

EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA REFORMA ITALIANA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LA LLAMADA REFORMA BRUNETTA). DE LAS MEDIDAS PARA LA OPTIMIZACIÓN DE LA PRODUCTIVIDAD DEL EMPLEO PÚBLICO A LA «ACCIÓN POR LA EFICIENCIA»¹

GIANFRANCESCO FIDONE
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Roma La Sapienza, Italia

I. LA REFORMA BRUNETTA SEGÚN EL D.LGS. 150/2009.—II. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA AGENCIA A LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN/FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DESTINATARIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.—III. LA ACCIÓN «A FAVOR DE LA EFICIENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES Y DE LOS CONCESIONARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS», EN EL MARCO DE LOS INSTRUMENTOS DE REPRESIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS OPORTUNISTAS DEL AGENTE CONTENIDOS EN LA REFORMA BRUNETTA.—IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El trabajo analiza la reforma italiana de la Administración pública de 2009 (llamada *reforma Brunetta*), compuesta por el d.lgs. 150/2009 y el d.lgs. 198/2009. Desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, las medidas introducidas corresponden a lo sugerido por la *teoría de la agencia*. El primer decreto tiene la finalidad de mejorar la *performance* de los funcionarios públicos sin aumento de costes y prevé un sistema de incentivos en caso de logro del resultado o, en caso contrario, de sanciones. La mejora de la productividad del trabajo, a igualdad de trabajadores empleados, produce una mejora de la *performance exterior* de la actividad administrativa. El objetivo es la mayor *eficiencia* de la acción administrativa. El d.lgs. 198/2009 disciplina la acción *per l'efficienza*, mediante la cual los ciudadanos pueden actuar en juicio contra la Administración pública para obtener la eliminación del malfuncionamiento en la Administración y restablecer el nivel estándar de un determinado servicio o actividad. La intervención correctiva del juez puede llevarse a cabo si no implica mayores gastos para la Hacienda pública. En este caso, aunque el recurrente al promover la acción persigue como único fin el de la *eficacia*, indirectamente el logro que tal objetivo implica tiene efectos de una mayor *eficiencia* de la acción administrativa. Se puede concluir que las medidas introducidas por la *reforma Brunetta* tienen el efecto de perseguir la *eficacia* de la actividad administrativa, sin el uso de nuevos recursos y mediante un aumento de la productividad de aquellos ya empleados. Consecuentemente, el logro de la *eficacia* de una determinada acción administrativa comporta también el de la *eficiencia* de la misma.

Palabras clave: reforma italiana de la Administración pública; teoría de la agencia; acción para la eficiencia; eficacia; eficiencia.

ABSTRACT

This paper analyzes the Italian public administration reform issued in 2009 (also named *Brunetta reform*), consisting in the d.lgs. 150/2009 and the d.lgs. 198/2009. According to the

¹ La primera versión del presente trabajo fue presentada a la Conferencia Internacional de la SIDE-ISLE (Sociedad Italiana de Derecho y Economía), Bolzano, Italia, diciembre de 2010. La *reforma Brunetta* toma el nombre del ministro de la Administración Pública, Renato Brunetta.

economic analysis of law, the measures introduced refer to those proposed by the *agency theory*. The first decree aims at improving the performance of public officials without increasing costs and provides an incentive system if results are achieved, otherwise sanctions are put in place. The improvement of labour productivity, given the number of employees, produces an external performance improvement of the administrative activity. The final objective is an increased efficiency of administrative activity. The d.lgs. 198/2009 regulates the legal action *for efficiency* through which citizens can take legal action against the public administration to remove its malfunctions and to re-establish the *standard* levels of a public service or activity. The judge's corrective intervention can occur without increased costs for public finances. Thus, even if the appellant aims at the *efficacy*, this indirectly leads to an increased *efficiency* of the administrative activity. In conclusion, the measures introduced by the *Brunetta Reform* aim at the *efficacy* of the administrative activity, without the use of additional resources and with the increase of the productivity of those already employed. Finally, the achievement of the *efficacy* of a particular administrative activity is a consequence of its *efficiency*.

Key words: Italian public Administration reform; agency theory; legal action for efficiency; efficiency; efficacy.

I. LA REFORMA BRUNETTA SEGÚN EL D.LGS. 150/2009

La *reforma Brunetta*, prevista por la ley de delegación n. 15/2009, ha sido articulada sucesivamente en dos diferentes decretos legislativos delegados dictados para su aplicación². El primero es el d.lgs. 150/2009, de «*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttivi-*

² Sobre la ley delegada, véase V. TALAMO, S. BATTINI, B. CIMINO y G. D'AURIA, en *Giornale diritto amministrativo*, 2009, 468. En relación a cuestiones específicas de la misma ley de delegación pueden consultarse, entre otros, U. CABARELLI, «La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche», en *www.labour web*, 2010; G. D'AURIA, «Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato ed autonomie territoriali», en *Giornale diritto amministrativo*, 2010, 5; V. TALAMO, «La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico», en *Giornale diritto amministrativo*, 2010, 13; F. G. GRANDIS, «Luci e ombre nella misurazione, valutazione, trasparenza della performance», en *Giornale diritto amministrativo*, 2010, 23; B. CIMINO, «Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante», en *Giornale diritto amministrativo*, 2010, 29; B. G. MATTARELLA, «La responsabilità disciplinare», en *Giornale diritto amministrativo*, 2010, 34; S. BATTINI, «L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?», en *Giornale diritto amministrativo*, 2010, 39; M. ARGENZIANO, «Decreto Brunetta: una riforma che non convince a pieno», en *Guida al pubblico impiego*, 2009 (7), 17; M. BARILÀ, «Riforma Brunetta al countdown», en *Guida al pubblico impiego*, 2009 (9), 21; G. BERTAGNA, «I nuovi attori della riforma Brunetta», en *Guida al pubblico impiego*, 2009 (11), 52; P. BRIGUORI, «Brunetta bis in dirittura d'arrivo», en *Guida al pubblico impiego*, 2009 (2), 20; P. BRIGUORI, «La "cura Brunetta" è legge», en *Guida al pubblico impiego*, 2009 (3), 16; G. D'AURIA, «"Legge Brunetta", Corte dei conti e riforme dei controlli», en *Quad. cost.*, 2009, 388; S. MELI y F. MELI, «Legge 4 marzo 2009 n. 15 (detta legge Brunetta): la modifica all'art. 1», en *Ammin. it.*, 2009, 1131; S. MELI y F. MELI, «Contrattazione collettiva: i principi di cui all'art. 3 l. 4 marzo 2009 n. 15 (detta legge Brunetta)», en *Ammin. it.*, 2009, 1281; A. MINGARELLI, «Dalle riforme degli anni '90 al disegno di legge Brunetta: come si è evoluto il ruolo della Corte dei conti», en *Comuni d'Italia*, 2009 (1), 47; E. PASQUINI y A. BIANCO, «Riforma Brunetta e nuova pubblica amministrazione», en *Guida enti locali*, 2009 (42), inserto; M. SCAGLIONE, «Prime osservazioni sulla riforma c.d. "Brunetta" del lavoro pubblico privatizzato», en *Mass. giur. lav.*, 2009, 884.

vità del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. El segundo es el d.lgs. 198/2009, que ha introducido la «*acción a favor de la eficiencia de las Administraciones y de los concesionarios de servicios públicos*». El objetivo del presente trabajo es analizar, desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, los efectos combinados de las dos medidas legislativas y mostrar el efectivo alcance conjunto de las dos normas.

