

**EL PRINCIPIO DEL BUEN FUNCIONAMIENTO: DESDE EL
METAJURÍDICO A LA LÓGICA DEL RESULTADO EN EL
SENTIDO JURÍDICO**

REPORT ANUAL - 2011 - ITALIA

(Abril 2011)

Prof. Mario R. SPASIANO

ÍNDICE

- 1. EL PRINCIPIO DEL BUEN FUNCIONAMIENTO: DE LA RELEVANCIA ORGANIZATIVA A LA ACCEPCIÓN RELACIONAL.**
- 2. EL BUEN FUNCIONAMIENTO COMO PRINCIPIO DE LEAL COOPERACIÓN.**
- 3. EL BUEN FUNCIONAMIENTO COMO PRINCIPIO DE CARÁCTER FUNCIONAL.**
- 4. LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DEL BUEN FUNCIONAMIENTO.**
- 5. EL BUEN FUNCIONAMIENTO, LA LÓGICA DEL RESULTADO Y LAS RECIENTES LEYES DE REFORMA.**

1. EL PRINCIPIO DEL BUEN FUNCIONAMIENTO: DE LA RELEVANCIA ORGANIZATIVA A LA ACCEPCIÓN RELACIONAL.

El párrafo primero del artículo 97 de la Constitución identifica en los principios de imparcialidad y del buen funcionamiento ¹, los fundamentales cánones jurídicos de referencia de la disposición de la organización y de la actividad de la pública administración. A pesar de eso, el principio del buen funcionamiento ha sido puesto por mucho tiempo en el ámbito del metajurídico, tanto desde el punto de vista de la doctrina² como de la jurisprudencia (en particular la constitucional). Las causas de esta circunstancia tienen que reconducirse por un lado a la escasa atención por parte de los especialistas de derecho administrativo, en lo tocante a los asuntos de la organización pública; por otro lado, al bien conocido repudio de la importancia jurídica de todos esos conceptos que no se hallan inmediatamente entre los tradicionales cánones de dirección de la actividad administrativa, en su sentido legalista-formal. En efecto, si la doctrina penal nunca ha desconocido el carácter jurídico a principios como “las buenas costumbres” o como el “común sentido del pudor”, desde siempre considerados parámetros de evaluación de conductas que comprenden hechos jurídicos ilícitos (cuyos contenidos necesitan y pueden adaptarse a las circunstancias históricas del tiempo en el que se invoca sus aplicaciones), los juristas administrativistas han viceversa tendencialmente adscrito en el área de lo “mínimo jurídico” el buen funcionamiento, cuya consideración, en una visión claramente

¹ Una reconstrucción de la evolución histórico-jurídica del principio del buen funcionamiento sobretodo bajo el perfil organizador se encuentra en M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale – Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Nápoles 1995, en particular 223ss.

² Sobre el perfil apuntado, cfr. P. Barile, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, en *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padua 1958, IV, 136; N. Speranza, *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, en *Foro Amm.* 1972, II, 86.

reductora, a menudo se dejó involucrar en la descuidada materia de las ciencias de la administración, y por lo tanto “no digna” de ponerse al nivel del derecho³, o como más, englobada en el sentido jurídico de imparcialidad de la acción administrativa, renunciando a todo buen propósito de hallazgo de una específica autonomía conceptual.

Hasta la Corte Constitucional ha tradicionalmente enseñado su incomodidad para ejercer su propio sindicado bajo el perfil del buen funcionamiento, preferiendo más atrincherarse en el respeto del poder discrecional del legislador⁴. Y desde una perspectiva correspondiente plenamente a la posición así descrita como apartada del Órgano Consultivo también el Consejo de Estado ha seguido definiendo, todavía en 1980, el principio debatido como “canon propio del ordenamiento particular de la administración y no una regla del ordenamiento general”⁵.

Bajo un perfil que es sólo por apariencia diferente, por mucho tiempo se ha por otra parte debatido sobre la relevancia organizadora y/o funcional del principio del buen funcionamiento.

La doctrina prefería reconocer en la disposición del art. 97 Const. principios de valencia funcional, aún más considerando que la organización pública, hasta recientemente, ha constituido “*objeto de descripciones morfológicas, no de conocimiento teórico, y de manera contraria, la tesis según la cual la materia de la organización no afectara la ciencia del derecho, como que las normas a ella relativas no produjeron situaciones jurídicas subjetivas o intersubjetivas, estaba muy difundida*”⁶.

³ En términos, C. De Seta, *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, en *Ammin. e Contab.* 1985, 27; G. D'Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, 268ss.

⁴ Corte Const. 3 de marzo de 1959, n. 9, en *Giur. Cost.* 1959, 237.

⁵ Consejo de Estado, Sección IV, 16 de mayo de 1980, n. 504, en *Giur. It.* 1981, III, 21.

⁶ M.S. GIANNINI, en *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1958, 236.

Sólo elaboraciones más modernas (y deliberadas) han sabido llegar a una concepción más amplia, capaz de considerar relevante, bajo el perfil jurídico, el aspecto organizador de los cargos públicos⁷, valorizando la necesaria correlación entre el estado estructural y el estado funcional de la acción pública: es decir, al final, que una acción eficaz, rápida, proporcionada, no puede que constituir el resultado de una organización (estado estático) inspirada arriba por dichos criterios.

Además, el Órgano Constituyente también había evidenciado el reconocimiento de un innegable enlace entre la disposición de la organización y el ejercicio de la acción, cuando había establecido, en la interpretación del párrafo primero del artículo 97 y también en la esencialidad de la tesis destinada a revisar la legitimidad de los diferentes modelos de administración pública⁸, que imparcialidad y buen funcionamiento tenían que considerarse los términos de una única proporción destinada a concebir una “manera” de organizar los cargos públicos, para intentar valorizar una idea bidimensional del principio, es decir como un instrumento de organización racional y objetivo de la acción administrativa.

Verdaderamente, en la Asamblea Constituyente no fueron pocos los especialistas que habían declinado la oportunidad de la transposición del principio de buena administración en una pertinente disposición. Pero, acabó imponiéndose la orientación muy bien resumida por Guido Falzone en su obra de 1953 según la cual la acción pública tenía que ser útil para la comunidad “*no para ser hecho de administración, sino para ser hecho de buena administración así como quiere el derecho*”⁹, adjudicando así un tipo de fuerza jurídica al deber mismo.

⁷ R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, en AA.VV. *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, I, 397ss.

⁸ Sobre la multiplicidad de los modelos de administración pública existentes en el texto constitucional, M. NIGRO, en *La Pubblica amministrazione fra Costituzione materiale e formale*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1985, I, 163.

⁹ G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milán 1953.

Por otro lado, tenemos que reconocer que se necesita considerar la juridicidad de las normas constitucionales en una visión más amplia que la de las otras normas legislativas que contemplan semejante principio como que “*donde su contenido atribuye una relevancia o determina un principio o una decisión, la juridicidad se resuelve en un deber ser, ..., que conlleva un valor preceptivo, tanto como acción que como límite, para la conducta de los individuos*” (Amorth) ¹⁰.

A pesar de que la doctrina haya continuado produciendo elaboraciones bastante diferentes y fragmentarias, con disertaciones que por otra parte no renunciaban a enmarcar el principio del buen funcionamiento en el ámbito del metajurídico (o a adjudicarle una relevancia limitada a la organización del empleo público, casi como si el artículo 97 de la Constitución fuese destinado a agotar su eficacia en ese ámbito), en la jurisprudencia en materia administrativa, sobretodo de primer grado durante los años 70 empezó a emerger una gradual y siempre mayor conciencia de la circunstancia que la norma constitucional cuanto menos imponía al legislador de realizar una organización de los cargos de manera que se garantizara, además, la efectiva tutela de la “*exigencia superior*” del buen funcionamiento. En este contexto, para la primera vez, se advirtió que si es incuestionable que el legislador tenga una amplia discrecionalidad, más bien de libre juicio en lo tocante a elecciones sobre la justa disposición estructural y gestional de los cargos públicos, de todas maneras el caudal del buen funcionamiento llama ontológicamente los principios de logicidad, no arbitrariedad, criterio y medida, como parámetros substanciales para evaluar la efectiva correspondencia de los modelos legislativamente ratificados con los cánones establecidos por parte del principio mismo del buen funcionamiento ¹¹.

