la cuenta general del Estado y el examen del informe de la Corte de Cuentas sobre la gestión de los entes subvencionados por el Estado deberían proporcionar instrumentaciones incisivas sobre la estructura y sobre las dinámicas de las administraciones. Sin embargo, los instrumentos parlamentarios se han demostrado débiles y de incierta eficacia; por el contrario, estudios pormenorizados han demostrado la influencia de las burocracias estatales sobre la formulación de las leyes.

También el presidente de la República, en línea teórica, influencia el núcleo de la organización y de la función administrativa. En cuanto órgano *súper partes* y neutral, el presidente debería garantizar que las políticas del gobierno sean formuladas de conformidad con los principios y los límites que derivan de los equilibrios y de los valores constitucionales. En efecto,

el presidente es titular de una función de garantía y de dirección política constitucional, que pertenece también a la Corte Constitucional, y que se extiende a los otros poderes del Estado. Sin embargo, a diferencia de la Corte Constitucional, no tiene encomendados poderes que condicionen las funciones legislativa y ejecutiva, y por lo tanto no es una componente realmente “fuerte” del sistema constitucional: y esto es lo que el constituyente efectivamente quiso, por causa del vivo recuerdo de las consecuencias de la concentración monocrática de los poderes en el periodo fascista. Esto explica la razón por la cual el terreno sobre el cual un control presidencial habría podido desarrollarse, la firma de los actos más importantes del gobierno, es vaciado por la configuración efectiva del instituto de la “controfirma”, que transfiere el poder real sobre las administraciones de las manos del presidente a las del gobierno, es más de los ministros, que correctamente deben asumirse la responsabilidad política y jurídica.

Una segunda, y diferente, intersección entre órganos constitucionales y administración se realiza en consideración de que cada órgano constitucional dispone para el cumplimiento de sus tareas de administraciones y burocracias. Este aspecto, teóricamente y materialmente más circunscrito del anterior, puede ser definido a través del principio de autonomía recíproca de los órganos constitucionales, que implica poderes autoorganizativos e independencia financiera. Así, por ejemplo, a cada una de las Cámaras le es reconocida la *potestad reglamentaria* (artículo 64, const.) que permite determinar mediante específicas fuentes jurídicas, sus *reglamentos parlamentarios*, su propia organización interna, las reglas de funcionamiento y las garantías específicas de independencia de sus propios miembros y de sus propias estructuras internas. Los procedimientos y los actos reglamentarios que disciplinan la actividad interna del Parlamento (*interna corporis*) tienen una particular fuerza, que deriva precisamente de la necesidad de garantizar la autonomía del Parlamento de cualquier otro poder, incluso la Corte Constitucional. Los *interna corporis*, por lo tanto, en línea general, no pueden ser objeto de control (Corte const., sent. 154/1985) y en consecuencia resisten a todas las otras fuentes del derecho. Las Cámaras gozan además de autonomía financiera, pudiendo cada una aprobar, en derogatoria del principio de la publicidad de los trabajos parlamentarios, su propio Presupuesto preventivo y consuntivo, y administrar los fondos necesarios para el correspondiente funcionamiento. Como para todos los otros órganos constitucionales, las operaciones de gasto y de gestión de los agentes contables de las Cámaras son consideradas *interna corporis*, y por lo tanto están sustraídos al control y a la jurisdicción contable de la Corte de Cuentas (Corte Const., sent. 129/1981). Prerrogativas análogas se encuentran en materia de nombramiento, determinación

de las tareas y carrera jurídica del personal que constituye la estructura burocrática de cada Cámara; en particular, a las Cámaras les está atribuida en vía exclusiva el conocimiento y la solución de las controversias entre los dependientes y ellas mismas (denominada “*autodichia*”).

2. Gobierno

Tradicionalmente, con la palabra “gobierno” se hace referencia al significado subjetivo de “órgano”, “organización”, “estructura”, aunque sí existe una variabilidad de acepciones, en cuanto el término es utilizado a veces para indicar la organización estatal en general (como fórmula abreviada del concepto de “forma de gobierno”), mientras que otras veces está por “Poder Ejecutivo” en sentido amplio (es decir, administración pública en sentido subjetivo/estructural, inclusiva de los órganos del vértice del gobierno, y exclusiva de los órganos legislativos y jurisdiccionales); otras veces se realiza un uso objetivo/funcional de la noción, como acción de gobierno en sentido amplio (dirección política) o, en sentido estricto, como actividades sectoriales (gobierno de la industria, del territorio, de las finanzas públicas, del medioambiente).

En esta sede entendemos por gobierno el núcleo del vértice (formado por Consejo de Ministros, presidente del Consejo y cada uno de los ministros) del Ejecutivo al cual está encargada la función de dirección política preponderante. En cuanto tal, el gobierno es necesario, ejerce la soberanía y configura un poder del Estado, o mejor encierra en sí una pluralidad de poderes del Estado. En efecto, se trata de un órgano complejo, es decir, conformado por varios órganos, algunos necesarios (Consejo de Ministros, presidente del Consejo y cada uno de los ministros, que conforman el gobierno en sentido estricto, y tienen todos naturaleza de órgano constitucional), otros eventuales (*Consiglio di gabinetto*, vicepresidente, comités interministeriales, subsecretarios, ministros sin portafolio, que conforman el gobierno en sentido amplio). No parece técnicamente correcto incluir en la estructura del gobierno la administración instrumental (las oficinas ministeriales y los entes públicos auxiliares): aunque si los estudios más autorizados han demostrado que la administración siempre ha tenido una influencia indirecta y a veces también directa sobre los comportamientos de los órganos políticos del vértice, su naturaleza de sistema de aparatos sirvientes la excluye netamente del área de la soberanía.

El gobierno está regulado en vía general por los artículos 92-96 de la Constitución. Las principales fuentes subconstitucionales son la Ley 400 de 1988 y los decretos legislativos 300 de 1999 y 303 de 1999. En ellas se ha

proveído a la racionalización procedimental del desempeño de las mencionadas funciones, y a una reorganización, a través de la disciplina del número y de la estructura de los ministerios, la modernización administrativa, la creación de nuevos aparatos (las Agencias), la racionalización y la definición de las tareas de las oficinas de la presidencia del Consejo de Ministros.

Las principales funciones de dirección política del gobierno se manifiestan en la política presupuestaria del Estado —en la cual el nudo central de dirección y control está en el ministro de Economía y Finanzas (MEF)—, que comprende las políticas fiscales y de gasto, realizadas principalmente a través de la elaboración del DPEF (Documento di programmazione economico-finanziaria) y la predisposición del presupuesto del Estado, aprobado por el Parlamento junto a la *Legge finanziaria*, también ella de iniciativa gubernamental; en la política exterior y en la política comunitaria (a través de la participación directa del gobierno en las instituciones europeas); en la política militar —que según el diseño constitucional (artículos 78 y 87) debería ver un papel central del Parlamento—.

Para actuar la dirección política, el gobierno dispone de una amplia serie de instrumentos, que aquí podemos evocar solo sintéticamente. Existe en primer lugar la dirección de la Administración Estatal y de los Ministerios, también mediante actos de “*alta amministrazione*”, directivas generales y actos de naturaleza política (que no pueden ser objeto de impugnación ante un juez, y por lo tanto “a número fijo” por evidentes razones de garantía). Existen también poderes normativos directos (decretos leyes, decretos legislativos, reglamentos) y los poderes de influencia sobre la función legislativa del Parlamento, en particular mediante condicionamientos a la programación de los trabajos parlamentarios y la intervención en diferentes fases del procedimiento legislativo (iniciativa legislativa, disponer la cuestión de confianza). En las pasadas legislaturas se ha intensificado notablemente el papel del gobierno en el control de las normas y de las fuentes del ordenamiento jurídico (“gobierno legislador”), en especial a través de la praxis de la reiteración continua de decretos ley, que la Corte Constitucional ha debido delimitar y prohibir (sent. 360/1996). No obstante ello, la tendencia no se ha detenido, se ha transferido a otro lado; por ejemplo, en la proliferación de los decretos legislativos y en el cada vez más frecuente recurso a la confianza, para condicionar sin alternativas las decisiones del Parlamento.

3. Consejo de ministros

El Consejo de Ministros es el órgano constitucional con carácter colegiado, que junto al presidente y a cada ministro compone el órgano con-

junto gobierno. El Consejo de Ministros determina la política general del gobierno y la dirección general de la actividad administrativa estatal; a este, por lo tanto, le corresponde la decisión definitiva sobre cualquier cuestión correspondiente a la actuación de la dirección política de conformidad con el programa político codeterminado con el Parlamento a través de la cuestión de confianza.

Detalladamente las competencias del Consejo son (taxativamente) enumeradas por el artículo 2 de la Ley 400/1998: a) las declaraciones relativas a la dirección política, a los compromisos programáticos y a las cuestiones sobre las cuales el gobierno pide la confianza del Parlamento; b) los diseños de ley y las propuestas de retiro de los diseños de ley ya presentados al Parlamento; c) los decretos que contienen valor o fuerza de ley y los reglamentos de emanar con decreto del presidente de la República; d) los actos de su competencia previstos por el artículo 127 constitucional y por los estatutos regionales especiales de conformidad con las leyes regionales y de las provincias autónomas de Trento y Bolzano, salvo lo establecido por los estatutos especiales para la región siciliana y para la región del Valle de Aosta; e) las directivas de impartir para el ejercicio de las funciones administrativas delegadas a las regiones, que están obligadas a respetarlas; f) las propuestas que el ministro competente formula para disponer el cumplimiento de los actos en sustitución de la administración regional, en caso de persistente inactividad de los órganos en el ejercicio de las funciones delegadas, en el caso de que las actividades impliquen cumplimientos de llevarse a cabo dentro de los plazos perentorios previstos por la ley o resultantes de la naturaleza de las intervenciones; g) las propuestas para provocar conflictos de atribuciones ante la Corte Constitucional o defenderse contra los otros poderes del Estado, de las regiones y de las provincias autónomas; h) la política internacional y comunitaria y los proyectos de tratados y de acuerdos internacionales de naturaleza política o militar; i) los actos concernientes a las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica previstos por el artículo 7 de la Constitución; l) los actos concernientes a las relaciones con las confesiones religiosas diversas de la católica previstos por el artículo 8 de la Constitución; m) las resoluciones de emanar con decreto del presidente de la República previo dictamen del Consejo de Estado, si el ministro competente no juzga conformarse a dicha opinión; n) la petición motivada de registro de la Corte de Cuentas, de conformidad con el artículo 25 del Real Decreto del 12 de julio 1934, n. 1214; o) las propuestas motivadas para la disolución de los consejos regionales; p) las determinaciones concernientes a la anulación extraordinaria, para tutelar la unidad del ordenamiento, de los actos administrativos ilegítimos, previo dictamen del Consejo de Estado, y solo en los casos de anulación de

actos administrativos de las regiones y de las provincias autónomas, también de la Comisión Parlamentaria para las cuestiones regionales; q) las otras resoluciones para las cuales sea necesario que el presidente del Consejo de los Ministros considere oportuna la deliberación del Consejo de Ministros.