Empecemos por el primero de los dos decretos, que constituye el cuerpo principal de la *reforma Brunetta*. El d.lgs. 150 establece una reforma orgánica de la disciplina de la relación laboral de los funcionarios de la Administración pública e incide en las siguientes materias: contratación colectiva, evaluación de las estructuras y del personal de la Administración pública, evaluación del mérito, promoción de la igualdad de oportunidades, función directiva pública y responsabilidad disciplinaria³.

La finalidad de la reforma es mejorar la organización del empleo público, lograr elevados estándares cualitativos y económicos en las funciones y en los servicios, incentivar la calidad de la prestación laboral, mejorar la selectividad y las oposiciones para progresar en la carrera, el reconocimiento de méritos y deméritos, la selección y la evaluación de las capacidades y de los resultados a los efectos de llevar a cabo los encargos de dirección, reforzar la autonomía, los poderes y la responsabilidad de la función directiva, incrementar la eficiencia del trabajo público frente a la escasa productividad y el absentismo, además de aplicar la transparencia en la labor de la Administración pública para garantizar la legalidad.

El principio en el que se basa la reforma es el de la responsabilización del funcionario público mediante la persecución de la *performance*, creando con esta finalidad un sistema de incentivos. Se dirige, de hecho, al «*aumento de las competencias profesionales mediante la consideración del mérito personal, y el otorgamiento de premios por los resultados obtenidos de forma individual y por las unidades organizativas, en un marco de igualdad de oportunidades de derechos y deberes, transparencia de los resultados de las Administraciones públicas y de los recursos utilizados para su obtención*»⁴.

³ Como trabajos sobre la Administración pública, en época precedente a la *reforma Brunetta*, destacamos, entre otros, los siguientes: E. A. APICELLA, «Lavoro nelle pubbliche amministrazioni», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002, vol. VI, aggiornamento, págs. 602 y ss.; F. CARINCI y L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, comentario, vol. V*-V**, Torino, 2004; F. CARINCI y M. D'ANTONA (directo da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000; A. CORPACI, M. RUSCIANO y L. ZOPPOLI (a cura di), «La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche», en *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, 1161 ss.; S. BATTINI, «Il personale», en *Trattato di Diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, vol. I, Milano, 2003, págs. 373 y ss.; M. CLARICH y D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, III edizione, Rimini, 2000; L. FIORILLO (a cura di), *Il diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, vol. III, Milano, 2004; M. DELL'OLIO y B. SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro e processo*, Milano, 2000; V. ITALIA (a cura di), *L'impiego pubblico*, Milano, 2003; M. MONTINI, «Impiego pubblico», en M. CLARICH y G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di Diritto Amministrativo*, il Sole 24 ore, 2007.

⁴ Artículo 3 d.lgs. 150/2009.

El aspecto esencial de la reforma está ligado a la valoración del concepto de resultado de la actividad administrativa, concepto que en el texto del decreto se cita con la denominación inglesa de *performance*, que seguramente indica de forma más clara que se trata de la búsqueda de un *buen resultado*.

El parámetro valorativo de la *performance* se aplica directamente con el fin de lograr una mejora de la productividad de los funcionarios públicos y la optimización de la organización interna de la Administración pública, a igualdad de costes sostenidos. Se trata, por tanto, de un objetivo de *eficiencia* en la producción de los servicios administrativos (dirigidos a los usuarios), con el que se persigue llevar a cabo una maximización de la producción, teniendo en cuenta el límite de los recursos disponibles. De hecho, el presupuesto reiterado de la reforma es que el logro de los resultados se lleve a cabo sin aumento de costes, respetando el criterio de que «*las Administraciones interesadas utilicen con esta finalidad [lo relativo a la performance] los recursos humanos, financieros e instrumentales disponibles según la legislación vigente*»⁵.

La repercusión externa de la mejora de la organización es, por lo que se refiere a los usuarios de la Administración pública, una mejora de los servicios prestados y, por tanto, una mejora de la eficacia de los mismos. Se trata, para usar los términos del d.lgs. 150/2009, de «*asegurar elevados estándares cualitativos y económicos del servicio a través de la evaluación de los resultados y de la performance organizativa e individual*»⁶.

La premisa del sistema de la *performance* es, evidentemente, que a partir de los grados inferiores el resultado de cada funcionario (*performance* individual) condicione globalmente el resultado de la Administración (la *performance* organizativa) y, por tanto, el servicio que se ofrece al conjunto de los usuarios.

Con la finalidad de alcanzar la *performance* organizativa e individual, el d.lgs. 150/2009 prevé un «*ciclo di gestione della performance*»⁷, que debe llevarse a cabo de manera coherente con los contenidos y con el ciclo de la programación financiera y del presupuesto, y que se articula en diferentes fases: a) definición y asignación de los objetivos que se quieren lograr, valores a tener en cuenta y respectivos indicadores⁸; b) conexión entre los objetivos y la

⁵ Artículo 3, ultimo comma, del d.lgs. 150/2009.

⁶ Artículo 2 d.lgs. 150/2009.

⁷ Artículo 4 d.lgs. 150/2009.

⁸ Según la misma disposición, los objetivos deberían ser: relevantes y pertinentes respecto a las necesidades de la colectividad, a la misión institucional, a las prioridades políticas y a las estrategias de la Administración; específicos y medibles en términos concretos y claros; capaces de determinar una significativa mejora de la calidad de los servicios suministrados y de las intervenciones; relativos a un período temporal determinado, por regla general correspondiente a un año; contrastables con los criterios de referencia que derivan de estándares definidos a nivel nacional e internacional, así como mediante la comparación con Administraciones homólogas, en principio, en el trienio precedente; proporcionales a la cantidad y calidad de los recursos disponibles. En virtud del d.lgs. 150/2009, los objetivos están programados sobre una base trienal y definidos, antes del principio del respectivo ejercicio, por los órganos político-administrativos, oídos los altos cargos de la Administración, que a su vez consultan a los directivos o a los responsables de las unidades organizativas. Los objetivos se definen en coherencia con los del pre-

asignación de los recursos; c) monitorización a lo largo de la actividad y ejercicio de eventuales intervenciones correctivas⁹; d) medida y valoración de la *performance*¹⁰, en cuyo ámbito asume especial relevancia el documento *Sistema di misurazione e valutazione della performance*¹¹, que se refiere a la *performance organizzativa* (entendida como eficiencia organizativa y de producción del servicio pero también como eficacia del servicio dado a los destinatarios de la actividad administrativa¹²) y la *performance individual*

supuesto recogidos en los documentos programáticos y su logro constituye una condición para el suministro de los incentivos previstos por la contratación integrativa.

⁹ Artículo 6 d.lgs. 150/2009, «*Monitoraggio della performance*». Los órganos político-administrativos, con el apoyo de los directivos, comprueban la marcha de la *performance* respecto a los objetivos durante el período de referencia y proponen, donde sea necesario, intervenciones correctivas a lo largo de la actividad. La monitorización deberán llevarla a cabo los órganos superiores, acogiéndose a los sistemas de control de gestión ya presentes en la Administración.

¹⁰ Según el artículo 3, comma 4, d.lgs. 150/2009: «*Le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la performance individuale e quella organizzativa, secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi*». Por tanto, la evaluación de la *performance* comporta problemas de medición y evaluación de la misma *performance*. Según el d.lgs. 150/2009, «*ogni amministrazione pubblica è tenuta a misurare ed a valutare la performance con riferimento all'amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti*». El problema de la medición de la *performance* se plantea en relación a: a) la Administración en su conjunto; b) las unidades organizativas o áreas de responsabilidad en las que se articula; c) cada funcionario. Véase la deliberación de la CIVIT n. 89/2010, que aprobó los «*Indirizzi in materia di parametri e modelli di riferimento del Sistema di misurazione e valutazione della performance (articoli 13, comma 6, lett. d) e 30, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*».