¹⁰ A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, (1946), Bologna 1981.

¹¹ Verdaderamente la orientación del Consejo de Estado no estaba por cierto priva de contradicciones e incertidumbres. P. CALANDRA, en el estudio *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, en *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milán 1987, I, 158, subraya que el Consejo de Estado a menudo tendía a definir el principio del buen funcionamiento como “*canon propio del ordenamiento específico de la administración y no regla del ordenamiento general*”. Ni a diferentes consideraciones nos lleva la jurisprudencia de la Corte

Bajo esta idea, tuvo una importancia particular la sentencia del Pleno del Consejo de Estado número 2 de 1972¹², con la cual se subrayó que donde fuera "*legislativamente puesto un sistema organizativo que haga posible, hasta sólo de manera abstracta, no honrar los principios del buen funcionamiento y de la imparcialidad, las normas del sistema mismo no se pueden considerar constitucionalmente legítimas*".

La sentencia, en verdad, a pesar de que se apartara de la tarea – que no es en efecto fácil - de encarar y definir el posible contenido del principio del buen funcionamiento, subrayaba – aunque no podamos saber con que grado de real conciencia - la relevancia del principio considerado bajo el perfil de la organización ya no meramente estática sino relacional.

Después de la dicha sentencia, de hecho, la jurisprudencia administrativa, aunque con oscilaciones y reflexiones, fue favorable a reconducir el contenido del principio del buen funcionamiento al hallazgo de la correcta relación entre niveles de gobierno, mejor dicho, entre elecciones legislativas (o también de la administración en el ejercicio de su actividad de programación) y actividad administrativa.

La doctrina que en los años 70 trató ahondar en el estudio del buen funcionamiento propio con relación al perfil de la conexión entre niveles de gobierno, encontró en los estudios de Sepe (1975)¹³ y de Andreani (1979)¹⁴ los aportes más

Constitucional: en lo tocante a esto, cfr. U. ALLEGRETTI, *Corte Costituzionale e Pubblica Amministrazione*, en *Le Regioni* 1982, 1186; M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, en G. DELLA CANANEA y M. DUGATO (al cuidado de), *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, Nápoles 2006, 163ss.

¹² Pleno del Consejo de Estado 22 de febrero de 1972, n. 2, en *Riv. Cons. Stato* 1972, I, 77.

¹³ O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milán 1975.

¹⁴ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padua 1979.

importantes. Ambos los especialistas consideraban el principio encarado como una expresión de la fundamental función de dirección gubernativa, mejor dicho de coordinación de los diferentes poderes públicos y niveles de gobierno.

A las hipótesis de estos autores no sólo se les da el mérito de aporte de justicia de las orientaciones expresadas por los que precedentemente habían negado la relevancia organizativa del principio examinado, sino sobretodo ellos tienen el mérito de haber proyectado el principio del buen funcionamiento hacia una dimensión contextualmente unitaria y relacional del ordenamiento, luego aún más confirmada por la siguiente evolución jurisprudencial y normativa.

En vero, no se puede olvidar que ya en 1968 la teoría de la así llamada procedimentalización del buen funcionamiento, propuesta por Berti¹⁵, había sentado las bases del pensamiento ahora rellamado. Pero en las páginas del difunto jurista, la noción racional del buen funcionamiento respondía aún a reglas de carácter formalista, como si el enlace entre las entidades titulares de autoridades públicas encontrase satisfacción sólo porque reglamentado en el ámbito de una secuencia, precisamente, procedimental. Y, por lo contrario, con la experiencia maturada durante los años siguientes a la institución de reales instrumentos para la coordinación intersubjetiva, parece claro que el contenido del principio del buen funcionamiento no agota, en relación a este perfil, su propio valor en la formal consideración de la mayoría de los intereses públicos y particulares posibles, sino va a representar un "*precepto funcional de contenido substancial*" (Andreani), para el logro de prácticos resultados de enlace entre las instituciones.

En otras palabras, el principio del buen funcionamiento, considerando la relevancia organizativa que tiene, es principio jurídico substancial como expresión típica de "eficiencia pública"¹⁶, es decir necesidad de tutela precisa y efectiva de todos los intereses

¹⁵ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padua 1968

¹⁶ Sobre la eficiencia pública, M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale*, ob. cit., en particular 234ss.

encomendados a la consideración de cada nivel de gobierno, admitiendo, obviamente, las exigencias de arbitraje, síntesis y unitariedad ínsitas en el equilibrio entre subsidiariedad y adecuación atribuidas a la evaluación discrecional de la administración.

Bajo un perfil diferente, necesitamos también indicar que al principio del buen funcionamiento en el sentido relacional (y a las instituciones que lo representan concretamente) el ordenamiento ha algunas veces reconocido la molteciplidad de contenidos y objetivos: a veces, subrayando la respondencia a criterios de economicidad (respondencia a parámetros de menor coste o de simplificación de la acción administrativa); otras veces, exaltando su eficacia y eficiencia (objetivo de más elevados *estándares* de calidad de los resultados); y otras veces, poniendo en evidencia las finalidades de garantías (satisfacción de las expectativas expresadas por las varias comunidades y coordinación entre los relativos intereses)¹⁷.

Propio este último perfil ha adquirido en el tiempo particular relevancia, llegando a ser medida de referencia del grado de aprobación democrática de la actividad administrativa ejercida por los varios niveles de gobierno, en una perspectiva según la cual, como subrayado por la Corte Constitucional en la histórica decisión número 123 de 1968¹⁸, de verdad el principio del buen funcionamiento se hace importante, como "*bisagra de la vida administrativa y luego condición del desarrollo de la vida social*".

2. EL BUEN FUNCIONAMIENTO COMO PRINCIPIO DE LEAL COOPERACIÓN.

¹⁷ Sobre estos perfiles, véase G. PASTORI, *La burocrazia*, Padua 1967, 91.

¹⁸ Corte Constitucional, 9 de diciembre de 1968, n. 123, en *Giur. Cost.* 1968, 2151.

La conciencia gradualmente adquirida de la juridicidad del principio del buen funcionamiento y de su valor también bajo el perfil relacional entre los diferentes niveles de gobierno, ha consituido el *humus* sobre el que – también - se ha implantado la elaboración del principio de leal cooperación, de origen jurisprudencial y ahora – como es conocido – considerado también en el texto constitucional (artículo 120 Const.)¹⁹.

Aquí no queremos volver a recorrer el largo y tortuoso *iter* evolutivo del principio debatido que representa el resultado, en nuestro ordenamiento, de la tentativa de elaboración, por parte de la Corte Constitucional, de un modelo cooperativo basado en una lectura sistemática del reparto de competencias entre Estado, Regiones y (luego también) entidades locales. Basta, por lo contrario, sólo con subrayar que la jurisprudencia del órgano consultivo, con la contribución decisiva de ZAGREBELSKY, ha actuado según una doble idea de la manera de interpretar la cooperación entre niveles de gobierno: por un lado, notando la exigencia de un modelo cooperativo que quiere la coparticipación de las Regiones en las funciones del Estado y viceversa; por el otro lado, afirmando la utilidad, en las hipótesis de competencias sobrapuestas o confinantes entre varios sujetos del ordenamiento, de instrumentos que favorezcan la codecisión o, de todas maneras, el involucramiento de todas las entidades interesadas en el proceso decisional de interés común.

El buen funcionamiento luego ha constituido una importante aunque no exclusiva base constitucional del principio de leal cooperación.

¹⁹ En lo tocante a esto, véase el ensayo de A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione, che propone un'interessante ricostruzione storica*, con amplia bibliografía, en *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003* (al cuidado de E. BETTINELLI – F. RIGANO), Turín 2004, 426ss.

La sentencia número 214 de 1988²⁰ del órgano consultivo por primera vez califica el principio de leal cooperación justo como corolario del más amplio principio constitucional del buen funcionamiento, fuente de inspiración y de legitimación de disposiciones normativas aptas para crear instrumentos o, de todas maneras, formas de enlace o de coordinación paritaria (entendimientos, consultas, etc.) entre Estado y Regiones.

Por otra parte es claro que, faltando uniformidad y sobretodo coordinación de la acción de los diferentes niveles de gobierno, las finalidades de eficiencia de toda la administración pública, propias del buen funcionamiento, acabarían por quedarse – también según el órgano consultivo – “objetivos lejos e inalcanzables”, aún más en un ordenamiento pluralista, costantemente llamado a conseguir la composición de intereses de las diferentes comunidades que lo componen.

