

Informe nacional de Italia

Gianluca Gardini

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Ferrara*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

En el sistema italiano, la acción de regreso o repetición encuentra su antecedente lógico en la responsabilidad administrativa por daño a la Hacienda pública.

La responsabilidad administrativa se define como aquella forma particular de responsabilidad del agente público, obligado a compensar los daños causados a la institución a la que pertenece o a otro organismo público (incluida la Unión Europea) como consecuencia de las acciones u omisiones realizadas, con dolo o culpa, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en creer que la responsabilidad administrativa es conceptualmente similar a la responsabilidad civil, en el sentido de que existe la obligación de indemnizar “cualquier acto intencional o negligente que cause un daño injusto a otro” (art. 2043 del Código Civil), con la única diferencia de que el “autor” del daño es un empleado público, el “perjudicado” es un organismo público y la “relación jurídica” que vincula al autor del daño con la Administración es de tipo “orgánico”, es decir, de carácter público.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa, se ha sustentado doctrinalmente una visión tanto privada como pública: la primera se basa en el carácter compensatorio del recurso interpuesto ante el Tribunal de Cuentas por el daño a la Hacienda pública; la segunda encuentra su razón en la función no solo compensatoria, sino también sancionadora del juicio contable, y encuentra un fuerte argumento en el poder de reducción de la suma que indemnizar, que es una característica solo del juez contable. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la responsabilidad administrativa tiene una doble función, es decir, la restitución del daño económico sufrido por la Administración, pero también la prevención para evitar daños similares al erario (v. Tribunal Constitucional, 20 de noviembre de 1998, n.º 371). La presencia simultánea de estas dos funciones nos permite inclinarnos por su carácter público, dirigido a fines más allá del único fin civil-restaurativo.

Finalmente, el “carácter público” de la responsabilidad administrativa se evidencia en la “publicidad” y “obligatoriedad” de la actuación, teniendo en cuenta que esta se realiza ante un juez especial representado por el Tribunal de Cuentas (véase art. 103.2 Constitución italiana) a instancias del fiscal contable, titular único de la acción de tutela de la Hacienda pública, a quien la Administración tendrá que informar debidamente de cualquier tipo de daño o perjuicio recibido por sus agentes.

La doctrina y la jurisprudencia entienden por daño la reducción (*deminutio*) de cualquier elemento activo patrimonial y financiero de las entidades públicas, como consecuencia de la conducta ilícita del agente público. Esta *deminutio* incluye no solo la pérdida de dinero (daño emergente), sino también la pérdida de ganancias (lucro cesante), los gastos realizados sin ningún beneficio relacionado con estos gastos. Dado que la Administración pública no tiene como objetivo el lucro económico (entidades sin fines de lucro), sino la consecución de intereses generales de la comunidad, todo gasto público debe encontrar justificación y ser adecuado para la producción de un “servicio” público. Bajo esta perspectiva, el daño a la Hacienda

pública consiste en el desequilibrio que se produce entre los gastos efectuados y la falta de beneficio para la comunidad (véase C. Conti, sección Lombardía, 29 de enero de 2015, n.º 13).

Según la jurisprudencia contable, el daño público ha tenido tradicionalmente un contenido patrimonial, aunque el Tribunal de Cuentas ha interpretado ampliamente esta noción, equiparándola con el daño al interés general, al equilibrio económico y financiero de las autoridades estatales y locales. En la perspectiva contable/patrimonial, el daño se relaciona con el valor de la cosa destruida o perdida o con el monto de la suma indebidamente gastada.

El Tribunal de Cuentas está llamado a comprobar y cuantificar una pérdida financiera *cierta y actual*: estos requisitos deben verificarse en el momento de la sentencia, dada la irrelevancia de posibles recuperaciones posteriores, que eventualmente deberán tenerse en cuenta al ejecutar la decisión del mismo tribunal.