La función de medición y evaluación de las *performance* se lleva a cabo por los organismos independientes de evaluación de la *performance* (art. 14 d.lgs. 150/2009), por parte de la CIVIT, en referencia al artículo 13, por parte de los directivos de cada Administración (arts. 16 y 17, comma 1, lettera e-bis, d.lgs. 30.3.2001, n. 165, modificados por los artículos 38 y 39 d.lgs. 150/2009).

¹¹ En virtud del artículo 7 d.lgs. 150/2009, el «*Sistema di misurazione e valutazione della performance*» es un acto singular con el que la Administración pública evalúa anualmente la *performance* organizativa e individual y que singulariza, según las directrices adoptadas por la CIVIT: las fases, los tiempos, las modalidades, los sujetos y las responsabilidades del proceso de medición y evaluación de la *performance*; los procedimientos de conciliación relativos a la aplicación del sistema de medición y evaluación de la *performance*; las modalidades de conexión e integración con los sistemas de control existentes; las modalidades de conexión e integración con los documentos de programación financiera y de presupuesto.

¹² En virtud del artículo 8 del d.lgs. 150/2009, «*Ambiti di misurazione e valutazione della performance organizzativa*», tales criterios son: a) la realización de las políticas llevadas a cabo para la satisfacción de las necesidades de la colectividad; b) la realización de los planes y programas, es decir, la medición del grado efectivo de realización de los mismos, respetando las fases y los tiempos previstos, en los estándares cualitativos y cuantitativos definidos, del nivel previsto de consumo de los recursos; c) la obtención del grado de satisfacción de los destinatarios de las actividades y de los servicios, incluso mediante modalidades interactivas; d) la modernización y la mejora cualitativa de la organización y de las competencias profesionales y la capacidad de realización de planes y programas; e) el desarrollo cualitativo y cuantitativo de las relaciones con los ciudadanos, los sujetos interesados, los usuarios y los destinatarios de los servicios, incluso mediante el desarrollo de formas de participación y colaboración; f) la eficiencia en el empleo de los recursos, con especial referencia a la limitación y a la reducción de los costes, asimismo a la optimización de los tiempos de los procedimientos administrativos; g) la calidad y la cantidad de las prestaciones y de los servicios suministrados; h) el logro de los objetivos de promoción de la igualdad entre los sexos.

(en el caso que sea condición esencial para el logro del resultado general de la Administración pública a la que pertenece¹³); e) utilización de los sistemas de premios, fundados sobre la base del logro de las *performance organizzativa e individual* y previstos en el título III, *Merito e Premi*, del d.lgs. 150/2009, que lleva a cabo la disciplina de las herramientas de evaluación del mérito y de los métodos de incentivación de la productividad de los funcionarios públicos y de la calidad de la prestación laboral¹⁴; f) presentación de los cuentas de los resultados a los órganos del sector político-administrativo, a los altos cargos de la Administración, además de a los órganos externos competentes, a los ciudadanos, a los sujetos interesados, a los usuarios y a los destinatarios de los servicios, lo que se lleva a cabo mediante el *Plan de la performance*¹⁵ y el *Informe sobre la performance*¹⁶. El primer documento tiene carácter preventivo y el segundo consultivo.

¹³ En virtud del artículo 9, «*Ambiti di misurazione e valutazione della performance individuale*», d.lgs. 150/2009, la medición y la evaluación de la *performance* individual de los directivos y del personal responsable de una unidad organizativa en situación de autonomía y responsabilidad están relacionadas: a) con los indicadores de *performance* relativos al ámbito organizativo de responsabilidad directa; b) con el logro de objetivos individuales específicos; c) con la calidad de la contribución asegurada a la *performance* general de la estructura, con las competencias profesionales y directivas demostradas; d) con la capacidad de evaluación de sus propios colaboradores, demostrada mediante una significativa diferenciación de los criterios aplicados. En virtud del apartado segundo, la medición y valoración desarrolladas por los dirigentes sobre la *performance* individual del personal se vinculan al logro de objetivos específicos de grupo o individuales, a la calidad de la aportación a la *performance* asegurada por la organización de pertenencia, a las habilidades demostradas y a los comportamientos profesionales y organizativos. Por último, según el tercer apartado, en la valoración de la *performance* individual no se consideran los períodos de baja por maternidad, paternidad o por razones familiares.

¹⁴ Los principios inspiradores son los de la «*selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi*». También en este caso está expresamente confirmado que de la aplicación de las nuevas disposiciones «*non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*» y que «*le amministrazioni interessate utilizzano a tale fine le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente*». Según el artículo 18, «*Criteri e modalità per la valorizzazione del merito ed incentivazione della performance*», del d.lgs. 150/2009, la Administración pública promueve «*il merito e il miglioramento della performance organizzativa e individuale, anche attraverso l'utilizzo di sistemi premianti selettivi, secondo logiche meritocratiche, nonché valorizza i dipendenti che conseguono le migliori performance attraverso l'attribuzione selettiva di incentivi sia economici sia di carriera*». Por contra, «*vietata la distribuzione in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del presente decreto*». Los artículos 19 y ss. del mismo d.lgs. 150/2009 establecen los «*Criteri per la differenziazione delle valutazioni*» (art. 19); los «*Strumenti premiali*» (arts. 20, 21, 22); las «*Progressioni economiche*» (art. 23); las «*Progressioni di carriera*» (art. 24); las modalidades de «*Attribuzione di incarichi e responsabilità*» (art. 25); el «*Accesso a percorsi di alta formazione e di crescita professionale*» (art. 26); el «*Premio di efficienza*» (art. 27).

¹⁵ El *Piano della performance* es un documento programático trienal que localiza la orientación y los objetivos estratégicos y operativos y define, con referencia a los objetivos finales e intermedios y a los recursos, los indicadores para la medición y la evaluación de la *performance* de la Administración. El Plan define los objetivos asignados al personal directivo y sus relativos indicadores. La adopción del Plan es condición para el otorgamiento de la retribución de resultado a los directivos, que no podrán beneficiarse si se descubre que han intervenido en la falta de adopción del Plan, por omisión o inercia en el cumplimiento de sus propias funciones. Por otro lado, en caso de falta del Plan, la Administración no puede proceder a la contratación de personal o a la creación de cargos de asesoría o de colaboración.

Otro punto fuerte de la reforma es la transparencia de las informaciones sobre la medición y la evaluación del resultado, considerada condición esencial para cualquier tipo de control y necesaria para tutelar la posición de los usuarios de la Administración pública^{17,18}. Según la CiVIT, la transparencia posee un doble contenido: en primer lugar, un contenido *estático*, consistente esencialmente «en la publicación de categorías de datos correspondientes a las Administraciones públicas con el fin de su control social». El contenido *dinámico* de la transparencia está, en cambio, «directamente vinculado a la performance». De hecho, según la misma reflexión, «la publicidad de los datos inherentes a la organización y a la prestación de servicios al público se vincula, de hecho, instrumentalmente, a la búsqueda final de la mejora continuada» de los servicios públicos, connatural al ciclo de la *performance* gracias también a la necesaria contribución de los interesados (*stakeholder*)¹⁹.

¹⁶ La *relazione sulla performance* se deberá redactar antes del 30 de junio de cada año y debe dar cuenta, de forma resumida y con referencia al año precedente, de los resultados organizativos e individuales logrados respecto a cada objetivo programado y a los recursos utilizados, destacando las eventuales desviaciones y la valoración de conjunto realizada.