Dichas premisas anticipan las razones de una nueva interpretación del principio mismo de subsidiariedad, según la cual si la interferencia entre competencias es causa de impedimento de una precisa distribución de funciones entre los poderes públicos, en lo tocante al interés público a garantizar, el aparato administrativo tiene que actuar por formas de cooperación institucional.

Es verdad que la perspectiva dialógica “subsidiariedad- leal cooperación” supone un modelo de autonomismo no competitivo, que no está tanto basado en una clara separación de las competencias, sino en el hallazgo de instrumentos aptos para permitir un diálogo y una cooperación prácticos y eficaces cada vez que surgan intereses en conflicto, justo de diferentes niveles de Gobierno. Y la doctrina²¹ – como es conocido – no ha perdido la ocasión para reconocer que la funcionalidad de semejante modelo queda atada a la

²⁰ Corte Constitucional, 25 de febrero 1988, n. 214, en www.cortecostituzionale.it

²¹ M. CAMMELLI (al cuidado de), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bolonia 2007.

garantía de una adecuada participación de todos los niveles de gobierno implicados en los procedimientos, a la determinación de la decisión final.

También la Corte Constitucional se ha orientado hacia esta dirección en la importante sentencia número 303 de 2003²² donde ha prospectado la extensión del principio de subsidiariedad en el sentido dinámico y de los procedimientos (también en lo tocante al ejercicio del correspondiente poder legislativo de organización de la función): a la presencia de exigencias unitarias, la atribución del poder decisional a nivel del estado se puede considerar constitucionalmente legítima siempre que haya *“una disciplina que prefigure un iter en el que tienen la debida importancia las actividades de forma concertada y de coordinación horizontal, o sea los entendimientos, que tienen que conducirse según el principio de lealtad”*.

Bajo otro perfil, parece evidente que el principio de leal cooperación como expresión dinámica relacional del buen funcionamiento se impone no sólo a la administración estatal sino también tanto a la de las regiones como a la de las entidades locales, quienes no pueden ni discordar inmotivadamente por actuaciones obstruccionistas con capacidad de detener el ejercicio de la función estatal sin adecuadas razones²³.

Desde esta consideración, la exigencia de hallar un método de superación del disenso injustificado, para evitar inútiles retrasos con la capacidad a veces hasta de minar la funcionalidad misma de la acción administrativa. Además, la leal cooperación ínsita en el entendimiento tampoco excluye *a priori* la posibilidad de prever, por el legislador, procedimientos aptos para superar posibles situaciones de estancamiento. Aquí luego la oportunidad, justo en el nombre del principio del buen funcionamiento, de llegar a la

²² Corte Constitucional, 1 de octubre de 2003, n. 303, en www.cortecostituzionale.it, con comentario de A. MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, en *Riv. informatica federalismi.it*.

²³ Corte Constitucional 11 de enero de 1993, n. 6, en www.cortecostituzionale.it

previsión de intervención sustitutiva, sea como las de tipo previsto por el segundo párrafo del artículo 120 de la Constitución, sea como las de tipo previsto por las leyes ordinarias estatales o regionales. Poderes sustitutivos aptos para garantizar el efectivo ejercicio de la función administrativa pero según rigurosos límites y condiciones que la jurisprudencia misma de la Corte Constitucional ha claramente indicado para limitar su uso en las solas hipótesis previstas por la leyes en las cuales se encuentre una concreta y grave amenaza para el buen funcionamiento de la actividad de la pública administración: tiene que tratarse, como es conocido, de actividades sin carácter discrecional en el *an*²⁴; se necesita de todas maneras respetar los principios de subsidiariedad y de leal cooperación²⁵; es necesario que el sujeto inerte, competente en vía ordinaria, pueda evitar la sustitución por el autónomo cumplimiento²⁶.

3. EL BUEN FUNCIONAMIENTO COMO PRINCIPIO DE CARÁCTER FUNCIONAL.

Como apuntamos antes, el reconocimiento de la importancia del buen funcionamiento, tanto como organización que como coordinación entre los poderes

²⁴ Corte Constitucional 16 de julio de 2004, n. 227, en www.cortecostituzionale.it

²⁵ Corte Constitucional 2 de marzo de 2004, n. 73, y también 14 de mayo de 2004, n. 140, ambas en www.cortecostituzionale.it

²⁶ Corte Constitucional 2 de marzo 2004, n. 70, en www.cortecostituzionale.it

públicos no ha agotado el empujón, ejercido sobretudo por la doctrina, hacia la búsqueda de un valor específico funcional del principio debatido²⁷.

Es en esta nueva perspectiva que el sentido del buen funcionamiento ha sido en vía preliminar acercado a la evaluación global de la actividad desarrollada por la administración, incluyendo en eso la evaluación de la legitimidad y hasta del mérito de la conducta, como que ambos se consideran indisolublemente conectados entre ellos en la evaluación de la justicia y de la bondad de la acción administrativa: por un lado, el aspecto normativo-formalístico, que expresa la “regularidad” de la potestad ejercida, por otro lado el aspecto práctico y con contenidos, que subraya la adecuación de la elección hecha²⁸.

Como ya apuntado, el buen funcionamiento ha sido objeto de una interpretación destinada a subrayar su valor de instrumento para mejorar el rendimiento del aparato público, aquí juntado con el criterio de eficiencia de la obra de la pública administración²⁹.

La noción de eficiencia ha sido considerada por mucho tiempo antinómica con respecto a la exigencia de afirmación del principio de legalidad en todas sus articulaciones e implicaciones. Esta tendencia³⁰ constituye en vero la consecuencia de una idea sólo economista de la eficiencia, lo concreto de la transposición en el ámbito del derecho administrativo de un concepto empresarial sin ningún proceso de adaptación.

²⁷ En lo tocante a este tema, véase R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir e proc. amm.* 2010, 31 ss.

²⁸ C. De Seta, ob. cit., 27.

²⁹ Sobre este tema, cfr. A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, en M.A. Sandulli (al cuidado de), *Codice dell'azione amministrativa*, Milán, 2011, 22ss.

³⁰ J. Wieland, *L'autonomia dei comuni nel difficile rapporto tra efficienza dell'amministrazione e vicinanza al cittadino*, en *Foro Amm.* 1993, 1728 ss.

Con esta visión, tenemos que compartir la observación según la cual la aplicación de la eficiencia a la acción de los poderes públicos “*objeta a la historia de nuestra administración, ignora la finalidad de una disciplina que ha funcionado durante más de cien años*”³¹.

La adaptación que citamos, de todas maneras, no puede que seguir el hallazgo de la específica pregnancia axiológica del criterio de eficiencia.

En lo tocante a esto, necesitamos apuntar que en doctrina no faltaron los quienes pusieron dudas radicalmente sobre la posibilidad de hallar contenidos específicos y concretos en los cuales el buen funcionamiento pudiera expresarse en términos funcionales³².

A conclusiones completamente diferentes llegaba por lo contrario la mayoría de los especialistas iuspublicistas que encontraba en el buen funcionamiento una noción de eficiencia como atribución a la pública administración de medios jurídicos elásticos aptos para permitir un mejor proporcionamiento de la actividad abastecida con respecto a la finalidad preestablecida³³. Entonces, se daba a la ley la carga de preparar dichos medios, (potencialmente) idóneos para conseguir de manera congrua el objetivo preestablecido; esto permitía establecer, entre norma y organización, una relación necesariamente dúctil, con la capacidad de garantizar a la última la posibilidad de ejercer su acción con métodos y responsabilidades adecuados. Además, si la legalidad constituye el parámetro de la acción, la eficiencia integra su resultado, en el sentido que el punto de vista por tradición garantista de la administración estaba integrado por una ineludible exigencia de la congruidad de la acción: la administración ya no es una mera ejecución de la ley porque ha cambiado la

³¹ G. Guarino, *Quale amministrazione?*, Milán 1985, 111.

³² En esta dirección, M.S. Giannini, entrada *Organi*, en *Enc. del Dir.* XXXI, Milán 1981, 43.