El Consejo dispone de una estructura burocrática “ligera”, la Secretaría de Consejo de Ministros, insertada en la organización de las dependencias de la presidencia del Consejo. La dirección de la Secretaría compete a un subsecretario, quien desempeña también las funciones de secretario en las reuniones del Consejo, las cuales son a su vez completamente disciplinadas por un reglamento interno, que tiene valor de reglamento de órgano constitucional (DPCM 10 de noviembre de 1993).

4. *Presidente del consejo*

De conformidad con el primer apartado del artículo 95 const., el presidente del Consejo de Ministros dirige la política general del gobierno y es responsable de su actuación, mantiene la unidad de la dirección política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los ministros. El presidente del Consejo tiene entonces una supremacía política, pero sin algún poder jerárquico ni poder de revocatoria sobre los ministros, los cuales son responsables individualmente por los actos cumplidos en el ejercicio de sus propias funciones. La reciente evolución de la forma de gobierno, en parte institucionalizada en el citado D.Lgs. 303/1999, ha llevado a un mayor dinamismo del *presidente del Consejo* como órgano de dirección política y de coordinación de la acción del gobierno y de cada uno de los ministros, frente a las cuales tiene un poder de directiva, ya sea en actuación de decisiones del Consejo de Ministros, ya sea en casos en los cuales considera involucrada la propia responsabilidad política frente al Parlamento. Corresponde además al presidente adoptar las directivas para asegurar la imparcialidad y el buen desempeño de todas las oficinas estatales y la coherencia de la acción de los entes y empresas estatales respecto a los objetivos del programa y de las direcciones político-administrativas del gobierno.

Además de la responsabilidad política general de la acción del gobierno hacia las Cámaras, el presidente es responsable, como cualquier ciudadano, por los ilícitos civiles y penales; sin embargo, cuando el ilícito penal se presume cometido en el ejercicio de su función de órgano de Estado (delitos propios), el artículo 96 const. permite su persecución solo previa autorización de la Cámara o del Senado. Otra cuestión delicada se refiere al conflicto de intereses, disciplinado en muchos ordenamientos imponiendo diferentemente la separación entre titularidad y gestión del patrimonio del presiden-

te del Consejo: en Italia, la Ley 215/2004 atribuye a la autoridad garante de la competencia y del mercado importantes funciones de regulación y de vigilancia en materia.

La introducción (con Ley 400/1988), y luego el reforzamiento (D.Legs. 303/1999) de una estructura organizativa eficiente de la cual dotar al *presidente del Consejo*, ha contribuido a acelerar el proceso de crecimiento de la centralidad del órgano. Se alude a la presidencia del Consejo de ministros, que el mismo presidente puede modificar y adaptar con sus propios decretos a las exigencias de la política gubernamental (el más reciente es el decreto del presidente del Consejo de Ministros del 1 de marzo 2011). A las oficinas de la presidencia es antepuesto un secretario general, al cual está encargado un delicado y determinado papel en la proyectación de la acción direccional de la política general del gobierno, que compete al presidente del Consejo.

Queda por mencionar a los vicepresidentes del Consejo, no necesarios constitucionalmente, pero impuestos por exigencias de naturaleza política; cada uno de los vicepresidentes es nombrado, bajo propuesta del presidente, por el Consejo de Ministros, y puede desempeñar funciones específicas de suplencia del presidente del Consejo.

5. *Ministros*

Los ministros, como el presidente del Consejo, son órganos monocráticos, los cuales, además de la necesaria relevancia constitucional, tienen también un fundamental papel administrativo, constituyendo los vértices de los aparatos administrativos estatales. Cada ministro, cuya función puede ser recubierta por cualquier ciudadano también no parlamentario, constituye por lo tanto un diferente órgano constitucional, con competencias y responsabilidades ya sea políticas o administrativas. En particular, tiene poderes de iniciativa legislativa, de *controfirma* de los actos del presidente de la República, y constituye el vértice en la jerarquía administrativa del propio dicasterio, al cual imprime la dirección política. Los ministros son responsables además que de sus propios actos, realizados individualmente, de los actos del Consejo de Ministros que han contribuido a firmar y de los actos del jefe del Estado que han *controfirmato*. La responsabilidad puede ser política (se nota que no representa una crisis de gobierno la desconfianza individual expresada por el Parlamento a un ministro individualmente: Corte Const., sent. 7/1996) y jurídica (civil y penal), que sigue la misma configuración de la responsabilidad del *presidente del Consejo*.

Algunos ministros, no obstante hacer parte efectivamente del gobierno, no tienen la responsabilidad y la dirección de un ministerio, pero participan a pleno título al Consejo de Ministros y pueden ser destinatarios de mandatos parciales por parte del presidente; escuchado el Consejo de Ministros. Se trata de los ministros “sin cartera”.

Todos los ministros, con o “sin cartera”, disponen de una estructura de *staff*, el *ufficio di Gabinetto*, constituida por varias unidades de personal nombrado por el mismo ministro sobre la base de una relación de confianza.

En cada ministerio, salvo pocas excepciones, existen uno o más ejemplares de figuras particulares, los subsecretarios de Estado, cuya existencia satisface la exigencia de dosis de poder político entre los partidos de la alianza y/o sus diferentes corrientes internas. La colocación institucional de los subsecretarios, genéticamente vinculada a la experiencia histórica del derecho constitucional inglés nacida para permitir al ministro ser representado en ambas ramas del Parlamento, ha evolucionado ampliando su propia extensión hasta cubrir otras competencias y funciones políticas y administrativas inherentes a su actividad de dicasterio. En la doctrina (Cucolo, Ciaurro) se ha afirmado que en el ámbito de la forma de gobierno parlamentario monista la figura del subsecretario se ha desarrollado principalmente en el plano de la función política, mientras que en los regímenes dualistas, como el estadounidense, esta ha asumido connotaciones más típicas de la dirección administrativa. Lo anterior contribuye a explicar la razón por la cual la Ley 400/1988, considerada en general como la primera formalización en el ordenamiento italiano de la tendencia de Constitución material a la preeminencia del Ejecutivo, atribuye plena legitimidad a la figura, y requiere el acuerdo entre ministro y presidente del Consejo, luego de haber escuchado al Consejo de Ministros, en el procedimiento de nombramiento (artículo 10).

La Ley 81/2001 ha integrado el artículo 10, apartado 3, Ley 400/1988, introduciendo la figura del “viceministro”, y disponiendo que dicho título pueda ser atribuido a no más de diez subsecretarios, y solo si a estos ha sido otorgado el correspondiente mandato sobre la completa área de competencia de estructuras departamentales o direcciones generales. En ese caso el mandato es aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del presidente del Consejo de Ministros. Se hace presente que quedan inalteradas la responsabilidad política y los poderes de dirección política de los ministros de conformidad con el artículo 95 const., lo cual confirma, en todo caso, la opinión según la cual la articulación organizativa del gobierno no comprende formalmente también órganos no necesarios constitucionalmente, como los subsecretarios.

En teoría, los ministros son formalmente iguales, porque cada uno tiene la calificación de órgano de Estado; en la práctica tienen pesos políticos diferenciados, que dependen, además, de su personal relevancia política, de la “fuerza” del aparato del cual disponen, de la importancia política de sus funciones y del presupuesto que mueven. Se debe considerar todavía que ya sea la ola de reformas federalista del último decenio, así como la dinámica de la crisis de la intervención pública en la economía y de las funciones de *welfare*, han contribuido a reducir el papel de algunos ministros, cuya área de competencia se extendía en las correspondientes materias (sanidad, seguridad social, trabajo, formación y educación, agricultura, turismo), mientras que papeles importantes continúan a cualificar los ministros tradicionales como los de Justicia, Relaciones Exteriores, Defensa, Interior. El análisis en los manuales menos recientes hacía muchas veces referencia al papel dinámico de algunos ministros antepuestos a los ministerios “económicos”, entre los cuales venían comprendidos los del Tesoro, de las Finanzas, del Presupuesto y Programación Económica, de las Participaciones Estatales, de la Intervención extraordinaria en el Sur, de la Industria, a veces el de Agricultura; los primeros tres, algunas veces, eran indicados en el sentido más estricto como ministros *financieros*. Recientemente, la mayor parte de los ministerios (hecha excepción para la Industria y la Agricultura) han sido progresivamente absorbidos por el Tesoro, que se ha convertido en un verdadero “súper ministerio” de la economía y de las finanzas públicas, acentuando una tendencia conexas con las exigencias de freno y control del gasto público y el cumplimiento de las obligaciones comunitarias.

6. *Comités interministeriales*

Los comités interministeriales son órganos colegiados no necesarios, compuestos por ministros, constituidos por ley o por decretos gubernamentales, presididos siempre por el presidente del Consejo o su delegado, con funciones en general de elaboración política, pero a veces también ejecutivas y administrativas, en determinados sectores con variable amplitud y relevancia. Ellos han asumido en el pasado un relieve vital en la determinación de la dirección política, muchas veces sobreponiéndose de hecho al mismo Consejo de Ministros. Ejemplos son el *Comitato interministeriale per il credito e il risparmio* (CICR) e il *Comitato interministeriale per la programmazione economica* (CIPE).