¹⁷ Según el artículo 3, apartado 3, del d.lgs. 150/2009: «Le amministrazioni pubbliche adottano modalità e strumenti di comunicazione che garantiscono la massima trasparenza delle informazioni concernenti le misurazioni e le valutazioni della performance». El mismo acto legislativo *Trasparenza e rendicontazione della performance* especifica las modalidades de concreción de tal principio. La transparencia se entiende como «accessibilità totale ... delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti». La misma debe estar garantizada «anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche». Además, el objetivo último de la transparencia debe ser el «di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità». Por último, en virtud de la misma previsión, la transparencia «costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione» (art. 11, comma 1, *Trasparenza* del d.lgs. 150/2009). La transparencia está garantizada por cada Administración mediante un *Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, que se tiene que actualizar anualmente y debe concernir a cada fase del «ciclo di gestione della performance» [art. 11, comma 2, d.lgs. 150/2009: la CiVIT con deliberación n. 105/2010 ha dictado las *Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità* (art. 13, comma 6, letra e, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150)]. En obediencia al mismo principio de transparencia, cada Administración tiene la obligación de publicar en su propio sitio institucional, en una pertinente sección denominada *Trasparenza, valutazione e merito*, que sea «di facile accesso e consultazione», una serie de informaciones, entre ellas el Programa trienal para la transparencia y la integridad y su estado de realización, el Plan y la Relación sobre la Performance (art. 11, punto 8, d.lgs. 150/2009).

¹⁸ Mediante el acuerdo n. 6/2009, la CiVIT ha dictado las «prime linee di intervento per la trasparenza e l'integrità». Secondo tale delibera, «la trasparenza è uno strumento essenziale per assicurare i valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, per favorire il controllo sociale sull'azione amministrativa e sul rispetto del principio di legalità e ha portata generale, tanto che l'adempimento egli obblighi di trasparenza da parte di tutte le pubbliche amministrazioni rientra, secondo la legge (l'articolo 11 del d.lgs. n. 150/2009), nei livelli essenziali delle prestazioni disciplinati nella Costituzione (articolo 117, comma 2, lett. m)».

¹⁹ Acuerdo CiVIT n. 105/2010, «Linee guida per la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (articolo 13, comma 6, lettera e, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150)», pág. 5.

II. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA AGENCIA A LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN/FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DESTINATARIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, las medidas introducidas por el d.lgs. 150/2009 corresponden a lo sugerido por la teoría económica²⁰. En primer lugar, puede acudirse a la teoría de la agencia si se considera que la Administración pública (*agent* o, en español, agente) está obligada a actuar en el interés de la colectividad administrada y destinataria de la actividad administrativa, que puede considerarse como su comitente²¹.

²⁰ La perspectiva del análisis económico del Derecho, utilizado en Estados Unidos desde hace decenios, ha tenido recientemente éxito en los estudios italianos, sobre todo en el ámbito de Derecho privado. Véase, por ejemplo, el manual de R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI y T. ULEN, *Il mercato delle regole - analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2000. Tal metodología encuentra cada vez mayores aplicaciones también en el Derecho público. Sin embargo, nos podríamos preguntar si de *ospite inattesa* (invitada inesperada) se ha convertido en *ospite indesiderata* (invitada indeseada), a causa de resistencias persistentes por parte de los estudiosos más tradicionalistas. Para esto, véase el manual de G. NAPOLITANO y M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009, cap. I, págs. 46 y ss. Es necesario, además, señalar que hace algunos años se fundó la *Società Italiana di Diritto ed Economia* (SIDE-ISLE), que cada año organiza un congreso internacional que acoge aplicaciones de análisis económico del Derecho en diferentes sectores. En varias universidades italianas, además, se han instituido doctorados de Derecho y Economía. También la *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo* (AIPDA) organizó en las fechas 28-29 de septiembre de 2006, en Venecia, el Congreso *Analisi economica e diritto amministrativo*. Entre las varias ponencias: M. CAFAGNO, «La responsabilità dell'amministrazione pubblica»; M. D'ALBERTI, «Diritto pubblico dei mercati e analisi economica»; A. ROMANO TASSONE, «Analisi economica e amministrazione di risultato»; G. NAPOLITANO, «I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune», todas publicadas en el sitio de la AIPDA (www.diritto-amministrativo.org). Para una reseña de los contactos metodológicos con el estudio del Derecho público, véase el trabajo de S. CASSESE, «Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico», publicado en el mismo sitio de la AIPDA.

²¹ La teoría de la agencia puede encontrar aplicación en varios casos, también concernientes a la Administración pública. Para una bibliografía internacional sobre el tema: C. ALTHAUS (1997), «The application of agency theory to public sector management», en G. DAVIS, B. SULLIVAN y A. YEATMAN (Eds.), *The New Contractualism?*, ed. Centre for Australian Public Sector Management, págs. 137-153; A. ACKERE (1993), «The principal/agent paradigm: Its relevance to various functional fields», en *European Journal of Operational Research*, vol. 70: 83-103; Sanford J. GROSSMAN y Oliver D. HART (1983), «An analysis of the principal-agent problem», *Econometrica*, vol. 51: 7-46; Kenneth ARROW (1985), «The economics of agency», en J. PRATT y R. ZECKHAUSER (Eds.), *Principals and agents: The Structure of business*, Boston: Harvard University Press, págs. 37-51; J. BOSTON, J. MARTIN, J. PALLOT y P. WALSH (1996), *Public management: The New Zealand model*, NY: Oxford University Press; J. DI IULIO (1994), «Principle agents: The cultural bases of behavior in a federal government bureaucracy», en *Journal of Public Administration Research and Theory*, 4: 277-318; M. HARRIS y A. RAVIV (1978), «Some results on incentive contracts with applications to education and employment, health insurance, and law enforcement», en *American Economic Review*, 68: 20-30; M. J. HORN (1995), *The political economy of public administration: Institutional choice in the public sector*, Cambridge, UK: Cambridge University Press; Michael C. JENSEN y William H. MECKLING (1976), «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure», en *Journal of Financial Economics*, vol. 3: 303-360; R. BALDWIN y M. CAVE (1999), *Understanding Regulation*, Oxford; L. HANCHER y M. MORAN (1989), «Organising the Regulatory Space», en L. HANCHER y M. MORAN (a cura di), *Capitalism, Culture and Economic Regulation*, Oxford; G. MAJONE y A. LA SPINA (2000), *Lo Stato Regolatore*, Bologna; S. PELTZMAN (1989), *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, en R. BALDWIN-C., *Understanding*

No obstante, la Administración pública está constituida por la suma de los funcionarios públicos que trabajan y, por tanto, éstos son efectivamente el *agent* de los destinatarios de la actividad administrativa²². Cada funcionario público que, con su contribución, participa en la realización de la actividad administrativa puede considerarse *agent* de los destinatarios de esta misma actividad.

La relación entre colectividad administrada y funcionarios públicos es, por tanto, reconducible al modelo económico *principal-agente*, típico de la teoría económica de la agencia (o teoría de los costes de agencia). En dicho modelo hay un sujeto denominado principal y otro sujeto, el agente, remunerado por el primero para asumir decisiones en el interés del principal. En el fondo, se trata de una relación de encargo, en la que una parte encarga a la otra que le satisfaga una necesidad propia o, más en general, que lleve a cabo una prestación en su propio interés²³. Lo genérico del esquema de la teoría de la agencia, por otro lado, ha permitido su aplicación a varias relaciones diferentes, desde las relativas a la identificación orgánica (por ejemplo, entre sociedades y administradores) hasta aquellas contractuales, comprendidos desde los contratos en los que forma parte la Administración pública hasta otros muchos²⁴.