³³ M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, 85

relación entre poder y sociedad y la misma Constitución impone la realización de un aparato de servicio con la capacidad de realizar y garantizar la igualdad substancial³⁴. Si por lo tanto, la eficiencia se hace concreta en una relación entre instrumentos y objetivos, entendimos que su afirmación supone en primer lugar la consideración de la funcionalidad operativa de las estructuras propuestas al ejercicio de la actividad administrativa: esta es una tarea que afecta tanto al legislador como a la administración, en particular en lo tocante al ejercicio de los poderes de estatuto (donde previstos) y de reglamentos.

La percepción difundida de la exigencia de una administración con la capacidad de cumplir efectivamente con sus propios deberes, como instrumento de desarrollo y de tutela de la persona más que como obstáculo a la realización de derechos e intereses de los individuos, ha llevado, además, a la adopción de la ley sobre el procedimiento administrativo, la ley número 241 de 1990, cuyas importantes y numerosas modificaciones e integraciones son muy bien conocidas. Esta norma puede constituir un válido soporte a la presente investigación si es verdad que ha establecido los parámetros generales dentro los cuales tiene que actuar la acción administrativa. La ley número 241/90 con siguientes modificaciones e integraciones, establece en el artículo 1 que *“La actividad administrativa ... se basa en criterios de economicidad, eficacia, imparcialidad, publicidad y transparencia según las modalidades previstas por esta ley y por las demás disposiciones que disciplinan los singulares procedimientos, y también por los principios del ordenamiento comunitario”*. De esta manera, si se llama la atención explícitamente sobre la imparcialidad, el principio del buen funcionamiento entra en la ley sobre el ejercicio de la actividad administrativa de manera mediata, es decir sólo por la consideración de los términos de economicidad y eficacia.

Sobre la economicidad se pueden encontrar por lo menos tres acepciones: una organizativa, una funcional y una contable. Pronto tenemos que decir que por cierto no se

³⁴ P. Calandra, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, en *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milán 1987, I 157s.; N. Speranza, *Governo e pubblica amministrazione nel sistema costituzionale italiano*, Nápoles 1971, 89.

puede considerar inspirada por el criterio de economicidad organizativa una administración en la cual no se encuentren la distribución infraorgánica e interorgánica de las competencias de manera clara y lineal. Lo mismo podemos afirmar, bajo el perfil funcional, para una acción administrativa que actúe por *iter* procedimentales tortuosos, hechos peores por pasajes superfluos, repetitivos, hasta inútiles. Tampoco es económica una administración que no cuide la cobertura financiera de sus propias deliberaciones de expensa o que omita considerar en una evaluación comparativa los beneficios (también sociales) alcanzables con respecto a las cargas asumidas. Luego, podemos considerar que el criterio de economicidad pida también la autonomía financiera (posiblemente también la del impuesto) de la administración agente, fuente ineludible de responsabilidad.

Pero la noción de economicidad implica también algo más: este principio se define de hecho con otros sentidos que rellaman los conceptos de especialización y adecuación de la acción administrativa. El primero tiene que ser considerado en el sentido que los aparatos administrativos tienen que tener a su disposición instrumentos de *governance* idóneos para conseguir los resultados previstos. La segunda acepción permite, por lo contrario, adentrarse en la investigación de un ulterior parámetro de referencia que se pueda de alguna manera llevar a la noción de eficacia administrativa. En términos generales, ella expresa la relación entre objetivos preestablecidos y resultados logrados y luego la capacidad de un sistema para realizar concretamente el programa político/administrativo predeterminado. Más específicamente, en el ámbito del derecho público, la eficacia puede luego definirse como la capacidad de un poder público de realizar exactamente esas finalidades que el ordenamiento le asigna.

Verdaderamente, también la publicidad y, por último, la transparencia – ambos criterios apuntados en el artículo 1 de la ley modificada n. 241/1990 cit. - contribuyen a la composición de manera integrada y unitaria, del complejo sentido del buen funcionamiento. En lo tocante a esto, la publicidad, considerada como mero respeto formalista de reglas de difusión de la información por cierto no constituye un síntoma de precisión administrativa, por lo menos hasta que no sea asociada a la transparencia. El uso de instrumentos generalmente tradicionales de publicidad (como por ejemplo la publicación en diarios y boletines), tanto como el acceso de información surgen a lo sumo, en algunos casos, como

verdaderos medios de ocultación o de distorsión de la realidad representando instrumentos de comunicación poco o para nada fruibles por parte del ciudadano común o a veces hasta por parte de los operadores jurídicos mismos. Luego, se hace necesaria, para una acción inspirada por el buen funcionamiento, una configuración de la transparencia³⁵ en calidad de condición de real conocimiento de actos y de actuaciones de la pública administración (por parte de sujetos externos), en lo tocante a las relativas razones inspiradoras y a las finalidades conseguidas.

La relación de la transparencia con el buen funcionamiento (y la imparcialidad) del que constituye un lógico e indefectible corolario, parece evidente: ella juega una función esencial de tutela y de garantía de todos los intereses implicados en la obra de la pública administración.

Desde diferente perfil, podemos también apuntar que las prerrogativas propias de una administración inspirada por el principio del buen funcionamiento determinan también una percepción del fenómeno participativo en una dimensión estructural, hasta antes que procedimental, del sistema³⁶ íntero. Semejante dimensión brota por lo menos de dos factores contextuales de tipo jurídico; en primer lugar la importancia constitucional que tiene el principio de subsidiariedad horizontal que evidentemente compromete el poder administrativo en una lógica ontológicamente dialógica, justo por la prioridad de autorregulación en todo ámbito de intervención de relevancia pública con respecto a la posibilidad de creación de un poder autoritativo (que, de hecho, se legitima sólo donde la sociedad o el mercado no tienen la capacidad de alcanzar de manera autónoma una disposición equilibrada de los intereses). Bajo otro perfil, la ley número 241/1990 impone

³⁵ M.R. Spasiano, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, en *Studi in onore di Spagnuolo Vigorita*, Nápoles, 2007, III, 1435.

³⁶ Sobre la dimensión estructural de la participación, véase M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, en *Atti del Convegno dell'Università degli Studi di Catanzaro, Copanello, 6 – 7 luglio 2001*, Turín 2002, 163ss.

al poder administrativo de “estructurarse” de manera dialógica para permitir la aplicación de todas esas entidades que gestionan la participación en los procedimientos.

En esta perspectiva, se ejecuta esa relación de constante simbiosis entre las diferentes componentes del ordenamiento, una relación que si durante la programación se exalta en su más amplia manifestación (aunque con las limitaciones persistentes de la ley número 241/90), adquiere una particular importancia y vivacidad también en la fase ejecutiva.

Ya ningún fundamento puede hacer alarde de esa orientación dirigida a prospectar un insuperable contraste entre la realización de una administración eficaz y una administración participativa³⁷. Podríamos debatir sobre el hallazgo de formas de participación más oportunas y modernas en los procedimientos administrativos, pero ningún especialista de la disciplina podría discutir sobre la increíble capacidad de la participación de eruirse como una auténtica fuente de legitimación del poder³⁸, condición indefectible de una acción administrativa eficaz.

La disponibilidad de la administración para destacar y considerar todos los intereses implicados en su acción no encuentra luego una limitación en la eficacia sino se califica por ella traduciendo en la exigencia de evaluar de manera seria y rápida los intereses importantes y sólo los hechos y las circunstancias estrechamente relacionados con el objeto del procedimiento.

Hasta desde el final de los años 50, una doctrina acreditada reconocía que la organización pública trabaja para satisfacer de manera concreta las necesidades para las que

³⁷ E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Perugia 1984, I, 36ss.

³⁸ M.R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, en *Dir.amm.*, 2002, 283 ss.

está creada por el legislador³⁹. Desde este punto de vista, deducimos que el buen funcionamiento (como la imparcialidad) constituyen un criterio de ejecución dirigido para hacer reconocible, por la comunidad, un poder público que, como tal, tiene la capacidad de conseguir utilidad para el interés público.

En otras palabras, la administración tiene la capacidad de hallar y realizar concretamente, por el filtro del buen funcionamiento el interés común determinado sólo de manera abstracta o de todas maneras delineado por la ley. Este interés no será sólo la suma algebraica de intereses parciales, sino la justa consideración y ponderación de ellos: en semejante perspectiva, el abstracto y a menudo parcial interés legislativamente determinado, baja a la realidad, se enriquece en contenidos y se hace perfecto dando cumplimiento a las exigencias concretas de los administrados hasta llegar a ser “regla del caso”⁴⁰, mejor dicho justo interés⁴¹.