III. ADMINISTRACIÓN ESTATAL

1. *Configuraciones*

El conjunto de los aparatos instrumentales para el ejercicio de los poderes soberanos mediante la función ejecutiva del Estado constituye la *administración pública* (AP *en sentido subjetivo*); se nota además que muchas veces se utiliza el mismo nombre para designar al conjunto de las actividades desempeñadas por dichas estructuras, la *administración pública en sentido objetivo*, como *función o actividad administrativa*.

Si en el Estado liberal el núcleo de la administración residía en los ministerios, recientemente, dada la fragmentación del poder en un pluralismo de entidades jurídicas diferentes del Estado, se habla, al plural, de administraciones públicas. El conjunto coordinado y científicamente ordenado de normas sobre las administraciones públicas, sobre las recíprocas relaciones, y sobre las relaciones con los sujetos particulares, constituye precisamente el *derecho de las administraciones públicas*, inicialmente de derivación exclusivamente estatal, que hoy en día trae sus fuentes de una pluralidad de niveles (estatal, regional, local y supraestatal, en particular europeo-comunitario); se trata de un derecho *especial*, que deriva de una densa legislación sectorial, que se ha sobrepuesto a las codificaciones, cuyas reglas hacen excepción a los principios del derecho común a los sujetos privados, y están garantizadas por una jurisdicción especial (Consejo de Estado y TAR).

Sin embargo, la especialidad poco a poco se ha atenuado, y han aumentado los casos en los cuales a las AP se aplica el mismo derecho común al cual están sometidos los sujetos particulares (véase cap. 15).

La definición jurídica de administración pública va construida sobre el sistema de los principios fundamentales de organización colocados por la Constitución formal, entre las cuales, en particular, tenemos el principio de legalidad y reserva de ley: las AP tienen poderes imperativos y disponen de los recursos de la colectividad; su misma existencia y su comportamiento debe, en todo caso, conducir a las fuentes del derecho (artículo 97, 117 const.). Además, las AP son aparatos servidores del Estado o de las autonomías locales (artículo 95 const.), y deben seguir las reglas del *buen desempeño e imparcialidad* (artículo 97, c. L, const.); consecuentemente, la elección de las personas físicas que las componen; en el contexto de los procedimientos de acceso al empleo público, no puede ser arbitraria, sino que va efectuada mediante concurso público (artículo 97, c. 3, const.), y los funcionarios públicos están al servicio exclusivo de la nación (artículo 98, const.).

En la evolución del derecho administrativo italiano, a un criterio nominalista (son públicas solamente las administraciones declaradas tales por la ley), y a los más refinados criterios funcionales elaborados por la doctrina (fue Massimo Severo Giannini quien hizo evidente que seguramente son públicas las administraciones que disponen de poderes autoritarios, pero no vale necesariamente el recíproco), se han agregado correcciones por parte de la jurisprudencia, que, independientemente de la calificación normativa explícita, han determinado diferentes criterios de la “publicidad” (ejercicio de poderes públicos, tutela de intereses generales, presupuesto financiado con recursos públicos, profundos controles por parte del Estado, subordinación a las directivas del gobierno...).

La cuestión ha tenido particular relieve en el derecho comunitario, y ha sido resuelta mediante criterios teleológicos/sustanciales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha construido la noción de “organismo de derecho público”, con los siguientes caracteres: personalidad jurídica, finalidades de interés general, excluida cualquier finalidad industrial o comercial; sometimiento —bajo el aspecto organizativo, funcional o financiero— al Estado o a los entes territoriales subestatales (o también a otros organismos de derecho público), los cuales deben ejercer sobre los mismos un control análogo al que ejercen frente a sus propias dependencias u órganos. Dicha noción es admitida por el Legislador italiano (véase por ejemplo artículo 2, D.Leg. 157/1995) y ampliamente aplicada por la jurisprudencia (entre otras, véase la sentencia del Consejo de Estado, Sez. VI, n. 182 del 23-1-2006).

2. *Nociones jurídicas y estructura organizativa*

Las administraciones públicas del tercer milenio están sujetas a un incesante cambio. El Estado administrativo del periodo intervencionista había multiplicado al infinito su estructura y sus regulaciones, creando un pesado *regulatory burden* para las empresas, pero cuyos costes de transacción eran compensados por incentivos y subvenciones. La crisis fiscal del Estado, por el contrario, obliga a coligar las finanzas públicas a la riqueza del territorio expresada en términos de producto interno bruto (PIB), impone la productividad de las empresas y reglas severas para las AP, eliminación de los derroches, reducción de los costes, privatizaciones o supresión completa de varias administraciones. Esto ha generado procesos de *deregulation*, simplificación, aceleración de los procedimientos, eliminación de los procedimientos de aprobación, sustituidos por declaraciones de inicio de actividad y otros más. Pero es la misma administración que hoy en día debe ser *productiva*, de otro

modo su coste para la colectividad no será compensado por un positivo efecto sobre el crecimiento económico. Esto explica la razón de federalismo y reformas, y del pasaje de una administración por actos a una administración por servicios y resultados.

Desde el punto de vista estructural, la originaria articulación por ministerios (administración estatal *directa*) se ha modificado diferentemente, sobre todo por causa de la introducción de estructuras organizativas más elásticas, a especialización técnico-económica, y dotadas de autonomía funcional (las empresas autónomas y recientemente, las agencias). A dichas estructuras se ha agregado el modelo de administración para entes públicos separados netamente del Estado.

En los ministerios las relaciones internas entre las diversas oficinas y los diversos niveles (administración central/periférica) están preponderantemente organizadas sobre el modelo de la jerarquía, con competencia general y poderes imperativos ordenadores del superior respecto al inferior jerárquico. En el caso de las empresas, el modelo es el de la supraordenación organizativa, pero no funcional. En cambio, para los entes públicos se instaura una relación de nombramiento, dirección, coordinación y control, sin poderes reguladores de tipo jerárquico, entre el Estado (o un órgano del mismo) y el ente. La evolución de algunos sectores (moneda, mercado, telecomunicaciones, tutela del ahorro) que por su naturaleza requieren decisiones técnicas y neutrales, más que políticas, ha llevado a la creación de nuevos modelos, las *autoridades independientes*, estructural y funcionalmente separadas de los órganos de vértice de la administración estatal, que no tiene sobre ellas algún poder regulador o directivo.

3. Ministerios

De conformidad con el artículo 95, apartado 3 const., las fuentes en materia de organización de los ministerios están constituidas, en primer lugar, por la ley ordinaria (en cuanto al número de ministerios y a los principios de la organización), y, en vía jerárquicamente subordinada, por los reglamentos gubernamentales (en cuanto a las dependencias de direcciones generales y al orgánico), por los decretos ministeriales (relativos a las dependencias de direcciones no generales), y por último, por el detalle, de actos de organización interna (asumidos por los directivos con los poderes del empleador de trabajo privado).

Desde la unidad de Italia hasta finales del novecientos no se ha tenido alguna legislación orgánica en la materia. No obstante lo anterior, el número de los ministerios ha aumentado progresivamente, mientras que han

cambiado radicalmente los modelos organizativos. En particular, el originario control estricto de los ministros sobre los aparatos —evocado por la misma Constitución republicana que, en el artículo 95, apartado 1, pone al ministro “en la cabeza” de la burocracia ministerial— que hoy es atenuado por la aparición del principio de separación entre dirección política y gestión administrativa: la primera corresponde al ministro, y comprende el fijar los objetivos y los programas y la verificación de los resultados; la segunda corresponde a los directivos, y comprende todos los poderes administrativos, técnicos y financieros conexos a la actividad de gestión. Por lo además, el antiguo modelo piramidal y centralizado, fundado sobre una estructura por grandes ramas organizativas (las direcciones generales), repartidas a su vez en aparatos intermedios (las divisiones) ha sido integrado en el transcurso del tiempo, y muchas veces en forma masiva, por la utilización de “administraciones paralelas”, externas y separadas de la organización ministerial, constituidas en amplia medida por los entes públicos.

Se debe hacer evidente también otro importante aspecto: la estructura originaria preveía fisonomías ministeriales sustancialmente uniformes, y de igual densidad, modeladas a los principios de no intervencionismo público y por la limitación del papel del Estado a funciones solo reguladoras, según los imperativos de la Constitución liberal; en cambio, en la actualidad, los ministerios son extremadamente diversificados entre ellos en cuanto a la amplitud, organización, presupuesto y funciones; la transformación de los ministerios, en consecuencia, se ha realizado casi “espontáneamente”, sin una racional intervención general del Parlamento, sobre la base de leyes especiales o reglamentos, bajo el directo control de los mismos gobiernos y de las fuerzas políticas de mayoría.

Por último, el crecimiento dimensional ha sido acompañado por formidables discordancias funcionales, irracional distribución de las funciones, sobreposición y duplicación de actividades, fragmentación procedimental horizontal entre los diferentes aparatos del mismo ministerio, o entre diferentes ministerios, o entre ministerios y regiones, ineficiencias, carencia de coordinación. Todo esto ha sido acompañado inevitablemente por excesos y derroches financieros, que en los años de la crisis fiscal se han convertido en insostenibles. En consecuencia, la organización “por ministerios” ha soportado y está soportando un profundo proceso de transformación. El mismo modelo ministerial originario, configurado sobre el tipo “napoleónico”, piramidal, centralizado y titular, ya sea de competencias de dirección, así como de funciones administrativas y de gestión, es por demás superado, por causa de la necesidad de dar efectiva realización a las reformas autonomistas y a la racionalización administrativa.

4. *Organización estatal periférica*

Históricamente, el perno de la administración periférica del Estado ha sido y es todavía el prefecto. En Italia todavía —a diferencia del modelo francés, en el cual el prefecto encierra todas las funciones descentralizadas— al lado de las prefecturas se han tenido abundantes estructuras particulares, como las *Sovrintendenze*, y en el sector escolástico, los *Provveditorati* a los estudios, ahora suspendidos y convertidos en estructuras integrantes de las direcciones generales regionales de la instrucción pública.