La responsabilidad administrativa encuentra su disciplina en la Ley de 14 de enero de 1994, n.º 20, tal como integrada por la Ley posterior de 20 de diciembre de 1996, n.º 639, con las cuales el legislador pretendía unificar los distintos regímenes jurídicos existentes en el pasado en materia de responsabilidad (arts. 82 y 83 del Real Decreto n.º 2440/1923; art. 52 del Real Decreto n.º 1914/1934; arts. 18-21 del Decreto Presidencial n.º 3/1957; art. 58 del Decreto Legislativo n.º 142/1990).

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

La responsabilidad administrativa por daño a la Hacienda pública tiene su referencia constitucional en el art. 28 de la Constitución, donde se establece lo siguiente: “Los funcionarios y empleados del Estado y de los organismos públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados con violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a las otras entidades públicas”.

Según la norma constitucional, la responsabilidad del empleado público por daños a terceros se extiende también a la Administración a la que pertenece en virtud de la llamada “solidaridad pasiva” entre dos sujetos unidos por una relación orgánica (art. 28 Constitución; art. 22 Decreto Presidencial de 10 de enero de 1957, n.º 3).

La elaboración conceptual de esta norma en la Asamblea Constituyente fue difícil y debatida. En la doctrina se han sustentado interpretaciones opuestas: por un lado, la tesis de la “responsabilidad *directa*”, basada en la llamada “teoría orgánica” en la que la Administración pública es directamente responsable de los actos ilícitos de sus empleados en virtud de la “relación de identificación orgánica” que tiene con ellos, interrumpida solo por el acto ilícito intencional (malicioso) del empleado; por otro lado, la teoría de la “responsabilidad *indirecta*”, conforme al art. 2049 del Código Civil, según el cual la persona jurídica actúa por voluntad y actividad de personas físicas.

Fuera de la previsión de una responsabilidad solidaria entre el Estado y sus agentes, la Constitución italiana no prevé la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil-personal de los agentes del Estado por los daños que estos hayan causado a particulares y que comprometan la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, la acción de regreso o repetición se funda en el art. 1299 del Código Civil (según el cual el deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda puede recuperar de los codeudores la parte de cada uno de ellos) y en la subrogación conforme a los arts. 1201 y 1203 del Código Civil, que establecen la toma de posesión del deudor solvente en el mismo derecho de crédito perteneciente al acreedor satisfecho.

La responsabilidad administrativa surge no solo en caso de daño sufrido *directamente* por la Administración, sino también en caso de daño sufrido *indirectamente* por esta, que fue citada ante el juez ordinario o administrativo para compensar al tercero perjudicado por el empleado público durante su actividad de servicio.

El daño indirecto existe siempre y cuando la Administración haya indemnizado al tercero por la lesión sufrida, incluso cuando la compensación se haya producido de forma extrajudicial o espontánea. Una vez pagada la suma al tercero perjudicado tras una sentencia de condena definitiva, la Administración tendrá que recuperar debidamente el importe, denunciando al autor material de la infracción ante el Tribunal de Cuentas.

El daño indirecto, según la orientación jurisprudencial predominante, se produce en el momento de la condena definitiva (y no del pago material de las sumas al tercero), y el plazo de prescripción de cinco años comienza a contar desde la firmeza de la sentencia contra la Administración pública. Solo con la formación de la *res iudicata* se puede considerar que el daño es jurídicamente cierto, es decir, que se ha producido “ciertamente”, lo que legitima y habilita al fiscal para actuar ante el Tribunal de Cuentas.

Observando el fenómeno desde el punto de vista del tercero perjudicado, este último podrá emprender acciones legales ante el juez ordinario (o ante el juez administrativo en las materias de su competencia exclusiva) también contra la Administración a la que pertenece el empleado, y no solo hacia este último. De hecho, según las estadísticas judiciales, normalmente es la Administración pública la que es demandada ante al juez por los daños causados a terceros, siendo mucho más solvente que sus empleados y debiendo la Administración responder incluso por negligencia leve (o mera negligencia) y no solo por negligencia grave como el empleado público.