Buen funcionamiento e imparcialidad se definen y se completan mutuamente bajo el perfil de recíproca garantía, produciendo así una relación de correspondencia biunívoca. Considerando de manera equilibrada y común los dos principios, posibles conflictos entre exigencias de actuación del poder y exigencias de garantía de las situaciones subjetivas implicadas en la acción encuentran una solución preventiva, combinandose de esta manera los principios de eficiencia y de solidaridad, en un delicado y dinámico equilibrio de valores que encuentra una adecuada composición propio en la fase ejecutiva del poder⁴².

³⁹ V. Ottaviano, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milán 1958, 9.

⁴⁰ M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, en *Dir.amm.*, 2000, 131 ss.

⁴¹ G. Berti, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padua, 1986, 160

⁴² Para V. Bachelet, en *L'evoluzione della pubblica amministrazione, en L'amministrazione in cammino – Guida agli scritti giuridici di V. Bachelet*, Milán 1984, 69 s, “No podemos olvidar que nuestra Constitución impone, con el buen funcionamiento (...), también la imparcialidad de la administración: la cual por cierto tiene muchas componentes de equidad, de justicia, de exacta y humana comprensión de las situaciones; pero tiene también como

Esta perspectiva impide también relegar la imparcialidad a un mero signo formal y nominalístico⁴³ y rebajar el buen funcionamiento a un simple compromiso intersubjetivo entre partes implicadas en diferentes intereses⁴⁴.

La perspectiva enunciada conecta el artículo 97 Const. y, en particular, el principio del buen funcionamiento en una visión amplia del ordenamiento que echa sus raíces en una lectura global de los principios fundamentales del texto consuetudinario. El ordenamiento administrativo tiene de hecho, como su objetivo último, la tutela del ciudadano (art. 3 Const.) y el pleno desarrollo de la persona humana por la efectiva participación de los

necesario soporte, la ejecución de la ley. Y esto aún más en una administración participativa, donde la ley, precisamente, tiene que tutelar la imparcialidad del servicio para los que pertenecen tanto a la mayoría como a la minoría de los usuarios”.

También G. FALZONE (*Il dovere di buona amministrazione*, ob. cit., 129) destacaba la existencia de un deber de buena administración como síntesis de imparcialidad y buen funcionamiento, impuesta por la Constitución. La A. de todas maneras frente a este deber no era capaz de configurar una correlada posición jurídica subjetiva de derecho para el ciudadano. Por tanto él estaba “obligado” a usar la bien conocida teoría de los intereses difusos, que, como es conocido, tratando de la colectividad en su conjunto, no encuentran otra tutela que la de genérica disponibilidad de la administración para encarar sus tareas: ahora la situación es completamente diferente, siendo ampliamente reconocida la legitimación para actuar de organismos representativos de intereses meta-individuales. Sobre este tema, R. Lombardi, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Turín, 2008.

⁴³ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, ob. cit., 33.

⁴⁴ G. Pastori, en *La burocrazia*, Padua, 1967, 224 ss. amplia el ámbito de los principios de imparcialidad y buen funcionamiento hasta considerarlos como calificadores de toda actividad de los ciudadanos en el área del derecho público, sin embargo precisando algo. Mientras que la imparcialidad – como posibilidad de evaluar todos los intereses – para soportar la aproximación no puede limitarse a tener una importancia organizativa, pero tiene que traducirse en regla de la actividad, el buen funcionamiento puede trasponerse *tout court*. “La aumentada importancia de esta regla y la progresiva aproximación de las actividades particulares y públicas desde este punto de vista, además se favorirán (...) también por la introducción de la técnica del obrar administrativo, que contribuye a la equiparación de hecho de los dos órdenes de actividad”.

individuos en la organización política, económica y social, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opiniones políticas. Por eso, se compromite a quitar toda diferencia que limite de hecho la libertad o la igualdad entre los ciudadanos, actuando de forma subsidiaria (art. 118 Const.). Y la persona humana a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 3 de la Constitución, es el individuo (art. 2 Const.) titular de derechos inviolables, tanto como persona individual, como en sus formas de vida asociada (art. 2) y de participación en las más amplias comunidades locales (art. 5), inevitablemente relacionado con otros individuos por un vínculo inderogable de solidaridad política, económica y social (art. 2 Const.).

La dimensión personalista y – a partir del vínculo de solidaridad –social de la pública administración afectan de manera importante sus disposiciones organizativas, desplazando el tradicional eje dialéctico autoridad-libertad hacia ese de eficiencia-garantía, cuya síntesis ofrecida por el artículo 97 Const. constituye la más acreditada (ya no única) expresión normativa.

Imparcialidad y buen funcionamiento, luego, aspectos complementarios de una realidad única, síntesis completa del concepto global de “buena administración” a la cual el ordenamiento democrático encarga – aunque no de forma exclusiva – la tarea de realizar las condiciones que permitan el pleno desarrollo de la persona humana, en un contexto en el que criterios como eficacia, eficiencia, economicidad, etc. acaban por tener contenidos y características claramente diferentes con respecto a los que los mismos conceptos tienen en sus ámbitos de origen (generalmente empresariales).

Esto no comporta, sin embargo, la confusión entre la “buena administración”, a la cual llegamos en virtud de reflexiones hechas hasta ahora, y la misma “buena administración” propia del ordenamiento europeo, cuyos sentidos específicos e importancia echan sus raíces en contextos completamente diferentes, que no podemos investigar en este estudio.

4. LA RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DEL BUEN FUNCIONAMIENTO.

La contribución ofrecida por la evolución de la jurisprudencia administrativa en el ámbito del buen funcionamiento ha llegado a tener, especialmente en los últimos años, contenidos muy interesantes, destinado por la mayoría a fortalecer el significado y la importancia, sobretodo en lo tocante a la funcionalidad de la actividad administrativa.

En este sentido la mayoría de la jurisprudencia administrativa ha vislumbrado en el buen funcionamiento la fuente a la que atar el deber de la administración pública para abastecer una adecuada y congrua razón en el ejercicio de algunas actividades, y esto aún antes que la ley número 241 del 1990 en el artículo 3 había ratificado de forma explícita la obligación⁴⁵. En esta perspectiva, la razón tiene que permitir a la parte interesada de entender de manera *exacta y fácil* las razones puestas como fundamento de la acción pública, también en aplicación del principio instrumental de transparencia⁴⁶.

El principio del buen funcionamiento ha sido además considerado expresión de la exigencia de una actividad procedimental indagatoria completa y “representante la realidad” que según la elaboración de algunas sentencias del Consejo de Estado⁴⁷ y de

⁴⁵ En términos, T.A.R. Toscana, Sec. III, 14 de septiembre de 2010, n. 5938, en Red. Amm. 2010, 09; T.A.R. Umbria, Sec. I, 29 diciembre de 2009, n. 832; Cons. Estado, Sec. V, 6 de diciembre de 2007, n. 6243, en Foro Amm. CDS 2007, 12, 3433

⁴⁶ En términos, Cons. Estado, Sec. IV, 22 de septiembre de 2005, n. 4983, en Foro Amm. CDS 2005, 9, 2570.

⁴⁷ Entre las otras, cfr. Cons. Estado, Sec. V, 10 de septiembre de 2009, n. 5424, en www.giustizia-amministrativa.it

Tribunales Administrativos⁴⁸ Regionales, no sólo tiene que constar de las razones formales y sustanciales de las determinaciones administrativas tenidas, sino tiene la capacidad de poner la participación al procedimiento de los sujetos interesados en una perspectiva de cooperación funcional para la emersión de los intereses considerables, para una seria y meditada consideración de los mismos para la determinación de la disposición final de subción en el auto⁴⁹.

También para la jurisprudencia administrativa – como detectado *supra* en las reflexiones de la doctrina – el principio del buen funcionamiento es sinónimo luego de economicidad en la particular acepción que tiene en el ámbito de las dinámicas públicas⁵⁰, es decir sobretodo como prohibición de inútil aumento de las cargas (meramente) formales del ciudadano⁵¹.

Una diferente e interesante perspectiva jurisprudencial pone el buen funcionamiento entre los principios guías de las elecciones que la administración tiene que hacer.