Regulation, Oxford; R. A. POSNER (1974), «Theories of Economic Regulation», en *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5: 335-358; J. PRATT y R. ZECKHAUSER (1985), *Principals and agents: The structure of business*, Boston: Harvard Business School Press; E. PROUST (1997), «Implementing the contract state», en *Australian Journal of Public Administration*, vol. 56, núm. 3: 132-134; R. RESS (1985), «The theory of principal and agent», en *Bulletin of Economic Research*, vol. 37, núm. 1; J. A. ROBINS (1987), «Organizational economics: Note on the use of transaction-cost theory in the study of organisations», en *Administrative Science Quarterly*, vol. 32: 68-86; Steven ROSS (1973), «The economic theory of agency: The principal's problem», en *American Economic Review*, 63 (2): 134-139; D. SAPPINGTON (1991), «Incentives in principal agent relationships», en *Journal of Economic Perspectives*, 3 (2): 45-66; G. J. STIGLER, «The Theory of Economic Regulation», en *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2: 3-21; Joseph STIGLITZ (1987), «Principal and agent», en John EATWELL, Murray MILGATE y Peter NEWMAN (Eds.), *The new Palgrave: A dictionary of economics*, London: The Macmillan Press Limited; William D. WHITE (1992), «Information and the control of agents», en *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 18: 111-117.

²² Para un análisis de las relaciones de agencia aplicables a la Administración pública, véase G. NAPOLITANO y M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009, cap. V, págs. 203 y ss.

²³ Para el estudio del comportamiento estratégico de dos sujetos que interactúan mutuamente se utiliza la llamada teoría de los juegos (*game theory*). Entre tales situaciones están comprendidas todas aquellas atribuibles a la teoría de la agencia. Según un manual de análisis económico del Derecho: «Vi sono quindi naturali connessioni tra la teoria dei giochi e il diritto. Il diritto si confronta frequentemente con situazioni nelle quali vi sono poche persone che devono assumere decisioni e in cui la condotta ottimale che una persona deve adottare dipende dalle scelte di un altro agente: situazioni, cioè, nelle quali le considerazioni strategiche sono dominanti. La teoria dei giochi, dunque, accrescerà la nostra comprensione di alcune regole e istituzioni giuridiche» (R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI y Thomas ULEN, *Il mercato delle regole - analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2000). Para una introducción a la teoría de los juegos, véase el párrafo 27 del manual *Microeconomia*, de H. R. VARIAN, 1998. Para la aplicación de la teoría de los juegos a problemáticas jurídicas: G. B. DOUGLAS, H. G. ROBERT y C. P. RANDAL, *Game Theory and the law*, EE.UU., 1994.

²⁴ Para una aplicación a los contratos de la Administración pública: G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, LUISS University Press (LUP), 2006.

De hecho, se puede admitir que los funcionarios públicos y, por tanto, la Administración globalmente (entendida como la suma de los funcionarios públicos) tienen que salvaguardar los intereses de la colectividad de sus usuarios. Pues bien, en tal relación de agencia es evidente que los actores tienen intereses divergentes: los funcionarios públicos tienen, según el principio de economicidad, el objetivo de minimizar su esfuerzo laboral con igualdad de sueldo; la colectividad administrada tiene el interés de que la Administración funcione lo mejor posible y que ofrezca buenos servicios, lo que implica que los funcionarios trabajen más y lo mejor posible.

En dicho contexto, la asimetría informativa puede llevar a un fracaso del mercado y a una asignación ineficiente de los recursos de la Administración pública.

Los problemas de la agencia, de hecho, se producen cuando «el principal» es un sujeto menos informado que «el agente» sobre el contenido de la actividad que este último sujeto debe desempeñar por su cuenta y no es, por tanto, capaz de comprobar con precisión su contenido. Tal asimetría informativa debe considerarse muy amplia en la relación entre colectividad y funcionarios públicos, por lo que normalmente es imposible controlar y verificar su actividad. Además, la asimetría informativa está acentuada por el hecho de que está en presencia de una pluralidad (de funcionarios públicos) cuya contribución individual a la actividad globalmente desempeñada es muy difícil de poder distinguir.

En presencia de tal carencia informativa, el problema del *principal* es el de identificar las condiciones y los mecanismos que permitan maximizar la utilidad global del sistema. Eso comporta que el *principal* tiene que dar solución a dos problemas específicos posteriores.

El primero es el de la elección del mejor *agente*²⁵. Eso se puede resolver, por ejemplo, mediante la predisposición de un mecanismo de selección, oportunamente calibrado, en relación a las características del caso concreto. Sin embargo, en el caso específico de la relación entre colectividad y funcionarios públicos, este problema presenta algunas peculiaridades que lo hacen parti-

²⁵ Se define efecto de *adverse selection* aquel para el que tienen más probabilidad de participar en el intercambio voluntario aquellos sujetos (compradores o vendedores) que menos poseen las cualidades preferidas, que se da en el caso de firma de un contrato con una parte cuyas cualidades son desconocidas para la otra y de tal manera que las condiciones del contrato mismo reflejen sólo la calidad media del universo de las posibles contrapartes. En semejante mercado habría un incentivo claro, para los vendedores y productores de productos de mejor calidad, para no aceptar el intercambio, porque las condiciones no resultan ventajosas. De hecho, el precio al que los compradores estarían dispuestos a comprar sería proporcionado, como se ha dicho, a una calidad media y, por tanto, más bajo que aquel al que los productores estarían dispuestos a vender un bien de alta calidad. Al contrario, estarían incentivados a vender a ese precio (proporcionado a una calidad media) esos vendedores que estén en posesión de bienes de mala calidad. El efecto de selección adversa, al contrario, en presencia de asimetrías informativas, puede estar inducido también del comportamiento de una de las partes. Ésa, de hecho, puede ofrecer condiciones contractuales que causan la adhesión de contrayentes de mala calidad. La selección adversa, entonces, se tiene cuando una parte del mercado no es capaz de controlar el tipo o la calidad de los bienes ofrecidos. Por esto se describe también como un fenómeno con información escondida. Véase R. H. FRANK, *Microeconomia*, Milano, 2004.

cularmente complejo. De hecho, la colectividad no tiene la posibilidad de elegir de forma directa a los funcionarios públicos, ya que la selección se lleva a cabo por un tercero que forma parte de la misma Administración pública agente, es decir, por los órganos de la Administración nombrados para el caso. Y, por tanto, entre dichos sujetos que tienen que seleccionar y la colectividad administrada se instaura otra relación de agencia que presenta los mismos problemas. En segundo lugar, la duración de las carreras de los funcionarios públicos puede anular también la mejor elección inicial si el funcionario goza de ascensos automáticos de carrera o no hay incentivos para buenos comportamientos.

Por lo tanto, en la relación específica que se examina parece particularmente relevante (y a eso se dedica prevalentemente la *reforma Brunetta*) el segundo problema del *principal*, o sea, el de obtener el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones del agente (que en este caso dependen de las funciones del empleado público, asignadas por la ley, por los reglamentos, por los estatutos, etc.).