Una vez que sea condenada por el juez civil (o administrativo en caso de competencia exclusiva), para la indemnización de los daños sufridos la Administración pública tiene diferentes soluciones: por un lado, tiene la obligación de denunciar el daño a la fiscalía regional del Tribunal de Cuentas, que actuará para su recuperación; por otro lado, puede (facultativamente) demandar el empleado ante el juez civil para compensar el desembolso indebido. Esta alternativa genera la llamada “doble vía”, es decir, el sistema binario de que dispone la Administración pública para recuperar el daño debido a la conducta ilícita del agente público, y que caracteriza de forma absolutamente peculiar el sistema italiano.

Según la jurisprudencia (incluso la del Tribunal Constitucional, véase sent. n.º 773 de 1988), cualquier iniciativa de compensación o de transacción emprendida ante al juez ordinario no perjudica la acción ante el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas puede extraer elementos útiles de la sentencia civil a efectos de determinar la responsabilidad administrativa, pero no está vinculado a ella, por lo que nada impide que el Tribunal de Cuentas evalúe los hechos de los que surgió el daño indirecto de forma distinta al juez civil. Es decir, en el caso del daño indirecto existe una clara distinción entre la acción de responsabilidad administrativa y la sentencia de daño civil, cuyo objeto es la violación del derecho del tercero. Para una cuidadosa reconstrucción de la indemnización por el llamado daño indirecto, véase Tenore (2018)¹.

1. Una importante evolución de la responsabilidad indirecta, acompañada de una orientación jurisprudencial ahora clara, indica que, si la Administración es condenada a indemnizar en vía civil o administrativa daños a situaciones “nuevas”, que antes no eran justiciables, detrás de las cuales hay intereses legítimos, ella deberá obligatoriamente actuar ante el Tribunal de Cuentas (con exclusión del juez civil) contra sus empleados que sean autores de dichas conductas ilícitas. Un caso relevante de daño indirecto “nuevo” es el que se origina a partir de sanciones pecuniarias administrativas impuestas por autoridades independientes (por ejemplo, autoridad *antitrust*) a otras Administraciones públicas por conductas ilícitas de sus directivos. Otro caso relevante es el llamado daño por soborno, concepto que indica el daño imputable a la entrega ilícita de dinero a favor de un funcionario público por parte de un tercero, en el

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Con el Decreto Legislativo de 26 de agosto de 2016, n.º 174, dictado en cumplimiento de la delegación otorgada al Gobierno del art. 20 de la Ley de 7 de agosto de 2015, n.º 124, fue aprobado el Código del proceso ante el Tribunal de Cuentas (el llamado Código de Justicia Contable). El Código del proceso ante el Tribunal de Cuentas completa, tras la aprobación del Código de proceso administrativo, la codificación de procesos ante las jurisdicciones administrativas más importantes. Las afinidades con el Código del proceso administrativo se hacen evidentes en diversas disposiciones, especialmente en la primera parte; el texto, sin embargo, presenta elementos peculiares que lo distinguen claramente.

Comencemos por la titularidad de la iniciativa para el impulso del procedimiento de responsabilidad administrativa. El modelo italiano de responsabilidad administrativa confía a la fiscalía contable regional la iniciativa de la acción de indemnización. Esto representa un *unicum* en el panorama de las principales jurisdicciones, dado que en otros países la acción directa para recuperar daños y perjuicios causados a la Administración se deja a la iniciativa de esta última.

La Administración que sufre un daño cumple sustancialmente con sus deberes al denunciarlo ante el Tribunal de Cuentas; la actuación posterior queda reservada a la fiscalía contable, dejando indiferente a la entidad pública perjudicada. Este papel pasivo reservado a la Administración pública refleja en última instancia un concepto general de desconfianza hacia los aparatos públicos y su voluntad de reaccionar.