Desde este punto de vista, puede tener coherencia con eso la disposición para avanzar cesiones inmobiliarias preordinadas para la búsqueda de recursos aptos para satisfacer prioritarios intereses de la comunidad tanto en el caso de cesiones para los actuales titulares como por la reducción de los precios, para facilitar la rapidez de los

⁴⁸ T.A.R. Lombardia, Milán, Sec. I, 3 de marzo de 2010, n. 496, en Foro Amm. TAR 2010, 3, 755; T.A.R. Lazio, Roma, Sec. II, 24 de octubre 2007, n. 10748, en Foro Amm. TAR 2007, 10, 3090.

⁴⁹ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sec. I, 7 junio de 2007, n. 1627, en Il merito 2007, 65; T.A.R. Sicilia, Catania, 30 de enero de 2007, n. 179, en Foro Amm. TAR 2007, I, 297.

⁵⁰ Cons. Estado, Sec. IV, 27 de julio de 2010, n. 4910, en Dir. & Giust. 2010

⁵¹ Cons. Estado, Sec. V, 27 de marzo de 2009, n. 1840, en Foro Amm. CDS 2009, 10, 2343.

ingresos, como también favoreciendo los ingresos en la hipótesis de venta al precio de mercado en detrimento de los tiempos de realización⁵².

En algunas hipótesis el principio del buen funcionamiento impone el ejercicio preliminar de evaluaciones discrecionales para el hallazgo de la mejor solución posible, de tipo organizativo o funcional, donde se encuentren diferentes hipótesis de decisión⁵³. En este sentido, por ejemplo, ha sido considerado como fuente de la obligación de evaluación de la compatibilidad, también por la comprobación de competencia, de una iniciativa económica particular con la más correcta disposición de un servicio público⁵⁴; el buen funcionamiento consiste (también), de hecho, en el “poder-deber atribuido a la administración de aprestar las medidas y los instrumentos más adecuados, oportunos, congruos, eficientes y eficaces para alcanzar de manera efectiva y correcta el interés público concreto”⁵⁵.

Tras algunas orientaciones expresadas por la Corte Constitucional (cfr. sentencias números 233 de 2006 y 103 - 104 de 2007; en último, números 34, 81 y 224 de 2010), el principio del buen funcionamiento ha sido considerado un pilar sobre el que se sustentan las necesarias garantías procedimentales para impedir, además, el uso de mecanismos automáticos de caducidad o sustitución de altos dirigentes, por razones de tipo político de

⁵² Cons. Estado, Sec. VI, 28 de abril de 2010, n. 2428, en Dir. & Giust. 2010.

⁵³ Cons. Estado, Sec. VI, 10 de febrero de 2010, n. 668, en Dir. & Giust. 2010.

⁵⁴ En términos, Cons. Estado, Sec. V, 17 de febrero de 2010, n. 915, en Foro Amm. CDS 2010, 2, 382.

⁵⁵ Cons. Estado, Sec. V, 15 de marzo de 2006, n. 3568, en Foro Amm. CDS 2006, 3, 872; Cons. Estado, Sec. IV, 22 de octubre de 2004, n. 6972, en Foro Amm. CDS 2004.

alternación (según el así llamado principio del *spoil system*) de diferentes grupos políticos⁵⁶.

Por último, luego, si – como hemos notado – el buen funcionamiento representa el principio de transparencia y de prohibición de aumento de cargas para el ciudadano, también como alivio del ejercicio de acciones judiciales no necesarias⁵⁷, parece también expresar indirectamente formas de privilegio, por el ordenamiento general, hacia un tipo de tutela restitutoria en detrimento de la resarcitoria patrimonial, que tiene que considerarse subsidiaria con respecto a la primera también por lo dispuesto en el artículo 24 Const⁵⁸.

El nuevo contexto delineado por la interpretación jurisprudencial del buen funcionamiento ofrece una nueva dimensión jurídica a los criterios de eficacia, eficiencia y economicidad de la acción administrativa, todavía antes y prescindiendo del dictado legislativo en el artículo 1 de la ley número 241 de 1990, la cual en realidad enseña la incorporación de las orientaciones expresadas en particular por la autoridad de la administración y de la auditoría⁵⁹.

Por otra parte, la eficacia del principio debatido prescinde de la forma de ejercicio de la función pública, extendiéndose también a la hipótesis de uso de estructuras de orden privatístico⁶⁰, considerando la circunstancia que la acción de la pública administración

⁵⁶ T.A.R. Sardegna, Sec. I, 21 de mayo de 2010, n. 1240; Cons. Estado, Sec. V, 16 de octubre de 2007, n. 5388, en *Ragiusan* 2008, 291, 37; T.A.R. Campania, Nápoles, Sec. V, 3 de abril de 2006, n. 3316, en *Com. It.* 2006, 6, 88.

⁵⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sec. II, 8 de junio de 2009, n. 5449, en *Foro Amm.* TAR 2009, 6, 1769.

⁵⁸ Cons. Estado, Sec. IV, 10 de diciembre de 2009, n. 7744, en www.giustizia-amministrativa.it; *ib.*, 22 de junio de 2006, m. 2066, en *Foro Amm.* 2006, 6, 1771; *ib.*, 22 de octubre de 2004, n. 6959, en *Foro Amm.* CDS 2004, 2855.

⁵⁹ Tribunal de cuentas, Reg. Campania, Sec. jurisd., 6 de julio de 2009, n. 752, en *Riv. Corte Conti* 2009, 4, 171.

⁶⁰ T.A.R. Campania, Salerno, Sec. II, 7 de abril de 2006, n. 438, en *Foro Amm.* TAR 20086, 4, 1442

nunca puede ser en detrimento del respecto de reglas legislativas y contractuales inspiradas por el respecto de valores de importancia constitucional⁶¹. Desde aquí deriva que la búsqueda de la eficiencia y de la eficacia en las estructuras públicas no puede estar en contraposición con el principio de legalidad que representa un límite impracticable para las elecciones gestionales de la actividad del directivo público⁶². Su consideración, luego, impone que el resultado administrativo, por otra parte considerado como parámetro de evaluación de la obra de los *administradores* públicos, se entienda en el ámbito de una lógica que evidentemente dirige la acción no sólo para el respecto de las reglas de conducta y de los modelos procedimentales puestos como garantía de los diferentes sujetos con los cuales la administración se encuentra en el cumplimiento de su acción, sino para el efectivo logro de una *utilitas*, único factor, en un ordenamiento inspirado también por el principio de subsidiariedad, para legitimar la existencia de sujetos con poderes de relevancia pública.

5. EL BUEN FUNCIONAMIENTO, LA LÓGICA DEL RESULTADO Y LAS RECIENTES LEYES DE REFORMA.

Desde hace algunos años, exigencias de racionalización del gasto público y de un mejor uso suyo, ofrecen al buen funcionamiento otros sentidos diferentes de los que normalmente practican y expresan. En particular ha ido atenuándose – de manera por cierto ni plana ni sin contradicciones – una profunda revolución de la manera misma de entender la acción del poder público, que desde ejercicio de actividad meramente

⁶¹ Tribunal de Cuentas, Reg. Lombardia, Sec. Jur., 10 de marzo de 2006, n. 172, en Foro Amm. 2006, 3, 1153.

⁶² T.A.R. Lombardia, Milán, Sec. II, 9 de junio de 2006, n. 1352, en www.giustizia-amministrativa.it

conforme con el dictado legislativo ha ido respondiendo a exigencias diferentes que podríamos definir como – de manera quizás demasiada sintética – “atención al resultado”.

Verdaderamente, el uso propio de la palabra resultado, cuya matriz nos lleva de inmediato a lógicas de empresa, ha provocado no pocas perplejidades en varios especialistas, preocupados por las consecuencias que la nueva “filosofía empresarial” habría podido producir para la legalidad, valor auténtico e imprescindible de la acción administrativa. Casi como si el logro del resultado asimismo fuese un riesgo inaceptable para una actividad que tiene que permitir la ejecución del dictado legislativo respetando todas las reglas para la tutela de las garantías del ciudadano y – más a menudo – de la administración pública misma.