De hecho, en presencia de una asimétrica distribución de las informaciones, lo que imposibilita al principal el control de la labor del agente, este último tiene la posibilidad de perseguir intereses privados y en competencia con los del principal²⁶. Por lo que se refiere a los motivos diferentes de los dos sujetos, principal y agente, en cuanto al agente hay que tener en cuenta que entre las acciones que puede llevar a cabo tenderá a la elección de aquella que, según su cálculo racional, le permite maximizar su utilidad. Para determinar este resultado, la utilidad del agente dependerá de la acción a llevar a cabo y de la remuneración que le atribuya el principal²⁷. El comitente, al contrario,

²⁶ En el tradicional estudio de los mercados competitivos no se considera el problema de la diferencia de las informaciones entre los diferentes operadores. Se asume, de hecho, que la calidad de los bienes intercambiados sea perfectamente conocida por los compradores y por los vendedores. Si, al contrario, se distinguieran a primera vista los bienes de buena calidad de los de mala calidad, su precio variaría de tal manera que reflejaría tal diferencia en la calidad. El hecho de verificarse condiciones de imperfecto o asimétrico acceso a las informaciones por parte de los operadores está considerado por los economistas una de las causas de control del llamado *fracaso del mercado* por los economistas. El fracaso del mercado consiste en el hecho de que el sistema organizado en mercado se declara incapaz de realizar una situación atribuible al *óptimo paretiano*. En tales casos es siempre posible una oportuna redistribución de los bienes, tales de aumentar el bienestar (entendido como utilidad) de alguien sin disminuir el de otro. Los remedios a las quiebras del mercado presuponen, normalmente, el recurso a la intervención de la autoridad pública (la *mano visible* del Estado, en contraposición a la *mano invisible* del mercado). Volviendo al problema de la información, sintetizando al máximo, puede decirse que «*un'informazione è asimmetrica in tutte quelle situazioni in cui un solo lato del mercato è informato, mentre l'altro è caratterizzato da un'informazione incompleta*» (G. DI GIORGIO, *Lezioni di economia monetaria. Parte I. I fondamenti*, Padova, 2002, pág. 205). Existen, de hecho, muchos mercados en los que puede costar mucho, o incluso es imposible, adquirir informaciones exactas relativamente a la calidad de los bienes intercambiados.

²⁷ En tal función de utilidad entran en juego también otros parámetros: el hecho de verificarse eventos externos (casuales y no observables), las consecuencias de las decisiones que se toman (algunas acciones resultarán más caras y requerirán más compromiso respecto a otras), su postura en relación al riesgo (un sujeto puede ser propenso al riesgo, neutral o adverso).

tiende a maximizar su utilidad en relación con el resultado conseguido y la remuneración que se debe dar al agente. Por tanto, podrían surgir comportamientos escondidos del *agente*, que, sacando provecho del control insuficiente de su tarea por parte del *principal*, puede perseguir su propio interés en lugar del del comitente (llamado *moral hazard*)²⁸.

Teniendo en cuenta tal premisa, la acción más acertada del *principal* (o en su lugar del legislador, como en el caso de la *reforma Brunetta*) es la de hacer atractivos para el *agente* determinados comportamientos teniendo en cuenta su propio interés, mediante la predisposición de incentivos o sanciones, o bien tratar de obtener una mejora de su propia información, a fin de controlar la tarea del mismo *agente*.

Esta finalidad, como se ha dicho anteriormente, es la que ha perseguido la parte de la *reforma Brunetta* contenida en el d.lgs. 150/2009, la cual, por un lado, ha tenido en cuenta la *performance* y ha subordinado a su logro premios e incentivos; por otro lado, ha incidido en la transparencia de la actividad de la Administración pública y de cada funcionario, lo que debe permitir un control mejor por parte de la colectividad administrada.

III. LA ACCIÓN «A FAVOR DE LA EFICIENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES Y DE LOS CONCESIONARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS», EN EL MARCO DE LOS INSTRUMENTOS DE REPRESIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS OPORTUNISTAS DEL AGENTE CONTENIDOS EN LA REFORMA BRUNETTA

De acuerdo con lo expuesto, en un sistema en el que no se pueda analizar la acción del *agente* pero en el que sí se puedan conocer los resultados de su acción, para el comitente será oportuno:

- a) Estudiar un sistema de incentivos, subordinando la remuneración o el logro de premios para el agente (parte de la misma) al efectivo logro del resultado, o, en caso contrario, de sanciones si no se alcanzan los resultados o se logran de forma tardía²⁹.
- b) Al mismo tiempo, actuar sobre el incremento de la información del comitente, mediante mecanismos que incentiven la transparencia.
- c) Por último, se podrán suministrar al comitente herramientas para inducir de forma coercitiva al agente al logro de sus resultados, incluso recurriendo a terceros como, por ejemplo, un árbitro o un juez.

²⁸ El *moral hazard* está relacionado con el imperfecto conocimiento y observación de uno de los dos lados de la relación *principal-agente* de los comportamientos del otro lado. Eso es llamado por los economistas un problema de acción escondida. En una relación de agencia, tomemos por caso, puede suceder que el *agente*, si no adecuadamente controlado por el *principal*, pueda perseguir su propio interés en lugar del del mismo *principal*. Véase G. CHIRICHIELLO, *Corso di Economia Politica di Base*, Giappichelli, 2000, págs. 286-288.

²⁹ Eso, por otra parte, no se podrá llevar a cabo en el caso en que el *agente* sea un sujeto adverso al riesgo y no acepte el riesgo de una retribución unida al efectivo logro del resultado, que podría no haberse alcanzado también por motivos dependientes de eventos externos, independientes del comportamiento del agente mismo.

La *reforma Brunetta* se ha basado en las citadas premisas.

En el caso de la relación entre funcionario público y usuarios de la actividad administrativa es evidente que un comportamiento oportunista del primero, que se aproveche de una mala información y capacidad de control del mismo usuario, se traduce en una baja productividad de su trabajo y, consiguientemente, de toda su oficina. Dicha baja productividad conlleva la dificultad para alcanzar la *performance* que es el resultado de su trabajo, con evidente perjuicio para el usuario de la actividad administrativa. En el caso que no se pudiera alcanzar la *performance* individual, eso repercutiría en la *performance* organizativa y, consiguientemente, en el servicio dado al usuario.

El d.lgs. 150/2009 introdujo incentivos y premios ligados al resultado para directivos y empleados; subordinó al logro del resultado la marcha de las carreras y redujo las progresiones automáticas ligadas solamente a la antigüedad; introdujo un sistema de sanciones en el caso que no se pudiera alcanzar la *performance*. Tales herramientas están orientadas a hacer convenientes para el funcionario público los buenos comportamientos (incentivos y premios de resultado) y de considerar no convenientes los comportamientos oportunistas (sanciones en el caso de carencia del resultado).

Además, el mismo d.lgs. 150/2009, mediante medidas orientadas al logro del principio de la transparencia, trata de reducir la desventaja informativa (por ejemplo, mediante la publicidad en Internet y medidas para reconocer a los funcionarios) de los usuarios con el fin de consentirles un mayor control de la actividad administrativa. De hecho, en la medida en que se reduzca la desventaja informativa, habrá menos espacio para los comportamientos oportunistas del funcionario público. Además, de una completa información sobre el resultado y sobre la imputabilidad del mismo a un determinado funcionario público depende la posibilidad real de una correcta atribución de premios e incentivos. En defecto de transparencia (por ejemplo, en caso de anonimato) se puede dar la imposibilidad de diferenciar la actividad de los diferentes funcionarios públicos, los cuales podrían llevar a cabo comportamientos oportunistas con la finalidad de lograr los premios o de evitar las sanciones.

Con estas actuaciones se trata de conseguir alinear lo más posible el interés de los funcionarios públicos con el de los usuarios de la Administración pública para obtener un buen resultado de la actividad administrativa.