De conformidad con la legislación de reforma de los años noventa (Ley 59/1997, D.Lgs. 112/1998, D.Lgs. 300/1999), ha sido puesta en marcha la reordenación de la administración periférica estatal, según criterios de homogeneidad, complementariedad, organicidad y de subsidiariedad, atribuyendo a las municipalidades, competencia administrativa general en el ejercicio de las funciones públicas (confirmada por la ley const. 3/2001). En aplicación de estos criterios, han sido suprimidas una serie de oficinas y las prefecturas han sido reorganizadas como *Prefetture-Uffici territoriali del Governo*, con competencia general de coordinación de las administraciones estatales periféricas todavía en función (el prefecto es coadyuvado por una conferencia permanente, por él presidida, compuesta por los responsables de las estructuras periféricas del Estado), y con el papel de garante del principio de leal colaboración con los poderes locales. Las prefecturas, en las capitales regionales, sustituyen también la suprimida figura del comisario del gobierno en el desempeño de las funciones de representante del Estado para las relaciones con las regiones.

Definitivamente, el prefecto es calificable como órgano estatal periférico con competencia general. Este representa al gobierno a nivel provincial, ejerce todas las funciones de la administración periférica del Estado no otorgadas expresamente a otros despachos; coordina las funciones administrativas estatales con las encargadas a los entes locales, vigila sobre las autoridades administrativas que actúan en la provincia y las sustituye, en caso de urgente necesidad, adoptando las medidas del caso (ordenanzas de urgencia).

Por último, se debe señalar que, para algunas tareas relevantes, también el alcalde desempeña como órgano estatal descentralizado (*Ufficiale di Governo*), solo y exclusivamente para dichas funciones (que se refieren al estado civil de los ciudadanos y a la seguridad pública) el alcalde depende jerárquicamente (también si en forma no apropiada) del prefecto y entonces del gobierno.

IV. EMPRESAS, ENTES Y AGENCIAS

1. Aspectos generales y evolución

Las gestión directa estatal de servicios y actividades técnicas o socioeconómicas, al lado de las funciones de orden, son conocidas desde la Edad del absolutismo. La política mercantilista de Cromwell en Inglaterra y de Colbert en Francia de Luis XIV consagró un fuerte impulso a los establecimientos reales, administrados muchas veces en concurrencia con la burguesía. El derrumbe del absolutismo y la llegada del Estado liberal pusieron en marcha procesos de “privatización” de las empresas reales: el Estado se convirtió en instrumento en las manos de la clase burguesa y se retiró de cualquier forma de injerencia directa (e indirecta) en las libertades económicas privadas, limitándose a tutelar su inviolabilidad mediante la garantía del orden jurídico. A finales del ochocientos tuvo inicio un proceso inverso, de publicización de las actividades económicas, en un primer momento limitada a los servicios, y luego extendida prácticamente a todos los sectores, en especial en los infraestructurales, que presentaron el problema de ejercer actividades de servicio público con nuevos instrumentos, más cercanos al tipo empresarial que al modelo administrativo y burocrático (telégrafos, servicios postales, ferrovías).

La primera forma organizativa creada con la finalidad de gestión de los servicios es la de una estructura administrativa carente de personalidad jurídica, pero dotada de autonomía técnica y patrimonial, a la cabeza de la cual está colocado un órgano del Estado, o de las municipalidades. Dichos organismos fueron calificados *Aziende autonome* (o *Municipalizzate*) o también empresas-órgano, para significar que los efectos jurídicos de los actos que ellos realizan son imputados directamente a la persona jurídica pública, que puede ser la municipalidad (en el ámbito del cual el fenómeno ha nacido efectivamente bajo la forma de las municipalizaciones) o el Estado, según la dimensión territorial de la empresa. Sucesivamente, a partir de los años treinta del novecientos, al modelo de la empresa autónoma se agrega en mayor medida la del ente público, el cual, en las actividades de naturaleza empresarial, asume la forma del ente público económico (o empresa ente público), y en algunos sectores vitales, una estructuración como *Holdings* pública, compuesta por un ente público económico de control y un sistema de sociedad por acciones “en mano pública” (participaciones estatales o accionariado de Estado).

Sobre estos argumentos volveremos dentro de poco. Aquí es interesante notar que las tres formas sucesivas de injerencia del Estado intervencionista

en la economía constituyen etapas de un proceso singular, del cual relevamos dos aspectos: en primer lugar, la tendencia del Estado a alejar de sí los efectos jurídicos de la actividad de empresa. En efecto, en el caso del accionariado público, el centro de imputación es un sujeto particular, y en la empresa-ente público es un sujeto público diferente del mismo Estado, es necesario remontarse al caso en particular de la empresa-órgano para determinar una imputación directa de los efectos al Estado. En segundo lugar, entre los modelos existe una acentuada variabilidad en cuanto a autonomía e independencia respecto al Estado: la relación entre ministro y empresa-órgano es jerárquico, mientras que la relación con la empresa-ente se funda en la *dirección* y el control externo. Entre los ministerios y el accionariado público la relación no tiene más caracteres publicistas en sentido formal: es negociable, fundado en mecanismos privados (asambleas) de decisión; puede incluso suceder que no exista alguna relación jurídica directa si las acciones de la sociedad pertenecen a un ente público “de gestión”, sobre el cual el Estado tiene solamente poderes de dirección y control; en este caso, entre el Estado y la actividad de empresa existe una doble pantalla: el ente de gestión (persona jurídica pública) y la sociedad por acciones (persona jurídica privada).

Un tal sistema es increíblemente elástico y dinámico, y en su interior la política y la economía se vinculan con nudos indisolubles. Pero se trata también de un sistema que en todo caso va financiado. Aparte del surrealismo de la situación en la cual empresas “estatales” financian con su propia contribución fiscal el mismo Estado que lo controla, la detracción fiscal constituye una fracción insignificante del necesario financiero total. Las políticas financiera y monetaria, mediante las técnicas del déficit y del endeudamiento público, fueron consecuentemente plegadas a las exigencias de crecimiento y mantenimiento de las participaciones estatales, que a su vez se convirtieron en un formidable instrumento de legitimación y de poder político, resabido o si no oculto. Se explica cómo el *mix* entre administración “indirecta” y desmedida propiedad industrial pública haya dado origen a una cantidad de problemas, nunca seriamente enfrentados, hasta cuando el Tratado de Maastricht y la crisis estructural de las finanzas públicas italianas han impuesto un proceso de privatización y el retiro del Estado de la economía.

En los años ochenta el gobierno determinó el “*smobilizzo*”, es decir, de venta a los particulares, de sociedades por acciones bajo control público, algunas veces integralmente (Alfa Romeo, Lanerossi), pero la mayoría de las veces limitadas a cuotas de minoría del capital accionario. Se trató de un proceso de privatización muy poco importante de aquel que en los mismos

años venía realizado masivamente en Inglaterra y en Francia. En realidad en Italia los “*smobilizzi*” fueron decididas por los mismos entes de gestión, los que determinaron formas y procedimientos, y sobre todo *adquirieron en su patrimonio empresarial las ganancias de las ventas*; obtuvieron: a) que los resultados de la privatización no incidiera en absoluto sobre las finanzas públicas, y por lo tanto se perdió una importante oportunidad de vincular la privatización con el equilibrio financiero y la reducción de la deuda pública; b) que las ventas tuvieron más bien el efecto de desvincular ulteriormente a los entes de gestión del control financiero del gobierno; c) que se perdió también la ocasión para vincular el retiro del Estado de la economía con una reorganización de los sectores privatizados y la introducción de mecanismos de regulación y de mercado, en línea con las indicaciones comunitarias.

A partir de la mitad de los años ochenta se verificó un ulterior impulso en el proceso de privatización, pero esta vez entendida en un sentido diferente, es decir, no como venta a los particulares del patrimonio mobiliario público, sino como mera transformación de la naturaleza jurídica de los aparatos, mientras que en el caso de los *smobilizzi* se había tenido una privatización sustancial, en esta segunda actuación la privatización tuvo un carácter formal. Inicialmente se desarrolló una tendencia de conversión de las empresas-órgano en ente público económico, y luego, a distancia de tiempo, en sociedades por acciones (uno de los tantos ejemplos es la Azienda autonoma Ferrovie dello Stato, otra es la Amministrazione autonoma delle poste e telecomunicazioni), mientras que las estructuras ya convertidas en entes fueron sometidas a procesos de transformación en sociedades por acciones, a partir de los bancos públicos (Ley 218/1990).

El Decreto Ley 386/1991, convertido en Ley 35/1992, dispuso como norma general que los entes de gestión de las participaciones generales y los otros entes públicos económicos, así como las empresas autónomas estatales, a excepción de los bancos públicos y las empresas públicas locales, “*podían*” ser transformadas en sociedades por acciones.

El Decreto Ley del 11 de julio 1992, n. 333, que contiene medidas de urgencia para el reequilibrio de las finanzas públicas (convertido en Ley 8 de agosto 1992, n. 359) sancionó en su artículo 15 la transformación en sociedades por acciones del IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), del ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), del INA (Istituto Nazionale per le Assicurazioni) y del ENEL (Ente Nazionale per l’Energia Elettrica), atribuyendo al ministro del Tesoro el control de los correspondientes paquetes de acciones, y la tarea de disponer un programa de reorganización de las susodichas participaciones, estableciendo expresamente que el programa habría debido prever la cotización de las sociedades participadas creadas con la

reorganización y que los ingresos porcedentes de las privatizaciones fueran destinados a la reducción de la deuda pública.

El proceso de privatización formal aparece en un estado de avanzada actuación; el de privatización sustancial procede con exasperante lentitud, y con exiguos efectos sobre las finanzas públicas.

2. *Empresas autónomas*

Las empresas autónomas —o, según otras terminologías, administraciones del Estado con ordenamiento autónomo, o también (si desempeñan actividades empresariales) empresas-órgano— son, como se ha esbozado, figuras en vía de extinción.

Se trata de estructuras operativas del Estado y de otros entes territoriales representativos (regiones, municipalidades), carentes de personalidad jurídica, dotadas de una especial autonomía administrativa y contable, dirigidas por un órgano estatal o regional o local (ministro, junta regional, alcalde), al cual están vinculados por una relación esencialmente jerárquica; por lo tanto, el titular del órgano puede distribuir a la estructura operativa, que no es otra cosa que una pluralidad organizada por despachos, verdaderas y propias órdenes, además de las directivas internas.