A pesar de eso, en este contexto, no podía escapar una observación importante: es decir, si es verdad que la pública administración tiene que perseguir las finalidades reconocidas por la ley, esto no puede dar lugar al logro solícito del mismo resultado de alguna manera prefigurado e impuesto por la ley. Podemos presentir en semejante afirmación – por lo menos in *nuce* - la maduración de la conciencia que el resultado administrativo no constituye algo que se pone fuera de la norma y luego fuera del principio de legalidad, sino asigna a éste un sentido más principal, más coherente con la exigencia de efectividad de tutela de los intereses para los que los diferentes centros del poder público hallan legitimación. Podemos luego destacar que la “relevancia atribuida al resultado administrativo constituye la innovación más profunda de la manera de entender jurídicamente la actividad administrativa; y puede, entonces, modificar la manera de administrar, es decir la manera en la que los funcionarios entienden su acción”⁶³.

En otras palabras, el resultado es la capacidad que las entidades tienen para satisfacer las exigencias para cuya tutela han sido creadas: en conclusión, es una forma de expresión del buen funcionamiento como por el artículo 97 de la Const.

⁶³ F.G. Scoca, entrada *Attività amministrativa* en *Enc. del Dir.* (VI actualizado), Milán, 2002, 10.

No por casualidad, el ordenamiento prevé la supresión de las entidades asíllamadas inútiles en virtud de la Ley número 59 de 1997.

La importancia atribuida por el ordenamiento al resultado administrativo y su subsunción en el ámbito de la legalidad, determina la extensión de la comparación norma-acto con la relación norma- acto- resultado, el último considerado evidentemente en términos no económicos, sino jurídicos como por el sentido ya delineado. El resultado administrativo, de hecho, lejo de consistir en la necesaria satisfacción material de la pretensión del ciudadano, se realiza más bien en la necesaria toma en consideración de sus intereses jurídicos y de sus solicitudes, y también de la satisfacción de sus peticiones en términos de adecuación de la respuesta (no necesariamente positiva), como que en esa – además – se ponen las justas exigencias de la certeza del derecho.

En conclusión, el resultado administrativo, como expresión del buen funcionamiento de la pública administración, implica la pronta toma en consideración de los intereses, su rápida ponderación y su eficaz tutela, en el respeto de los parámetros temporales y lógicos propios de cada ámbito de actividad pública. Aún más considerado que – como es conocido - la norma de ley no puede por cierto considerarse exhaustiva ni en lo tocante al hallazgo de intereses dignos de atención ni a la medida de su consideración – como prueba la circunstancia de la proliferación de los organismos para la coordinación y la simplificación de la evaluación contextual de los intereses en juego (conferencias de servicios, ventanillas únicas, acuerdos de programa, etc.).

La lógica del resultado, expresión del buen funcionamiento, luego no tiene nada que ver con el resultado a toda costa, o con la necesaria satisfacción material de la pretensión del ciudadano. Y a ella se oponen todas esas formas de legitimación de la inercia administrativa, como los mecanismos de silencio significativo o de declaración de inicio de actividades (hoy también s.c.i.a. en italiano, es decir aviso de certificado de inicio de actividades), que, si por un lado dejan el ciudadano en la incertidumbre, por el otro provocan serias dudas de legitimidad que afectan la misma razón de ser de sujetos

que, aunque allí para el ejercicio de funciones de administración activa, de esta manera tienen la legitimación para atrincherarse detrás de formas de inacción⁶⁴.

Las más recientes reformas en lo tocante a organización y directivo público, que tienen una ya inadecuada disciplina de la responsabilidad pública (sobretudo de auditoría) y a las cuales no faltan contradicciones, han actuado – con pasos atrás y huidas adelante – para la enfatización de la lógica del resultado como expresión del principio del buen funcionamiento.

De hecho, con la ley número 15 de 4 de marzo de 2009 el Parlamento otorgaba al Gobierno una amplia delegación finalizada a la optimización de la productividad del trabajo público y a la eficiencia y transparencia de las públicas administraciones. En particular, el Gobierno tenía delegación para adoptar uno o más decretos legislativos para: modificar e integrar la disciplina del sistema de evaluación de las estructuras y de los

⁶⁴ Es notorio que en lo tocante a los silencios significativos y a la asíllamada declaración de inicio de actividad (hoyendía ampliamente remplazada por el aviso de certificado de inicio de actividades) existe una amplia gama de doctrinas a las cuales se acompañan también un vario (y contradictorio) contexto jurisprudencial (también estamos a la espera de la decisión del Pleno del Consejo de Estado justo sobre la naturaleza jurídica de la declaración de inicio de actividades y del aviso de certificado de inicio de actividades). Aunque no expresamos opiniones ahora, no podemos que destacar como tanto el silencio significativo como la declaración de inicio de actividades constituyen elementos de negación de la misma lógica de legitimación de la existencia de poderes de administración activa, reservando, en vía de hecho, a la pública administración una función de mero ejercicio de poderes de autotutela. Aún más considerando que los últimos se caracterizan por la incertidumbre que generan en los destinatarios, quizás destacados para encarar onerosas inversiones en contextos que no parece arriesgado definir a veces por lo menos dudosos desde el perfil jurídico. Ni el refuerzo del ejercicio del poder de anulación, después de la entrada en vigor de la reforma de la ley número 241/1990, es capaz de tranquilizar sobre este aspecto. Lo que hemos ahora expresado encuentra nuevo vigor donde la reflexión se relaciona con esas grandes áreas del país en las que la difusión de fenómenos de delincuencia organizada encuentra nuevo estímulo propio desde el uso de formas de silencio y de autocertificación, considerada la continua escasa (y hasta inexistente) capacidad (o voluntad) de las administraciones locales para intervenir por el ejercicio de efectivos poderes rehabilitadores. En conclusión, silencios y aviso de certificado de inicio de actividades desde instrumentos de simplificación a ocasiones de ilegalidad (además que de incertidumbre jurídica).

empleados de las administraciones públicas; introducir en la organización de las públicas administraciones instrumentos de valorización del mérito y métodos de estímulo de la productividad y de la calidad del rendimiento del trabajo; modificar la disciplina del directivo público, de las sanciones disciplinarias y de la responsabilidad de los empleados de las administraciones públicas.

La delegación, luego, ha sido aplicada por la adopción del decreto legislativo número 150 de 27 de octubre de 2009.

El objetivo principal de la reforma era mejorar el buen funcionamiento de la administración, es decir la eficiencia y la eficacia de su acción, por la valorización del mérito y la definición de un sistema más estricto de las responsabilidades, todo esto por una necesaria reexaminación del papel del personal directivo (sobretudo de alta dirección) y de su relación con el órgano político.

Por las recientes disposiciones, toca a los órganos políticos aprestar, de forma preventiva, los objetivos anuales de la administración y considerar, de forma real, cuantos se lograron efectivamente (artículo 4, párrafo II, apartado b, ley número 15/2009).

La dirección política se materializa en los siguientes actos: a) directivas generales que contienen las direcciones estratégicas; b) plan anual, redactado de acuerdo con el directivo, sobre la *performance* (los resultados) coherentemente con objetivos y recursos, y también Informe anual sobre la *performance*, de tipo real; c) verificación de los objetivos estratégicos alcanzados; d) definición de un programa trienal para la transparencia (artículo 15, decreto legislativo número 150/2009).

La reforma establece la plena autonomía del dirigente de nivel más alto, comparado con un real impresario público para la evaluación de los resultados (artículo 4, párrafo II, apartado e y artículo 5, ley número 15/2009), es decir los resultados de su colaboradores. A este poder se enlaza una específica responsabilidad en caso de falta de supervisión sobre la efectiva productividad de los recursos humanos asignados y sobre la eficiencia de la relativa estructura. Al veredicto sobre la verificación de dicha responsabilidad, parte la prohibición de pago de la remuneración de carácter accesorio.

Sobre este último aspecto, se prevé la redefinición de la remuneración del directivo según el resultado, que no podrá ser inferior al 30% de la retribución total.

En esta perspectiva, tanto la ley de delegación como el relativo decreto de ejecución quieren “*fortalecer el principio de distinción entre las funciones de dirección y control que incumben a los órganos de gobierno y las funciones administrativas que corresponden al directivo, en el respeto de la relativa jurisprudencia constitucional, regulando la relación entre altos órganos y altos dirigentes para garantizar la plena y coherente ejecución de la dirección política de los órganos de gobierno en ámbito administrativo*” (artículo 6 de la ley número 15 de 2009).