En tal contexto se coloca también la acción «para la eficiencia de las Administraciones y de los concesionarios de servicios públicos», regulada por el d.lgs. 189/2009, con la que se ha completado la *reforma Brunetta*³⁰.

³⁰ Entre los primeros comentarios al d.lgs. 198/2009 se señalan: C. DEODATO y M. G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la p.a.*, Nel diritto editore, 2010; U. G. ZINGALES, «Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action», en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 3/2010, 246; S. GATTO COSTANTINO, «Azioni collettive ed organizzazione dei servizi, Relazione al convegno Class action e p.a.: luci ed ombre dell'azione collettiva - TAR Reggio Calabria, 12 e 13 marzo 2010», en *Giustizia-amministrativa.it*; G. VELTRI, «Class action pubblica: prime riflessioni», en www.lexitalia.it; F. MANGANARO, «L'azione di classe in un'amministrazione che cambia» (intervención en el Congreso *Class action e p.a.: luci e ombre dell'azione collettiva*, organizado por el TAR della Calabria, sez. di Reggio Calabria, 12-13

Se trata de una acción cuya finalidad es «recuperar el correcto desarrollo de la función o la correcta prestación de un servicio» y que se atribuye a los «titulares de intereses jurídicamente relevantes y homogéneos respecto de una pluralidad de usuarios o consumidores», mediante la cual tales sujetos pueden actuar en juicio contra la Administración pública y los concesionarios de servicios públicos, con el fin de obtener la eliminación del mal funcionamiento en la Administración previsto por la misma disposición: la «*violazione di termini*» (incumplimiento de los términos), la «*mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento*» (se trata de la falta de emanación de actos administrativos generales que tienen determinadas características), la «*violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi*» (incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cartas de servicios), la «*violazione di standard qualitativi ed economici*» (incumplimiento de estándares cualitativos y económicos), establecidos para los concesionarios de servicios públicos y para la Administración pública con las modalidades previstas por el mismo decreto³¹. Además, está previsto que la intervención correctiva del juez pueda llevarse a cabo dentro del límite de los recursos instrumentales, financieros y humanos ya establecidos, y sin nuevos y mayores gastos para la Hacienda pública³².

En este trabajo se omiten las numerosas cuestiones problemáticas de carácter jurídico planteadas por el contenido de la acción, así como los pro-

marzo 2010, en vías de publicación en las Actas del Congreso), en *Giustamm.it*, 4/2010; P. M. ZERMAN, «Partenza in salita per la class action», en *www.giustizia-amministrativa.it*; F. PATRONI GRIFFI, «Class Action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici (Relazione al convegno: Le class actions: modelli a confronto, Università Roma tre, Facoltà di Economia, Roma, 9 giugno 2010)», en *Federalismi.it*, 2010; F. MARTINES, «L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?», en *www.giustamm.it*, 8/2010; F. CINTIOLI, «Note sulla c.d. class action amministrativa», en *www.giustamm.it*, 2010; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, «Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di "class action all'italiana")», en *www.giustamm.it*, 2010; C. E. GALLO, «La class action nei confronti della pubblica amministrazione», en *Urbanistica e appalti*, 2010, 501; I. LUCATI, «Una direttiva del Ministro Brunetta accelera la class action pubblica», en *Responsabilità civile*, 2010, 398; A. TRENTINI, «La class action pubblica. Riflessione in tema di azioni collettive, p.a. e istanze risarcitorie», en *www.filodiritto.it*, 2010; G. BUZZI, «La Class Action nella P.A.», en *www.AltaLex.it*, 2010; U. G. ZINGALES, «Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action», en *Giornale del diritto amministrativo*, 2010, 246; I. LUCATI, «Class action anche nei confronti della pubblica amministrazione», en *Responsabilità civile*, 2/2010, 158; G. DI MARCO, «Al via la class action contro l'inefficienza della pubblica amministrazione», en *www.ilquotidianogiuridico.it*, 2010; A. TRAVI, «Nota a parere del Consiglio di Stato n. 1943/2009», en *Foro Italiano*, 2009, III, 98; L. OLIVIERI, «Tutti i rischi della class action nella p.a.», en *www.lavoce.info*, 2009; R. BRUNETTA, «Passato, presente e futuro del nostro Paese», en *Giurisprudenza Amministrativa*, 2009, IV, 321; A. BARTOLINI, «La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà», en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009 (6), 953; P. M. ZERMAN, «Riforme: class action esclusa dai decreti delegati», en *Diritto e pratica amministrativa - Sole 24 ore*, 2009 (6), 26; F. PATRONI GRIFFI, «La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action», en *www.federalismi.it*, 1/2009.

³¹ Artículo 1, comma 1, del d.lgs. 198/2009.

³² Artículos 1, comma 1 bis, y 4, comma 1, d.lgs. 198/2009.

blemas de compatibilidad de la acción misma con el ordenamiento jurídico-procesal administrativo, incluso después de la entrada en vigor del nuevo Código procesal administrativo (el d.lgs. 104/2010). Se omiten, además, los aspectos ligados a la dimensión colectiva de la acción, que han llevado a algunos comentaristas a definirla impropriamente como una *class action* contra la Administración pública.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la nueva acción, de hecho, constituye una herramienta más en las manos del principal-usuario de la actividad administrativa, para controlar la labor del agente-Administración pública (entendida como suma de funcionarios públicos).

En esta peculiar relación de agencia que se está analizando, el principal no tiene un interés específico y dirigido al control de la actividad de cada funcionario público y de cada oficina. El interés del usuario de la actividad administrativa es, evidentemente, el de obtener un cierto resultado satisfactorio de la misma actividad, entendida como servicio final prestado, relativo a la propia necesidad. Por lo tanto, él tendrá interés en controlar el logro de tal resultado, más que la labor de cada funcionario público.

En realidad, el destinatario de la actividad administrativa tiene interés en el funcionamiento de dicha actividad, entendida como resultado o servicio final prestado, más que en los aspectos organizativos de la Administración pública. Si hay algunos funcionarios oportunistas pero el resultado global de la actividad administrativa es satisfactorio, el usuario no tendrá ningún interés en emprender acciones contra la Administración pública.

Eso explica por qué la eficiencia de la Administración y de los concesionarios de los servicios públicos está dirigida al «logro del correcto desarrollo de la función o de la correcta prestación de un servicio», es decir, al logro del resultado de la acción administrativa.

Sin embargo, mediante este instrumento el legislador también trata de conseguir por vía indirecta los ulteriores objetivos de la *performance* individual y organizativa y, por tanto, de la eficiencia de la organización. De hecho, después de la acción emprendida y de la condena del juez, la Administración debería considerarse obligada a la reorganización con el fin de mejorar las cosas, a fin de poder garantizar el nivel de *performance* pedido por el usuario. Con mayor razón si, como está previsto en el artículo 4 del d.lgs. 198/2009, el logro del resultado solicitado por el usuario no puede convertirse en costes añadidos para la Administración. Entonces, para garantizar un mejor resultado sin aumento de costes, la Administración se tiene que reorganizar en el sentido de la eficiencia y, por tanto, también se deberán castigar los comportamientos oportunistas de cada funcionario público y las demás ineficiencias organizativas.

El efecto final de la acción tiene que traducirse, por tanto, en un aumento de la productividad de los funcionarios públicos y de los otros factores de la producción.

Las consideraciones citadas se refieren a todos los tipos de conductas infractoras que permiten fundar la acción. De hecho, también en los casos de violación de plazos o de falta de emanación de actos generales no normati-

vos el impulso de los procedimientos (a fin de respetar los plazos) debe necesariamente comportar una mejora del funcionamiento de la organización y del personal.