La responsabilidad administrativa es atribuida a un órgano monocrático (director) o si no colegial (consejo de administración), que dirige el aparato administrativo interno y administra la acción externa de la empresa utilizando ya sea instrumentos de negociación privados así como poderes administrativos en estricto sentido. Los actos administrativos tramitados por el órgano directivo, cuando tienen relevancia externa, se consideran no definitivos, y por lo tanto contra de ellos es admitido el recurso jerárquico a los titulares del órgano. Las empresas autónomas tienen un personal propio, al cual se aplica la disciplina general del Empleo público. La autonomía financiera se explica mediante un presupuesto diferente del estatal (o regional o local), al cual afluyen ya sea fondos de dotación, así como eventuales ganancias de la actividad económica desempeñada. El presupuesto es sujeto al control de gestión de la Corte de Cuentas.

3. *Entes públicos*

El proceso de creación de los entes tiene inicio en la segunda mitad del siglo XIX, con la transformación de las *Opere Pie*, pertenecientes a la Iglesia católica, en IPAB (*Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*) dotadas de

personalidad jurídica y sujetas a controles estatales. El fenómeno explotó en los años treinta, involucrando directamente y en sólida medida al sector económico, contextualmente a la evidencia del fracaso del sistema corporativo fascista. El elenco de los entes, creados específicamente en este periodo o derivados de la reorganización de estructuras precedentes, es interminable; como simple título ejemplificador, recordamos: el AGIP para el sector petrolífero; el Ente nazionale risi; el Istituto per il credito navale; el Istituto nazionale trasporti, el ANAS (*Azienda nazionale autonoma strade*). El fenómeno involucra todos los niveles y todas las ramas de la economía: nacen estructuras públicas de administración y gasto en el sector de la celulosa y del papel, de la seda y de la agricultura, del turismo, de los servicios públicos locales y nacionales, de la Previdencia social y de asistencia a las más diferentes categorías de destinatarios. En el sector económico-financiero es de absoluto relieve la creación del IRI, que constituyó la piedra de fundación del sistema italiano de las participaciones estatales. Después de la caída del fascismo, la proliferación de los entes tiene un nuevo y vigoroso impulso, en especial en el sector de las participaciones estatales. En adición a los entes ya recordados, que continúan a operar, se pueden citar, entre otros: el Ente Nazionale Idrocarburi (ENI), creado en 1953 para la gestión de las participaciones estatales del correspondiente sector; la Cassa per il Mezzogiorno, constituida en 1950 con el fin de coordinar y administrar las intervenciones extraordinarias infraestructurales y financieras del Estado en las regiones meridionales; el Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL), al cual fue encargada la administración de la producción y distribución en el sector de la energía eléctrica, nacionalizado en 1962.

La organización de los entes públicos es modelada, en general, sobre esquemas típicos: un órgano deliberante (consejo de administración); un órgano con poderes de representación externa (presidente); un órgano de control interno (colegio de revisores). A veces el órgano de dirección estratégica es una asamblea, lo que se verifica siempre para los entes con base asociativa, en los cuales el nombramiento de los directivos corresponde a la asamblea de los asociados. Muchas veces el consejo de administración expresa en su interior órganos ejecutivos estructuralmente más cerrados, dotados de discrecionalidad técnica (comité ejecutivo, administrador delegado). Luego los modelos de organización pueden variar y manifestarse según la particular normativa de cada ente; en general, la potestad de determinar la organización interna de un ente público, cuando la ley no dicta integralmente la regulación correspondiente, es atribuida a los órganos del mismo ente.

Una clasificación bastante común de los entes ha sido la siguiente: entes independientes (dotados de autonomía frente al Estado, como los entes

territoriales representativos y las autoridades independientes, de los cuales nos referiremos más adelante); entes asociativos (asociaciones de tipo privado a las cuales la ley, en virtud de su relevancia colectiva o por el financiamiento público, atribuye naturaleza pública); entes auxiliares o instrumentales (puestos en posición de subordinación con relación a los poderes públicos, y destinados a la gestión de objetivos de intervención pública; la potestad de supremacía se extrínseca, en general, en el circuito nombramiento-dirección-control).

La categoría de los entes instrumentales presenta ulteriores subdivisiones, según el sector de actividades, por el grado de intensidad del vínculo de subordinación con los sujetos auxiliares, por la naturaleza jurídica de la función ejercida por los entes. Las variedades relevantes son dos: a) *entes paraestatales*, disciplinados por la Ley 70/1975 (entes de previdencia y asistencia, entes de administración sectorial, entes de promoción de actividades deportivas y turísticas o culturales), o regulados por estatutos particulares, como el Istituto per il Commercio Estero, el Ente nazionale per le energie alternative (ENEA), la Società italiana autori ed editori (SIAE); b) *Entes públicos económicos*. La distinción, fundada en el pasado sobre diferentes elementos, entre los cuales el relativo a la necesidad o no de criterios de economía de la gestión hoy en día se va esfumando lentamente, también porque esos criterios han sido extendidos poco a poco a todos los entes públicos, en beneficio del principio europeo de productividad de las administraciones públicas.

Una profundización debe ser hecha sobre los entes públicos económicos, categoría que comprende todas las personas jurídicas públicas que tienen como finalidad institucional la gestión de una actividad empresarial; es decir, el desenvolvimiento profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de producción y del intercambio de bienes y servicios (artículo 2082 del Código Civil). No obstante, diferentes concepciones expresadas en el pasado, hoy en día nadie duda que la característica fundamental de dichos entes esté constituida por su sometimiento a las reglas comunes a las empresas privadas (relaciones de trabajo, contratos, responsabilidad, etcétera), y a los principios comunitarios de la competencia y del mercado interior.

El artículo 106 del TFUE prohíbe a los estados *favorecer* de cualquier manera a las empresas públicas respecto a las empresas privadas. La economía global requiere libertad global; un Estado empresario si quiere puede producir energía eléctrica, o desempeñar servicios de telefonía, pero debe soportar la competencia de todas las empresas de la Unión Europea, y, si

estas son más competitivas, no puede utilizar dinero público para subsanar las ineficiencias de la empresa pública, que en este caso debe reorganizarse y convertirse en competitiva, o retirarse del mercado. El límite más sutil de la empresa pública en la economía global es la medida de su eficiencia, no solamente por los motivos conexos al funcionamiento del mercado y de la competencia, sino también por efecto de los imperativos del equilibrio financiero público dictados por la Constitución económica europea, con base en la cual la misma sobrevivencia de la empresa pública es monetaria y financieramente condicionada. En definitiva, un Estado puede admitir todas las empresas públicas que desee si tiene la posibilidad financiera y con tal que, si una vez sometidas al afilado principio del mercado y de la competencia estas logren sobrevivir por sí mismas.

Las relaciones entre el Estado y los entes instrumentales están configuradas, en primer lugar, sobre el poder gubernamental o ministerial de nombrar los órganos de gestión de los entes (Consejo de Administración, presidente); el nombramiento puede estar basado en una *relación de confianza*, que existe entre el gobierno (o el ministro) y las *personas físicas* predisuestas a la dirección de los entes. Esta situación ha dado origen a desviaciones personalistas y a veces de clientela. Hoy en día se considera que los sistemas de nombramiento deban garantizar, mediante la aplicación de criterios predeterminados, la idoneidad técnica del sujeto nombrado, y por lo tanto la relación de confianza debería considerarse en receso, pero en la práctica este sigue siendo sumamente utilizado.

La Ley 400/1988 prevé (artículo 3) que los nombramientos para la presidencia de los entes, de los institutos o de las empresas de competencia estatal, a excepción de los nombramientos relativos a los entes públicos crediticios, son efectuados con decreto del presidente de la República, emanado a propuesta del presidente del Consejo de Ministros, previa deliberación del Consejo de Ministros adoptada a propuesta del ministro competente, mientras queda firme la disciplina que prevé el deber de recibir la opinión de las comisiones parlamentarias competentes.

Por último, el control sobre los entes consiste en la verificación de la conformidad entre la *acción concreta* del ente y los *paradigmas de confrontación*, contenidos en la ley o en los actos de dirección. Bajo el perfil técnico-administrativo el control se sustancia, en una compleja serie de procedimientos de diferente naturaleza, que van desde la potestad de vigilancia al control de la gestión. En los procedimientos de control interviene, además del Colegio Interno de Revisores, la Corte de Cuentas, que ejerce un control posterior sobre la gestión financiera de todos los entes públicos nacionales.

4. *Agencias*

A veces, el término “agencias” viene utilizado para indicar las autoridades independientes. El error está en el hecho de que las agencias de las cuales se discute son, como veremos, todo menos que independientes del ministerio en el cual están encuadradas. En lo específico, con el término “agencias” se determina una pluralidad de estructuras organizativas instrumentales respecto al gobierno, cuya forma jurídica es más bien variable, dentro de una gama de analogías, que van de la empresa-órgano al ente público en sentido estricto.

En todo caso, existen algunos trazos comunes en la fisonomía de las agencias, que delinear una figura caracterizada suficientemente en el cuadro de la organización administrativa estatal. Se alude en particular a su especialización técnica —que constituye entre otras cosas una aplicación del principio de separación entre dirección política y gestión administrativa— y del estar en todo caso insertadas en los ministerios; es decir, sustancialmente “dependientes” del órgano político del vértice, aunque dispongan de una notable autonomía técnico-funcional, garantizada también por normas específicas (convenciones, que recuerdan los *service contracts* de la experiencia inglesa del *Next Step Agencies*), que regulan a veces en detalle sus relaciones con el Ministerio y el gobierno con relación a objetivos, financiamientos, estrategias y controles.

Las agencias se han desarrollado históricamente en coincidencia con las primeras reformas administrativas de los años noventa. Una precursora es la Agencia Espacial Italiana (ASI, Ley 186/1988, reordenada con la Ley 25/2003); entre otras aquí recordamos la Agencia Nacional para la Protección del Medio Ambiente (ANPA, constituida en 1993 y ahora transformada por el Decreto Legislativo 300/1999 en Agencia nacional para la protección del medio ambiente y para los Servicios técnicos nacionales), y la Agencia para la contratación de los funcionarios públicos (ARAN, constituida con Decreto legislativo 29/1993). El Decreto legislativo 300/1999 ha racionalizado la figura, introduciendo doce nuevas agencias; hasta ahora han sido constituidas efectivamente solamente seis, de las cuales cuatro en materia fiscal (Agenzia delle Entrate, Agenzia delle Dogane, Agenzia del Territorio e Agenzia del Demanio, transformada posteriormente por el Decreto legislativo 173/2003 en Ente Público Económico), la quinta es la Agenzia per la Protezione dell’Ambiente e per i Servizi Tecnici Nazionali, que en el fondo existía ya antes; la sexta es l’Agenzia Industrie Difesa. En cambio, ha sido constituida *ex novo* la Agenzia italiana del farmaco (artículo 48, d.l. 269/2003, convertida en Ley 326/2003).