Esta solución no parece muy consistente. De hecho, sigue existiendo la impresión de que la actuación de los fiscales contables es a menudo tardía y episódica, y acaba dando lugar cada vez más a intervenciones con fines “ejemplares”, más que de carácter sistemático (no es casualidad que en la legislación reciente salgan multiplicadas las medidas sancionatorias). La marginalidad de los casos en los que hoy el daño a la Hacienda pública es identificado y efectivamente compensado debería cuestionar la utilidad

supuesto de que las sumas recibidas indebidamente por el funcionario tengan como contrapartida natural el otorgamiento de favoritismos y la comisión de irregularidades que tengan un impacto negativo para la Hacienda pública. Otra hipótesis frecuente y nueva de daño indirecto es la lesión relativa a la imagen de la Administración pública, tras comportamientos ilícitos de sus empleados y administradores en situaciones ocasionadas por el ejercicio de funciones de servicio.

de un modelo inquisitorio (a iniciativa de la fiscalía regional), cada vez más alejado de una lógica compensatoria.

La situación es aún peor si se valora la efectiva recuperación de los daños indirectos, conseguida a través de la acción de repetición. Baste decir que el número de citaciones destinadas a llevar a los funcionarios públicos ante el Tribunal de Cuentas por los daños que su conducta ha causado a terceros disminuye constantemente respecto al año 2008. Dentro de estos, los valores porcentuales anuales de las acciones de repetición están, en promedio, por debajo del 5 % del total de citaciones emitidas por las fiscalías regionales.

En tiempos más recientes, se ha destacado una tendencia razonable a reservar al Tribunal de Cuentas las cuestiones de responsabilidad administrativa y contable, atribuyendo al juez ordinario las demás competencias, menos cualificadas desde el punto de vista contable o más similares a otras funciones fisiológicamente ejercidas por el juez ordinario (pensemos en litigios de pensiones). Esta elección ha sido criticada por una parte de la doctrina (Clarich *et al.*, 2016), según la cual la responsabilidad por daños a la Hacienda pública es una responsabilidad civil, encaminada a restablecer la integridad financiera del organismo público, y, por tanto, el Tribunal civil no encontraría ninguna dificultad objetiva en aplicar las mismas reglas que se aplican por el Tribunal de Cuentas. Hasta el punto de que unos expertos, durante la reforma del proceso contable, incluso sostenían que la Administración pública debería emprender acciones de reparación de daños también ante el juez ordinario. En esta perspectiva, potenciando su papel activo, las Administraciones perjudicadas hubieran tenido la tarea de interponer, ante los jueces ordinarios, todas las acciones procesales adecuadas y necesarias para garantizar la reparación de los daños sufridos.

Esta línea afortunadamente no prevaleció, así que entre la competencia del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad administrativa y la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad civil —incluso cuando insisten en el mismo hecho dañino— no existe una relación obligatoria, sino, viceversa, plena autonomía e independencia. Así que la dañada Administración pública, además de enviar la comunicación puntual de los daños a la fiscalía regional competente del Tribunal de Cuentas, puede (en el sentido de que es libre de) actuar de forma autónoma en los procedimientos civiles, para obtener la indemnización de los daños causados por agentes públicos; y también en los procedimientos penales, convirtiéndose así en una parte civil, para obtener una indemnización por el daño sufrido por una conducta constitutiva de delito, realizada en todo caso por agentes públicos. Con el

límite lógico de que, frente a la satisfacción plena y efectiva de la reclamación de indemnización por una jurisdicción, ya sea la ordinaria o la contable, la otra acción procesal se vuelve impracticable o inadmisibles, por la falta del mismo interés en actuar y de acuerdo con la regla del *ne bis in idem*.

A favor de la competencia entre jurisdicciones, contable y ordinaria, existe una orientación jurisprudencial pacífica y constante de las secciones unidas de la Corte de Casación (*ex multis Corte di cassazione*, SS.UU., n.º 20434 de 2009). Es indudable, y al mismo tiempo muy atípico, que sigue existiendo competencia entre jurisdicciones, contable y ordinaria, para indemnizar los daños padecidos por la Administración pública. Esta posible competencia y suma de jurisdicciones ciertamente hace que el actual sistema legal italiano sea aún más excéntrico, en comparación con los sistemas extranjeros.