Por lo tanto, la acción para la eficiencia de las Administraciones y de los concesionarios de servicios públicos que ejerce el recurrente con el fin de impulsar la actividad administrativa y la corrección de eventuales disfunciones de la misma, indirectamente tiene efectos también sobre el control de los procesos organizativos internos y sobre la labor de los funcionarios públicos. Se podría decir que tal acción mediante el control sobre la *performance externa* de la actividad administrativa, indirectamente está orientada también al logro de la *performance interna* organizativa de la Administración. En otras palabras, aunque el recurrente al promover la acción persigue como único fin el de la *eficacia* de la acción administrativa, indirectamente el logro que tal objetivo implica tiene efectos de una mayor *eficiencia* de la misma acción administrativa.

Sintetizando, la acción para la eficiencia de la Administración y de los concesionarios de servicios públicos se ejerce por el recurrente con la única finalidad del logro de la *eficacia* de la acción administrativa objeto del recurso. Sin embargo, dado el límite insuperable de los recursos disponibles, a fin de mejorar la eficacia del resultado externo, la Administración estará obligada a reorganizarse, en términos de eficiencia, mediante el aumento de la productividad de los factores de la producción ya empleados.

IV. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, la primera parte de la *reforma Brunetta*, la que hace referencia al d.lgs. 150/2009, tiene el objetivo de aumentar la productividad de los funcionarios públicos (factor de la producción trabajo, también definida *performance individual*), con el fin de mejorar la *performance organizativa* de la Administración a la que pertenecen. La mejora de la productividad del trabajo, a igualdad de trabajadores empleados, produce una mejora de la *performance externa* de la actividad administrativa. Por tanto, el objetivo es el de la mayor *eficiencia* de la acción administrativa.

En sentido diverso, en el caso de la acción tratada en el d.lgs. 198/2009, el logro del único objetivo de la *performance externa*, de la acción administrativa, independientemente de los aspectos organizativos subyacentes, se refiere al principio de la *eficacia*. En tal caso, en efecto, el resultado se refiere exclusivamente a la modificación externa de la realidad, que es consecuencia de la acción emprendida y puede verse sólo como una de las dos componentes de la evaluación de eficiencia, quedando excluida la evaluación de otro aspecto del sacrificio (o del gasto) necesario para obtenerlo.

Sobre esas bases, parece oportuna una distinción según que el resultado de una cierta acción administrativa se evalúe desde el punto de vista del destinatario de tal acción o desde el de la misma Administración pública actuante.

Para el destinatario de la acción administrativa, de hecho, la evaluación del resultado de la acción de la Administración, entendido como modificación de la realidad precedente y fruto de la acción misma, puede prescindir de la consideración de los grandes esfuerzos para obtenerlo. Para el destinatario de cada acción administrativa, lo que cuenta es que la acción haya producido una modificación útil para mejorar su situación, no el coste que la Administración ha tenido que soportar para llegar a la misma modificación. En tal sentido, la evaluación del resultado atañe al perfil de la *eficacia* de la acción administrativa y no al de la *economicidad* de la misma. Por lo tanto, bajo este perfil, el logro de un cierto resultado deberá ser evaluado bajo el perfil de la *eficacia*, siendo irrelevante para los destinatarios de la acción administrativa que ése haya sido perseguido también de forma *eficiente*.

Tal objetivo, es decir, la *eficacia* de la actividad administrativa, es el perseguido por la acción introducida en la segunda parte de la *reforma Brunetta*, el d.lgs. 198/2009, en virtud de la cual los destinatarios de la actividad administrativa, en base a los presupuestos de legitimación previstos por la ley, puedan actuar con el fin del «logro del correcto desarrollo de la actividad o de la correcta prestación de un servicio».

Sin embargo, es evidente que la acción administrativa no puede prescindir de la finalidad de actuar en todo caso con el mínimo coste posible para lograr un cierto resultado, coherentemente con el principio del *buon andamento* establecido en el artículo 97 de la Constitución y por el artículo 1 de la ley 241 de 1990, que se refiere explícitamente al principio de la *economicidad*.

Esta reflexión se comprende mejor si se tiene en cuenta el conjunto de las acciones administrativas. La consideración de la acción administrativa desde un punto de vista global (o de la actividad global de una Administración pública) impone que cada actividad administrativa se emprenda y se lleve a cabo después de un atento análisis del destino de los recursos y del dinero público, con el objetivo del ahorro de los costes. De hecho, la acción administrativa podrá lograr un resultado global mejor en la medida en que cada acción administrativa consiga los resultados individuales de forma eficiente (es decir, minimizando los recursos y los gastos destinados a cada intervención) y, de esta manera, dejando recursos liberados para mejorar otros sectores de la Administración³³.

Resumiendo, la evaluación del resultado de la acción administrativa, referido a una determinada acción o procedimiento o a cada servicio, desde el

³³ Según A. POLICE, «Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo», en M. IMMORDINO y A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, atti del convegno, Palermo, 27-28/2/2003, Giappichelli, 2004: «Il controllo di efficienza e di economicità, come insegnano gli studi di economia aziendale, non può essere svolto assumendo come oggetto del controllo il risultato concreto di una singola attività (o azione) di una organizzazione complessa (sia essa un'un'amministrazione pubblica o un'impresa). I controlli tal genere, infatti, hanno necessità compiere la verifica assumendo come oggetto di indagine i risultati complessivi di un periodo di gestione sufficientemente esteso. Ciò è tanto vero che anche nel sistema dei controlli (interni o esterni) sulla pubblica amministrazione il risultato che si prende come oggetto del controllo è riferito alla gestione e non ai singoli atti o attività».

punto de vista del destinatario del servicio es independiente de la evaluación del gasto y de los recursos necesarios para producirlo. Lo que cuenta para el destinatario de cada actividad administrativa es que a ésta siga un determinado resultado. En tal sentido, la evaluación del resultado está inspirada y se lleva a cabo según el principio de eficacia. De modo diverso, la evaluación del resultado global de la acción administrativa, es decir, de todas las acciones administrativas consideradas en su conjunto, no puede prescindir de una evaluación en términos de eficiencia de cada acción administrativa. En la medida en que mayores ahorros de costes se obtengan en cada acción administrativa, la Administración (dado el propio vínculo de balance global) podrá mejorar sus ulteriores resultados específicos y, por tanto, aumentar su resultado global. La evaluación del resultado de la actividad administrativa no puede prescindir del respeto del principio de *efficienza*, también en relación al logro de prestaciones específicas, en conformidad con el principio de buena administración.

Se puede concluir, por tanto, que las medidas introducidas por la *reforma Brunetta* tienen el efecto combinado de perseguir la eficacia del resultado de la actividad administrativa, sin el uso de nuevos recursos y mediante un aumento de la productividad de aquellos ya empleados. Consecuentemente, el logro de la eficacia de una determinada acción administrativa pasa por el de la eficiencia de la misma. La mejora de la eficiencia de la producción de un determinado resultado contribuirá a mejorar en términos de eficiencia (pero también de eficacia) el resultado general de la acción administrativa.

Las medidas referidas en la *reforma Brunetta* se orientan, pues, en el sentido que se acaba de señalar y responden a las prescripciones de la teoría económica. Otro aspecto que se desprende de este trabajo es el de la necesaria evaluación del modo en que estas medidas han sido traducidas en disposiciones jurídicas, sobre todo con referencia a la acción prevista en el d.lgs. 198/2009, que plantea problemas de coherencia interna y externa con los institutos generales del proceso administrativo, incluso después de la entrada en vigor del nuevo Código, en referencia al d.lgs. 104/2010.