Entre las agencias fiscales, aquellas agencias constituidas de conformidad con el Decreto legislativo 300/1999 y las agencias preexistentes existen algunos caracteres en los cuales se diferencian, los cuales examinaremos brevemente. Desde el punto de vista estructural, las agencias preexistentes y solamente algunas de las constituidas con el Decreto legislativo 300 tienen personalidad jurídica de derecho público, mientras que las otras son sustancialmente oficinas/órganos que en el fondo constituyen una mutación evolutiva de las empresas autónomas. Todas las agencias disponen de un sistema de órganos más o menos estandarizado: un órgano monocrático/de dirección (presidente, para las agencias preexistentes, o director, para las constituidas por el Decreto Legislativo 300/1999); un órgano colegial, según los casos de deliberación o de coordinación (Consejo de Administración o Comité); un órgano de revisión y vigilancia administrativo-contable (Colegio de Revisores). Las agencias constituidas por el Decreto Legislativo 300/1999, exceptuadas las fiscales, tienen también un cuarto organismo, que desempeña el control de gestión. La relación entre órgano monocrático y órgano colegial varía sensiblemente, siendo este último generalmente un mero soporte del primero, salvo en las agencias fiscales, donde dispone de los más amplios poderes.

La autonomía organizativa de las agencias ex Decreto Legislativo 300 está garantizada por estatutos específicos, mientras que las agencias preexistentes disponen de los poderes reglamentarios de autoorganización. Están sometidas a las mismas normas en materia de estatuto del personal y al mismo sistema de controles externos por la Corte de Cuentas.

Desde el punto de vista funcional, las agencias desempeñan esencialmente tareas de naturaleza técnica, en algunos casos de carácter también científico; en otros, de naturaleza más típicamente económico-empresarial; en general, las agencias emanan actos de naturaleza declarativa, consultiva o de verificación (a veces constitutiva), o erogan prestaciones y servicios. Algunas de ellas (las agencias fiscales) disponen también de poderes “*autoritativi*”, inspectivos, disciplinarios.

Con relación al nivel estatal, el interlocutor directo de las agencias es el gobierno, al cual le es atribuida una franja de poderes, variables según el tipo de agencia, resumibles en la categoría positiva (repetido en las normas constitutivas) de la “vigilancia”, que sin embargo va entendida en el amplio sentido “anglosajón” de *control*: entonces, no se trata de mera vigilancia administrativa, cuanto más bien de una relación global —y, en una cierta medida, “informal”— de *supraordenación*, compuesta por poderes de dirección/criterio directivo, de nombramiento de las personas designadas en los órganos y de control sobre los resultados de la actividad. Su función general

está caracterizada no solamente por una aplicación de impulso del principio de separación entre política y administración, sino sobre todo por la exigencia de modernización administrativa, más en detalle por la búsqueda de orientaciones al resultado, reducción de costes y dosis de productividad imposibles de realizar en las estructuras ministeriales clásicas.

V. AUTORIDADES INDEPENDIENTES

1. *Marco teórico*

La crisis del Estado social intervencionista, entendida en su aspecto de crisis de legitimación de las instituciones de mediación política y de gobierno de la economía, ha hecho resurgir en modo particular alrededor del inicio de los años noventa, el problema de si la gestión de las funciones públicas debe ser llevada siempre y en todo caso al interior de las instituciones representativas de origen popular (Parlamento, gobierno, consejos regionales y los entes locales) o hay áreas en las cuales existe una legitimación del poder de órganos con connotaciones técnicas, que no derivan de las instituciones políticas representativas e *independientes* de estas, y en todo caso *neutrales* e independientes respecto a *todos* los criterios directivos políticos (y a todos los intereses, públicos o privados). Se habla en este sentido de autoridades (a veces en la versión anglosajona de *Authority*) o de administraciones independientes, pero existen también variantes terminológicas que resalen más o menos, como en el caso que ha llevado a la Corte de Cuentas y al Consejo de Estado a un largo proceso de autonomización y separación del Parlamento y del gobierno, sobre el cual ha sido construida una específica teoría (la de las “funciones públicas neutrales”, que serían sustraídas no solamente al control de los órganos políticos, sino también al sindicato jurisdiccional).

Con relación al reciente desarrollo, en especial en materia económica, el rasgo común más relevante es reconocible en el mismo presupuesto del nacimiento de las autoridades independientes; es decir, en el contexto entre el proceso de liberalización de la economía y la exigencia pública de evitar los resultados distorsionadores de un mercado incontrolado. Un segundo elemento causal deriva de la crisis de legitimación que ha embestido el control político de la economía, en ventaja de estructuras dotadas de elevada competencia técnica y de independencia. Una tercera razón está relacionada con la crisis de racionalidad de la legislación y el excesivo dinamismo del poder jurisdiccional.

El derecho comunitario ha dado un notable estímulo, directo (en materia de competencia y de moneda) o indirecto (regulación de las finanzas

privadas), a la proliferación y el reforzamiento de las autoridades independientes. La difusión del modelo corresponde a un interés vital de las instituciones europeas para la creación de sistemas uniformes y comunes (y por lo tanto *técnicos* y *ciertos* bajo el aspecto de la gestión del poder) de administración, en modo tal de facilitar el proceso de acercamiento de los sistemas jurídicos y de integración administrativa, y crear las bases para una red de nuevas instituciones sobre las cuales apoyar la constitucionalización de la unidad europea. En este sentido, las autoridades independientes nacionales funcionan en la práctica como instituciones comunitarias descentralizadas.

En términos generales, los principales rasgos de la fisonomía de estas figuras son las siguientes: a) disminución de la dirección política del gobierno; b) separación de la organización jerárquica del Poder Ejecutivo; c) vinculación en red con las instituciones supranacionales; d) atribuciones normativas de regulación y arbitrales o parajurisdiccionales; e) sometimiento al control jurisdiccional, pero solo con relación a los vicios de legitimidad y al respeto de las reglas procesales de garantía y no también al contenido *técnico* de las determinaciones asumidas legítimamente (Cons. Stato, sent. 1348/2000).

De este marco resulta potenciado el concepto de independencia: no solamente *separación subjetiva*, sino también *separación funcional*; en otras palabras, las competencias atribuidas a las autoridades no deberían ser “duplicadas” por decisiones de otras instituciones.

Naturalmente, la objeción más recurrente se refiere al papel de las instituciones representativas y a la falta de investidura democrática, pero ya este tipo de problemas escapan a cualquier catalogación según las lógicas formales del constitucionalismo clásico; además, se trata de un terreno muy delicado: cuando se allana el camino al control de la política sobre las autoridades independientes, se debería estar verdaderamente muy preocupado. Por el contrario, estudios también empíricos han subrayado que las mismas autoridades independientes pueden estar sujetas al efecto captura de los reguladores por parte de los mismos sujetos regulados (*capture theory*); en este contexto, es fundamental un rol efectivo de la jurisdicción.

Puede ser que las autoridades independientes sean el punto de fuerza de la futura estructura institucional del gobierno de la economía, y que adquieran siempre mayor importancia y autonomía, también si el desarrollo del ordenamiento en el cual las *Authorities* han nacido, el americano, aparecería expresar tendencias contrarias, de retorno de la *metarregulation* a las regulaciones sobre conflictos en sede judicial (*adversarial legalism*). Actualmente el panorama es muy variado, con estructuras históricas (los órganos “con relevancia institucional”), a modelos en los cuales el proceso de autono-

mización es más o menos ampliamente estabilizado, como en el caso del Banco de Italia o de la Autoridad Garantizadora de la Competencia; en otros casos, aparatos todavía débiles, más expuestos a riesgos de captura e instrumentalización por el gobierno o por otros “poderes fuertes”, o por los mismos intereses sectoriales que deberían regular y garantizar. Esto significa que el *nomen juris* no corresponde siempre a la realidad de las cosas: no todas las estructuras llamadas “autoridades independientes” en realidad son tales: no parece suficiente definir la esencia teórica de la *independencia* la vinculación al *principio de garantía*, ni la asimilación a la función jurisdiccional, y ni siquiera la atribución de funciones sustancialmente normativas, la medida y la calidad de la independencia debe evaluarse en forma relacional, con relación al sistema de los poderes públicos del actual ordenamiento constitucional, y marcadamente sobre la base de la existencia de una esfera de atribuciones *libres*, no controladas por *algún otro poder* en los contenidos y en el ejercicio, sino solo sometidos a controles externos de los órganos constitucionales de garantía general (Corte Constitucional, Poder Judicial). Entonces, una teoría específica de las autoridades independientes tiene un sentido constitucionalmente preciso solamente si a ellas es atribuible una naturaleza asimilable a la de los *órganos constitucionales*, sustancialmente, sino formalmente, soberanos en su orden de atribuciones; de otro modo, se trata de aparatos administrativos.

En los manuales están señalados como autoridades (o administraciones) independientes diversos organismos de regulación y/o garantía, algunos de creación menos reciente —como la *Banca d'Italia*, instituida por Giolitti a finales del décimo noveno siglo, la *Commissione nazionale per le società e la borsa* (CONSOB, Ley 216/1974 y sucesivos), el *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni* (ISVAP, Ley 576/1982 y sucesivas)—, otros instituidos en el transcurso de las reformas de los años noventa —como la *Commissione di garanzia del diritto di sciopero* (Ley 146/1990), la *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM, Ley 287/1990), las diferentes *Authorities* para los Servicios Públicos (Ley 481/1995), el *Garante della Privacy* (Ley 675/1996), la *Autorità per le telecomunicazioni* (Ley 249/1997), la *Autorità per i lavori pubblici* (Ley 109/1994), la *Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione* (AIPA, Ley 39/1993, posteriormente suprimida: las correspondientes funciones han sido transferidas al *Centro Nazionale per l'Informatica nelle Pubbliche Amministrazioni*, CNIPA).