Ante esta posible suma de competencias, que opera sobre el mismo tema y sobre el mismo hecho lesivo, los funcionarios públicos padecen una altísima percepción de riesgo (para un análisis en profundidad de estos temas, véase G. Bottino, 2017). Una percepción que se vuelve aún más dramática ante el hecho de que, como veremos, el juez ordinario no puede hacer uso de la facultad de reducción otorgada al Tribunal de Cuentas, sino que debe condenar al funcionario a restablecer la integridad financiera del organismo público a través de una cuantificación exacta del daño sufrido por la Administración, sin posibilidad de reducir el *quantum* de la indemnización. Esta percepción genera miedo a actuar, y se convierte en una causa perniciosa que ralentiza los procesos de toma de decisiones y obstaculiza el buen funcionamiento de la actuación administrativa.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

La competencia del Tribunal de Cuentas existe para las acciones de indemnización contra *todos los empleados* de las Administraciones públicas, tanto centrales como territoriales, incluidos los políticos y administradores que trabajan en los órganos de gobierno de las autoridades locales (por ejemplo, los consejeros regionales o municipales responsables de la mala gestión de las contribuciones públicas). En cambio, los miembros del Parlamento no están sujetos a responsabilidad administrativa ni a acción de repetición: de hecho, según el art. 68 de la Constitución, los miembros del Parlamento (en sentido estricto) no pueden ser considerados responsables de las opiniones expresadas y de los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (la llamada inmunidad parlamentaria).

Además, el Tribunal de Cuentas tiene competencia sobre los *particulares* (profesionales autónomos, gestores de servicios públicos, concesionarios, etc.) que, por el incumplimiento de sus deberes derivados de la relación establecida con la Administración pública, hayan causado un daño a la Hacienda pública (por ejemplo, impago de impuestos de los encargados de la recaudación; recepción ilegítima de financiación pública para desastres naturales; uso ilegítimo de los fondos europeos, etc.).

En lo que respecta a las *empresas públicas*, durante muchos años la responsabilidad administrativa de los gestores y empleados de empresas públicas de capital mayoritariamente público fue afirmada tras una sentencia del Tribunal Constitucional, que consideró configurable la competencia del Tribunal de Cuentas en el caso de sociedades derivadas de la transformación de entes públicos económicos (ente Poste, Rai - Radiotelevisione Italiana, ENEL, Ferrocarriles del Estado, etc.). A raíz de esta decisión, la Corte de Casación determinó que el caso relativo a una empresa con participación pública mayoritaria, que opera en el ámbito de los servicios públicos, debe atribuirse a la jurisdicción contable, y los administradores de esta quedan sujetos a la competencia del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad administrativa. Luego, el legislador italiano intervino para someter plenamente la regulación de las empresas públicas al derecho civil, dando lugar a un verdadero cambio de tendencia: por un lado, el art. 1 de la Ley 241/1990, apdos. 1-bis y 1-ter, estableció que la Administración pública, en la adopción de actos de carácter no autoritario, actúa según las normas del derecho privado; por otro lado, el Texto Único de las Empresas Públicas (Decreto Legislativo de 19 de agosto de 2016, n.º 175) hizo explícito que, salvo en los casos de excepción específica por normas contenidas en el mismo decreto, se deben aplicar a las empresas públicas las normas sobre sociedades previstas en el Código Civil y las normas generales del derecho privado. Hoy en día, la derogación principal de la disciplina del Código Civil está representada por las sociedades *in house*, a cuyos empleados y directivos se les aplica una responsabilidad adicional (la administrativa por daños al erario) respecto a la del derecho común —de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia (en particular, empezando por Cas. civil, secc. un. 26283/2013)—, pero sin perder la aplicación del estatuto del empresario, en términos generales. Al revés, se hizo claro que el Tribunal de Cuentas no tiene competencia sobre los empleados públicos que han dejado su servicio, ni sobre las empresas que cotizan en bolsa, incluso si llevan dinero público en más del 50 %.