El uso de la palabra “fortalecer” evidentemente indica la conciencia de la preexistencia del principio de distinción funcional entre política y administración, pero expresa también la necesidad de instrumentos de ejecución y de enlace más adecuados.

Pues bien, parece evidente que delinear con mayor especificidad los papeles y las funciones propias del órgano político y administrativo, y también atribuir a éste último un más amplio margen de autonomía de decisión (y, como consecuencia, de responsabilidades) no es suficiente para ofrecer más coherencia a la relación entre política y administración, en la medida en que no se resuelve el auténtico factor crítico representado por las formas de evaluación de la obra del directivo.

En lo tocante a esto, el decreto legislativo número 150 de 2009 prevé en primer lugar la creación, a nivel nacional, de una Comisión para la evaluación, la transparencia y la integridad de las administraciones públicas, como órgano independiente con la tarea de dirigir, coordinar y supervisar el ejercicio de las funciones de evaluación, ofreciendo a las administraciones individuales los criterios y los modelos de evaluación de referencia (artículo 13, decreto legislativo número 150/2009)⁶⁵. Cada administración luego tiene que

⁶⁵ La Comisión está compuesta por cinco miembros – nombrados con decreto del Presidente de la República., a propuesta del Ministro para la pública administración y la innovación – escogidos entre expertos en management,

aprestar un organismo independiente de evaluación de los resultados del trabajo – en sustitución de servicios de control interno – que tiene la tarea de monitorear el sistema de evaluación en coherencia con lo dispuesto por la Comisión central. A este órgano no incumbe la función de verificación y evaluación de la obra de los órganos directivos. En virtud del artículo 14, párrafo IV apartado e) del decreto legislativo número 150/2009, de hecho, el organismo de evaluación se limita a “proponer al órgano de dirección política-administrativa la evaluación anual de los altos dirigentes”. A todo esto, añadimos como el mismo carácter de independencia de dicho organismo parezca más formal que real, si sólo consideramos que el mismo órgano de dirección política nombra sus miembros (artículo 14, párrafo III).

En conclusión con el nuevo sistema se ha introducido un “filtro” - esta individuación de un sujeto (aparentemente) independiente al cual encargar la redacción de una especie de instrucción – sin pero modificar el aspecto más importante sobre la regulación de las relaciones política/administración, o sea la disposición de la responsabilización de la función de evaluación del alto directivo, todavía atribuida al órgano político.

Se trata, bajo este perfil, de una “reforma a la que falta algo”, como que la facultad del sujeto político para alejarse de la propuesta de evaluación del organismo relativo deja invariada la disposición vigente anteriormente de sujeción substancial del dirigente frente al órgano político.

Por lo contrario, tenemos que acoger las novedades introducidas por la reforma en lo tocante al régimen de los criterios de empoderamiento, cambio o revocación de los cargos directivos, para los que se prevé una adecuación de la relativa disciplina a los principios de transparencia y publicidad, en particular, *“excluyendo la confirmación del*

misuración de los resultados, gestión y evaluación del personal, y trabaja independientemente pero en cooperación con la Presidencia del Consejo de Ministros y con el Ministerio de Economía y Finanzas.

cargo directivo asignado en caso de falta de logro de resultados” (artículo 6, párrafo II, apartado h), ley número 15/2009; artículo 40, ley número 150/2009). Podemos observar como- de manera completamente comprensible – las normas especifiquen que la evaluación del logro de resultados predeterminados por el dirigente individual tenga que ocurrir considerando criterios y objetivos indicados de manera preventiva y analítica al momento del empoderamiento, y luego, evidentemente, permitiendo la posible cuestionabilidad de las elecciones (confirmación o revocación) hechas por los órganos políticos.

También parece positiva, la novedad introducida sobre el acceso a la cualificación de dirigente de primer nivel: en virtud del artículo 47 del decreto legislativo número 150/2009, se establecen nuevos procedimientos de acceso a las administraciones estatales y a las entidades públicas no económicas, previendo, en particular, un concurso de titulaciones y de pruebas para recubrir el 50% de los empleos disponibles anualmente, claramente para permitir el logro de las posiciones más altas a los sujetos que demuestren tener los requisitos.

Delineando algunas cortas reflexiones de conclusión que puedan resumir los resultados que este estudio había establecido llegar, o sea, la emersión de una ruta evolutiva hecha por el principio del buen funcionamiento, desde los albores del reconocimiento a nivel constitucional hasta los tiempos actuales, no puede que observarse como el camino interpretativo de este principio se haya connotado, en el ámbito de una ruta bastante tortuosa, con algunas etapas esenciales por las cuales al buen funcionamiento se han atribuido, durante el tiempo, sentidos conceptuales siempre más elaborados e importantes que han consagrado su presencia entre los valores fundantes del ordenamiento administrativo.

Desde la importante adquisición de una importancia jurídica hasta su relevancia desde el punto de vista organizativo, con particular referencia al perfil relacional entre los diferentes niveles de gobierno, hasta su reconocimiento de principio capaz de expresar una influencia determinante también para el aspecto funcional de la acción administrativa, el

buen funcionamiento por cierto ha jugado un papel esencial en el proceso de reforma para levantar el “resultado” a factor dinámico y positivo del contexto jurídico público.

Solucionada la dicotomía prospectada por el inaceptable trueque legalidad-eficiencia⁶⁶, hemos llegado de hecho a un concepto de “buena administración” que es algo completamente diferente del logro “a toda costa” de un resultado rápido y ventajoso desde el punto de vista económico, que a lo contrario, trata más del grado de satisfacción del ciudadano-usuario (o como se afirma a menudo con otras palabras, pero equivalentes, con “la calidad de los resultados”), considerando la prioritaria e irreprimible exigencia de la administración de tutela de derechos, de situaciones jurídicas subjetivas – desde las más débiles - de concretos bienes de la vida, de imparcialidad y de transparencia⁶⁷.

Lo que significa, en términos más concretos, es que el rendimiento administrativo, en virtud del principio debatido, tiene que ser ofrecido en el ámbito de modelos de conductas, cuyos parámetros de referencia son el tiempo, la sencillez de los procedimientos, una adecuada información, el uso de estructuras organizativas idóneas para la finalidad institucional (en términos de calidad y cantidad), y también – si bien no menos importante – el respeto de la dignidad del ciudadano con el cual la administración entra en contacto.

Todavía recientemente⁶⁸ se ha subrayado como en la sociedad contemporánea la calidad de la acción de la administración pública, con sus formas y sus tiempos operativos, constituye un factor de gran importancia no sólo en ámbito económico, es decir en

⁶⁶ F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d' infallibilità dell' amministrazione*, en *Foro amm.*, 1997, 3303 ss

⁶⁷ M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 274 .

⁶⁸ Permítase otra vez la referencia a M. R. SPASIANO, *Crisi dei mercati e dell' amministrazione democratica*, en AA.VV., *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Nápoles, 2010, 461 ss., y también, *La semplificazione come garanzia di effettività*, que está por publicarse.

presencia de mercados de tipo competitivo, sino también en contextos de valor social, donde la calidad de la vida del ciudadano depende - como es experiencia común – de manera relevante también de la calidad de las respuestas que la administración prepara. Desde este punto de vista, el buen funcionamiento, como resultado jurídico, se identifica en la efectividad del ejercicio de la acción administrativa, en una respuesta cierta, clara (no importa si favorable o desfavorable) que el particular tiene un auténtico derecho para obtener, ofreciendo garantías de tutela concreta, solo objetivo para el que una norma puede legitimar la atribución de un poder público y su relativo ejercicio.

Si luego el buen funcionamiento no encuentra lugar en el ámbito de una administración unilateral y de tipo autoritativo donde estaba más limitado en el área del meta-jurídico, hoy llega plenamente a la dimensión de lo que es relevante jurídicamente, también en relación al hecho que su consideración (o la de los instrumentos que representan su directa ejecución) en el ámbito de prescripciones de normas, hace posible que su violación determine la imposición de específicas medidas reparadoras, en términos de indemnización y sanciones, hoy también interponiendo auténticas demandas colectivas⁶⁹.

⁶⁹ R. LOMBARDI, “ *La class action nell’ordinamento giuridico italiano*”, Actas de la conferencia de Nápoles, 19 de octubre de 2009, que está por publicarse.