Entre todas, examinaremos en detalle solamente la Banca d'Italia y el Garante della Concorrenza, de los cuales resulta más que evidente la naturaleza de independencia. Una mención será dedicada por último a otras estructuras, Consejo de Estado y Corte de Cuentas, también estos resalen en el tiempo, y en un cierto sentido son precursores en cuanto se refieren a

la búsqueda de una posición constitucional de independencia, separación y autonomía respecto a los órganos políticos, que efectivamente se ha consolidado en la Constitución republicana (artículo 100 const.)

2. *Banco central*

Es conocido que en cualquier época el control sobre la moneda constituye uno de los instrumentos más potentes para el gobierno del completo sistema económico; desde siempre, los gobernantes han intentado doblar las dinámicas de la liquidez monetaria a los objetivos de la política y a la razón de Estado. En todas las economías industrializadas, con la consolidación de la forma de Estado liberal, el mismo sistema económico ha desarrollado anticuerpos contra la locura monetaria de los soberanos; se trata de los bancos centrales, de los cuales la Banca d'Italia representa el tipo en nuestro ordenamiento. Ella nace como Instituto de emisión por iniciativa de Giovanni Giolitti, quien en 1893 dispone la fusión de cuatro precedentes bancos de emisión. Desde el inicio de su actividad tuvo un particular dinamismo dirigido especialmente a la amortización de las crisis bancarias y a contener la inflación. No obstante que en la primera posguerra las crisis resurgieron con virulencia y fueron enfrentadas por un lado con políticas de salvación de las empresas en crisis, creando las *partecipaciones estatales*, y por otro lado mediante una legislación específica sobre el control de las actividades bancarias (R.D.L. 1511/1926 y 375/1936), activando un sistema de obligaciones con garantía de los ahorradores, y un *control global centralizado* de la *liquidez* del sistema económico, encuadrando el complejo sistema en un contexto jurídico especial, con fuertes poderes públicos de injerencia y de programación: el tipo está descrito en la doctrina a veces con la teoría degli "*ordinamenti giuridici sezionali*" (Giannini), otras veces con la fórmula de la planificación administrativa de sector (Cassese). La organización del gobierno y la administración del crédito y del ahorro fue construida alrededor de un Comité de Ministros (CICR) y un ente público (el Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito, presidido por el gobernador de la Banca d'Italia), al cual le fue atribuida la función administrativa de vigilancia sobre las empresas bancarias. En la posguerra, la legislación de emergencia conservó el Comité interministerial, pero suprimió el Ispettorato, cuyas funciones de vigilancia fueron encargadas a la Banca d'Italia (D.L.C.p.S 691/1947), la cual asumió también formalmente la doble función de control de la moneda y de vigilancia sobre los bancos, y, consecuentemente, la función constitucional de supremo custodio del principio de estabilidad de la moneda. Contemporáneamente, como hemos visto, se iba reforzando el

papel del Ministerio del Tesoro: el contacto dialéctico entre el Tesoro y el Banco central ha representado por un largo tiempo el momento de mayor densidad de las tensiones entre las exigencias expresadas por la política (funcionalización del Crédito y de la Moneda a la expansión del gasto público) y aquellas técnicas de garantía de la estabilidad económica y monetaria. Los más significativos entre los instrumentos a través los cuales las primeras prevalecieron (hasta los años ochenta) sobre las segundas eran, por un lado, la reserva al ministro del Tesoro de la competencia relativa a las disposiciones de variaciones del tipo oficial de descuento, y, por el otro, la obligación de la Banca d'Italia para asegurar la colocación de los bonos de Estado no vendidos en el mercado. En la práctica, lo anterior se ha convertido en un instrumento para financiar el gasto público. De tal manera, la banca estaba obligada a crear inflación, mientras que contemporáneamente estaba sometida al mandato constitucional de defensa de la estabilidad monetaria: se trataba, evidentemente, de una condición de completa, insostenible “esquizofrenia institucional”.

A partir de finales de los años setenta, por un lado, la Banca d'Italia vinculó su acción al proceso de integración europea y, por el otro, puso en marcha una dinámica centrífuga respecto al gobierno, “divorciándose” del tesoro. De la adhesión italiana al Sistema Monetario Europeo, en 1979, al Tratado de Maastricht y a los cambios conexos, la Banca d'Italia ha podido afirmar progresivamente su autonomía del gobierno, hasta cuando todas las funciones de política monetaria han sido centralizadas en el Sistema Europeo de los Bancos Centrales (SEBC) sustrayendo la soberanía monetaria a los Estados y transfiriéndola al nivel supranacional.

El Banco tiene naturaleza de ente público (artículo 1 del Estatuto, aprobado con R.D. 1067/1936), pero tiene una estructura de sociedad por acciones. Su órgano directivo, es decir, el gobernador, era nombrado (hasta poquísimos años atrás) “a tiempo indeterminado” (y revocado) por el Consejo Superior de la Banca d'Italia, órgano colegial compuesto por trece miembros elegidos por la Asamblea General, quienes participan en el capital. En un contexto institucional de este tipo, el gobernador, en cuanto expresión del *sistema bancario*, es sustraído a la influencia del gobierno, al cual le compete solamente el acto formal de propuesta de nombramiento (bajo forma de decreto del presidente de la República), pero sin ningún poder real de influencia sobre la eventual revocatoria, cuya competencia corresponde exclusivamente al Consejo Superior.

Las íntimas razones de la autonomía institucional de la Banca d'Italia fueron tomadas desde los años setenta por una autorizada doctrina (Merusi), la cual afirmó que el Banco, o, mejor dicho, el gobernador de la Banca

d'Italia, había asumido el papel de *órgano constitucional* paritario respecto a las instituciones representativas y a los otros órganos constitucionales, en cuanto predispuesto a la función de *Supremo Magistrado Económico* y a la tutela de la *estabilidad del valor de la Moneda*, entendida como *valor* constitucionalmente garantizado por el artículo 47 const. La validez de la tesis ha sido confirmada en la práctica: los poderes del gobierno de la Moneda, del dinero y del crédito se han propuesto como expresión de una función constitucional soberana, libre en la finalidad y desvinculados del principio de legalidad en cuanto se refiere a las determinaciones de contenido general: esto no significa arbitrio absoluto, sino autonomía constitucional estructural y funcional, en un contexto de frenos y contrapesos internos (las reglas y las garantías procesales estatutarias) y externos (el sometimiento al ordenamiento comunitario y la colocación en el sistema europeo de los bancos centrales). Naturalmente, contra las determinaciones ilegítimas de la Banca d'Italia existe plena tutela jurisdiccional, pero que debe limitarse a evaluar las eventuales violaciones de la ley, y no puede desplazarse, como además ya se ha dicho en general para todas las autoridades técnicas independientes, más allá del límite del contenido técnico de la determinación, a menos que precisamente este se haya conformado fuera y en violación de la misión institucional que el ordenamiento encarga al Banco Central.

Es precisamente la concreta explosión (en 2005) de una situación de este tipo, que ha inducido al gobierno y al Parlamento en poner serios límites a la extensión del poder del gobernador. La Ley 28, de diciembre de 2005, n. 262 dispone que el cargo de gobernador dura seis años y es renovable una sola vez, y modifica radicalmente el procedimiento de nombramiento: el gobernador es ahora nombrado (y revocado) con decreto del presidente de la República, a propuesta del presidente del Consejo de Ministros, previa deliberación del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo Superior de la Banca d'Italia. La nueva Ley, después de haber permitido que la Banca d'Italia sea parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales y actúe según las direcciones e instrucciones del Banco Central Europeo.

3. *Autoridades garantes de la competencia y del mercado*

La Ley 10, de octubre de 1990, n. 287 (*Normas para tutelar la Competencia y el Mercado*), constituye una reforma de gran trascendencia en cuanto afecta directamente a la Constitución económica. La ley, comúnmente indicada como *Ley Antitrust*, ha adecuado, con extremo retardo en comparación con todos los países del mundo occidental, el derecho italiano de la competencia al modelo europeo, creando la *Autorità garante della concorrenza e del mercato*

(AGCM, conocida también como “Antitrust”). La Ley 287/1990 ha introducido una detallada normativa de tutela de competencia y del mercado, no solamente para actuar el artículo 41 const., cuya formulación no reconoce explícitamente (y tal vez ni siquiera implícitamente) la existencia y la necesidad de tutelar el mercado, sino sobre todo de cumplir las obligaciones impuestas por la Comunidad Europea a todos los Estados miembros.

En efecto, la tutela de la competencia no es tarea exclusiva de la AGCM, porque a ella se sobrepone la Unión Europea a través de las actividades de la Comisión. Esta es la razón por la cual el artículo 1, Ley 287/1990, establece que la competencia la AGCM, en cumplimiento del artículo 41 const., como tutela y garantía de la libertad de iniciativa económica se extiende a los acuerdos, a los abusos de posición dominante y a las concentraciones de empresas que no recaen en el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102, TFUE, y del derecho derivado relevante en dicha materia. La AGCM, cuando considere que un caso en cuestión bajo su examen no haga parte del ámbito de su jurisdicción, informa a la Comisión Europea, a la cual transmite toda la información que posee. Además, la Ley (artículo 1, apartado 4) impone expresamente que la interpretación de las normas italianas sobre la competencia sea efectuada de conformidad con los principios del ordenamiento comunitario en la materia.

Además, en el marco del sistema de competencias paralelas introducidas por el Reglamento CE 1/2003 del Consejo, el nuevo régimen de aplicación del derecho comunitario *antitrust* prevé una cooperación estrecha entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, al interior de la red de las autoridades de competencia de la Unión Europea (*European Competition Network*). En particular, el Reglamento establece obligaciones de información y de consulta preventiva de la Comisión en los casos en los cuales la autoridad actúe de conformidad con los artículos 101 y 102 del Tratado, así como obligaciones de asistencia a la Comisión con motivo de verificaciones inspectivas efectuadas o requeridas por esta última al interior del territorio nacional.