El mismo Texto Único de las Empresas Públicas de 2016 introdujo también una norma (art. 12) que establece un criterio diferente para la división

entre las jurisdicciones ordinaria y contable, ya señalado por la jurisprudencia y basado sustancialmente en la diferenciación entre daño a la empresa pública y daño directo al ente público que participa con su capital en la empresa: en la primera hipótesis la jurisdicción pertenece al juez ordinario, y en la segunda al Tribunal de Cuentas, que puede conocer de los litigios relativos al perjuicio al ente público causado por el gestor o empleado de la empresa pública “dentro de los límites de la cuota de participación pública” en esta última. Este mecanismo, como se subraya en la literatura, hace complejo poner de manifiesto la existencia de responsabilidad administrativa por daños a la Hacienda pública, identificar al juez competente y calcular la indemnización a pagar en caso de perjuicio causado por empleados y directivos de empresas públicas.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

Uno de los cambios más significativos introducidos por la reforma de 1996 en la Ley núm. 20/1994 se refiere al elemento psicológico del ilícito contra la Administración (véase art. 3, apdo. 1, letra a, Ley n.º 639 de 1996). A partir de esta reforma, la responsabilidad administrativa se limita únicamente a las conductas realizadas con “dolo o negligencia grave”, generalizando así el régimen que antes estaba reservado a determinadas categorías de empleados públicos (conductores de vehículos y medios mecánicos, conductores de barcos y aviones, personal escolar, operadores sanitarios, etc.), en derogación del principio civil general de responsabilidad por “dolo o negligencia” (véase art. 2043 código civil).

Según Ulpiano, la negligencia grave es “la negligencia máxima, es decir, no entender lo que un empleado o agente público medio, asignado a las mismas tareas, es capaz de entender”. La evaluación de la culpa debe realizarse *ex ante*, y concretamente evitando limitaciones o condicionamientos —como hemos dicho— derivados de sentencias civiles o penales anteriores: se trata, por tanto, de un juicio que debe realizarse caso por caso, ontológicamente elástico, que no se presta a ser limitado por definiciones y tipificaciones jurídicas.

La jurisprudencia contable ha reconocido este elemento psicológico en el caso del error profesional inexcusable, que se produce cuando se trata de una percepción errónea de una realidad jurídica o fáctica que no podía entenderse de otra manera; cuando el error se debe a una evaluación del empleado que no tenga en cuenta instrucciones, directrices y prácticas; cuando la conducta ilícita sea consecuencia de la no adquisición de estas

instrucciones, directrices y prácticas ya existentes. De particular importancia desde este punto de vista es la responsabilidad de los órganos superiores de dirección (gerentes) por la *culpa in vigilando*, es decir, por el control omitido, inadecuado y tardío sobre la conducta de sus subordinados, lo que luego se traduce en daños para la Administración.

Con la reforma de 1996 se pretendía atenuar el umbral de la pena para evitar que el empleado público tuviera que responder por daños derivados de errores menores, como ya había sucedido con los ejercientes de profesiones intelectuales especialmente difíciles. No se puede descartar que la lógica de la norma incluya también el objetivo de mejorar la eficiencia y la productividad de la Administración, cuya consecución podría verse ralentizada por el temor a sanciones por errores marginales.

De hecho, esta limitación ha ampliado el ámbito de los daños legales o legítimos, es decir, aquellos daños que, como resultado de una negligencia leve, siguen estando a cargo de la Administración.

Desde un punto de vista teórico, la reducción del umbral de castigo puede ser aceptable (y compartible) para algunas categorías limitadas de empleados, expuestos a formas cada vez mayores de responsabilidad tras los cambios legislativos (pensemos, por ejemplo, en el personal directivo y altos cargos), pero ciertamente no para la mayoría de los empleados responsables de tareas puramente ejecutivas, sin discreción operativa, que quedan fuertemente desvinculados de responsabilidad por esta reforma (véase Tenore, 2018).

El propio Tribunal de Cuentas había dudado de la legitimidad constitucional de la limitación, por violación de los arts. 3, 11, 24, 81, 97 y 103 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se pronunció afirmando la plena legitimidad de la Ley de 1996, resultado de una elección razonable y no arbitraria del legislador, en armonía con la evolución normativa hacia la valorización de los resultados de la acción administrativa, cuya consecución probablemente se habría visto obstaculizada por el temor a la responsabilidad por *culpa levis* [véase Corte cost., sent. 371 de 1998].