La AGCM tiene una naturaleza compuesta, en la cual se suman caracteres típicos de las funciones soberanas estatales; ella es contemporáneamente “Legislador” y controlador, en un sentido lato “juez”, dado que los procedimientos de instrucción y sancionadores bajo su competencia tienen carácter cuasijudicial, con notables garantías procesales (iniciativa de parte, principio de la confrontación, verbalización); y la ley constitutiva reconoce a la autoridad la potestad de emanar actos de naturaleza reglamentaria y también disposiciones en derogatoria a la disciplina prevista. Obviamente,

todo esto no significa que ella sea órgano jurisdiccional o legislativo en sentido técnico.

La autoridad es un órgano colegial, compuesto por un presidente y por cuatro componentes, que duran en el cargo siete años, y no pueden ser reconfirmados. El colegio es asistido por un secretario general, nombrado por el ministro de Industria a propuesta del presidente de la misma autoridad, el cual controla los servicios y las dependencias (la organización y la actividad están disciplinadas por un *Reglamento*), pero tiene también un importante papel en la instrucción de las decisiones. Los mecanismos de nombramiento son particularmente significativos para evaluar la efectiva separación de la autoridad de los órganos políticos-representativos; de conformidad con el artículo 10 de la Ley constitutiva, el presidente es nombrado con precisa indicación adoptada de conformidad con los presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado de la República entre personas de reconocida independencia, que hayan ocupado encargos institucionales de gran relieve e importancia. Los cuatro miembros son elegidos con el mismo procedimiento entre personas de reconocida independencia entre magistrados del Consejo de Estado, de la Corte de Cuentas o de la Corte de Casación, profesores titulares universitarios de materias económicas o jurídicas, y personalidades provenientes de sectores económicos dotados de alta y reconocida profesionalidad. La larga duración del encargo, y la prohibición de reconfirmación, contribuyen a separar la posición de la AGCM de la de las diversas mayorías políticas del momento. Además, los miembros de la Autoridad no pueden ejercer, bajo pena de perder el derecho, alguna actividad profesional o de asesoría, ni pueden ser administradores o dependiente de entes públicos o privados ni ocupar otros cargos públicos de cualquier naturaleza; si son dependientes estatales, son colocados en licencia durante todo el periodo de duración del mandato.

Los gastos de la Autoridad están financiados a través de un fondo del Ministerio de las Actividades productivas respecto al cual la Autoridad posee autonomía de gasto. Además, desde 2006 ha sido introducida una forma de autofinanciamiento, alimentada por contribuciones de las empresas sobre las operaciones de concentración (apartado 7 bis del artículo 10, ley 287/90, introducido por la Ley Financiera para 2006). El control interno sobre los actos de la gestión financiera y la consultoría sobre los presupuestos están encargados al Colegio de Revisores. El control externo sobre los balances están encargados a la Corte de Cuentas.

Las tareas del garantizador están establecidas en la ley; en particular, esta vigila e interviene sobre los acuerdos restrictivos de la competencia, sobre los abusos de posición dominante, sobre las operaciones de concen-

tración que implican la constitución o el reforzamiento de una posición dominante en modo tal de eliminar o reducir en medida sustancial y duradera la competencia. A esto se agregan las funciones del *enforcement* del d.lgs. 206/2005 (Código del Consumo) en materia de publicidad engañosa y de publicidad comparativa, y las de vigilancia sobre los conflictos de intereses que involucran a los titulares de los cargos de gobierno.

Además de las funciones activas de determinación y represión de los comportamientos prohibidos por las empresas privadas y públicas, a la autoridad garantizadora de la competencia y del mercado compete una función cognoscitiva, de señalación y propositiva frente a los órganos constitucionales representativos.

El Decreto Ley 223/2006 ha extendido ulteriormente las funciones de la Autoridad, atribuyéndole poderes cautelares y sancionadores, en caso de urgencia motivada por el riesgo de un daño grave e irreparable para la competencia.

4. *Órganos auxiliares*

En el pasado, la problemática sobre la existencia de las funciones públicas *independientes*, definidas por una autorizada doctrina (Ferrari, Sandulli) como funciones *neutrales*, se ha colocado con relación a la actividad de consulta del Consejo de Estado y a la de control desempeñada por la Corte de Cuentas. El artículo 100 constitucional define al primero como órgano de asesoría jurídico-administrativa y de tutela de la justicia en la administración, y encarga a la Corte de Cuentas el control preventivo de legitimidad sobre los actos del gobierno y el control sucesivo sobre la gestión del presupuesto del Estado (véase capítulo 14). El tercer apartado del mismo artículo dispone que la Ley asegura la independencia de los dos institutos y de sus componentes frente al gobierno. Sin embargo, ellos, en particular la Corte de Cuentas, han desarrollado la tendencia a la autonomía no solamente del gobierno, sino también del Parlamento y del poder jurisdiccional.

A pesar de ser previsto en la Constitución en la misma sección dedicada a los “Órganos auxiliares” (artículo 99), el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo (CNEL) no puede ser considerado un órgano independiente como el Consejo de Estado o la Corte de Cuentas: solamente a estos, como es evidente por la interpretación literal del texto constitucional, se aplica el citado tercer apartado del artículo 100 (“La ley asegura la independencia de los dos órganos y de sus componentes frente al Gobierno”), mientras que el CNEL, compuesto por expertos y por los representantes de

las categorías productivas, es definido “órgano de asesoría de las Cámaras y del Gobierno para las materias y según las funciones que le son atribuidas por la Ley” (artículo 99, apartado 2). Los orígenes del CNEL se remontan a 1919, cuando fue constituido el Consejo del Trabajo —a iniciativa de Meuccio Ruini, quien fuera mucho tiempo después el artífice del artículo 99 de la actual Constitución— imaginándolo como una forma de dilatación del principio representativo con relación a las fuerzas económicas y sociales. La sugerencia fue retomada, en exceso, por el fascismo, que instituyó la “*Camera dei Fasci e delle Corporazioni*” en lugar de la Cámara de los Diputados como estructura representativa de una sumatoria de intereses corporativos, económicos y sectoriales.

En la Constitución de 1948 el CNEL fue entendido no tanto como órgano representativo de los intereses, sino de asesoría de los poderes estatales.

Así, por ejemplo, la Ley 15/2009 (Delegación al gobierno para la productividad de las administraciones públicas y la eficiencia de la función administrativa) asigna al CNEL las siguientes funciones adicionales: un informe anual al Parlamento y al gobierno sobre el nivel y calidad de los servicios prestados por las administraciones públicas; la creación de un archivo nacional de los contratos y acuerdos de negociación colectiva en el sector público; la organización de una conferencia anual sobre los resultados de la acción administrativa pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARENA, G., “Agenzie amministrative”, *Enc. giur.*, vol. I.
- BACHELET, V., “Comitati interministeriali”, *Enc. dir.*, vol. VII.
- BARONE, G., “Osservazioni sulla struttura del Governo”, *Studi Mazziotti*, Milano, Giuffrè, 1995.
- BASSI, F., *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969.
- BERTI, G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968.
- CAMMELLI, M., “L’Ufficio territoriale del Governo”, en PAJNO, A. y TORCHIA, L. (coords.), *La riforma del Governo*, Bologna, Il Mulino.
- CARLASSARE, L., “Ministeri” (dir. cost.), *Enc. dir.*, vol. XXVI.
- CASSESE, S. y FRANCHINI, C. (coord.), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- CASSESE, S., “Le basi costituzionali dell’amministrazione”, en CASSESE, S. (coord.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2003.

- , *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- CERULLI IRELLI, V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2012.
- CHELI, E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè.
- , "Organi costituzionali e di rilievo costituzionale", *Arch. giur.*, 1-2/1965.
- CIARLO, P., "La legge sulla Presidenza del Consiglio e l'evoluzione della forma di governo", *Foro it.* 1989.
- CIAURRO, G. F., "Ministro", *Enc. dir.*, vol. XXVI.
- CLARICH, M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- CUOCOLO, F., "Consiglio dei Ministri", *Enc. dir.*, vol. I.
- D'ORTA, C., GARELLA F. (coord.), *Le amministrazioni degli organi costituzionali*, Bari, Laterza, 1997.
- DI PLINIO, G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, Giuffrè, 2005.
- , *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998.
- *et al.*, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 2009.
- GIANNINI, M. S., "Organizzazione dei pubblici poteri", *Enc. dir.*, vol. XXXI.
- , "Parlamento e amministrazione", *Ann. civ.*, 1961, n. 47-51.
- LABRIOLA, S., *Il Governo della Repubblica*, Rimini, Maggioli, 1997.
- MARTINES, T., "Indirizzo politico", *Enc. dir.* vol. XXI.
- MASSERA, A., "'Autonomia' e 'indipendenza' nell'amministrazione dello Stato", *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988.
- MEOLI, C., "Il nuovo profilo della Prefettura - Ufficio territoriale del Governo", *Giorn. dir. amm.*, 2004.
- MERLONI, F., "Le agenzie a cinque anni dal d.lgs. n. 300: l'abbandono del modello generale?", en VESPERINI, G. (coord.), *La riforma dell'amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MERUSI, F., *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- MORBIDELLI, G., *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, Roma, Dike Giuridica, 2011.
- PALADIN, L., "Governo italiano", *Enc. dir.*, vol. XXXV.
- PALEOLOGO, G., "Organizzazione amministrativa", *Enc. dir.*, vol. XXI.
- PIAZZA, C., *Il problema delle «Agenzie» tra crisi del sistema ministeriale e nuove forme di organizzazione dell'amministrazione*, Roma, Centro ricerca amm. pubbl. «Vittorio Bachelet», 1999.
- PITRUZZELLA, G., "Responsabilità politica", *Digesto disc. pubbl.*, vol. XIII.
- PREDIERI, A., "Presidente del Consiglio dei Ministri", *Enc. giur.*, vol. XXIV.

ROVERSI MONACO, F. A., “L’attività economica pubblica”, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, dir. da F. Galgano, I, *La costituzione economica*, Padova, CEDAM, 1977.

SEPE, O., “Ministeri (dir. amm.)”, *Enc. dir.*, vol. XXVI.

VESPERINI, G. (coord.), *La riforma dell’amministrazione centrale*, Milano, Giuffrè, 2005.