La excepción a los criterios generales de responsabilidad establecidos por el Código Civil en favor de los empleados públicos se acentuó aún más con la legislación postpandemia. Para participar en el programa “Next Generation EU” (NGEU), con el que la Unión Europea pretende hacer frente a la grave crisis económica inducida por la pandemia de COVID-19, el Parlamento aprobó el 13 de julio de 2021, a propuesta del Consejo de Ministros,

el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (más conocido por las siglas “PNRR”), que prevé una serie de reformas del sistema e importantes inversiones, apoyadas por aportes comunitarios. En el paquete de reformas de la Administración pública, encaminadas a la simplificación burocrática y la reducción de costes que actualmente pesan sobre las empresas y los ciudadanos, también se prevé, en referencia a los contratos públicos, la prórroga, hasta el final de 2024, de unas disposiciones de emergencia ya contenidas en el art. 21 del Decreto Legislativo de 16 de julio de 2020, n.º 76, cuyo objetivo era “limitar la responsabilidad por daños a la Hacienda pública a los casos en que la producción del daño sea dolosa por parte de quien actuó, con exclusión de los daños causados por omisión o inercia”.

Merece la pena destacar que, según la ley, hay dolo siempre que el agente público haya violado a sabiendas una obligación de servicio con la intención de producir el hecho dañoso (art. 21 Ley n.º 20 de 1994, que introduce la llamada concepción “criminal”). La limitación de responsabilidad prevista en la primera frase no se aplica a los daños causados por omisión o inercia del actor (el llamado “escudo fiscal”).

La ampliación de esta limitación temporal, que ya había suscitado fuertes dudas desde su introducción (Benigni, 2020; Ciaramella, 2020; Amante, 2021), parte de la evidente difusión de conductas inspiradas por el llamado “miedo a la firma”, concepto que identifica el miedo a incurrir en responsabilidad administrativa como una causa perniciosa que ralentiza los procesos de toma de decisiones de la alta dirección administrativa. Y, por tanto, un factor que obstaculiza el buen funcionamiento de la actuación administrativa (art. 97 Const.), que la propia responsabilidad salvaguardaría.

Con el objetivo de garantizar que “los empleados públicos tengan mayores riesgos de incurrir en responsabilidad administrativa en caso de no hacer (omisiones o inacción) que de hacer, donde la responsabilidad se limita al dolo”, el PNRR postergó, al menos hasta el final de 2024 (pero con mucha probabilidad esta limitación temporal va a convertirse en definitiva), la exención de responsabilidad por la gran mayoría de las infracciones, es decir, las cometidas con negligencia grave.

A este respecto, los primeros comentaristas (Benigni, 2020) ya han subrayado efectivamente los posibles problemas de aplicación inducidos por la lábil frontera existente entre conductas comisivas y omisivas en la actividad procedimental administrativa (en referencia a la omisión de controles, precauciones, etc.): para las primeras, la responsabilidad se limita a la conducta dolosa; para las segundas, también incluye la negligencia grave.

Además, se plantearon dudas sobre la compatibilidad de la esperada atenuación del régimen de responsabilidad con los principios afirmados por el Tribunal Constitucional, que ya había identificado la negligencia grave como un delicado punto de equilibrio, “para que la perspectiva de responsabilidad, para los empleados y administradores públicos, vuelva motivo de estímulo y no de desincentivo” a administrar². De hecho, es difícil negar que la “minimización” de la responsabilidad administrativa está en la antítesis de la ética de la responsabilidad consagrada por la Constitución italiana (Gordano, 2021; Pagliarin, 2021).

Con la muy reciente sentencia n.º 132 de 16 de julio de 2024, el Tribunal Constitucional reconoce la validez temporal y específica de la norma en cuestión, subrayando la importancia de un equilibrio entre responsabilidad y funcionamiento en la Administración pública, y pide una reforma que haga que el sistema sea más coherente y adecuado a los cambios en curso. El Tribunal Constitucional reconoció que, en un contexto normal, una regulación que limitara la responsabilidad administrativa solo a los casos intencionales no sería razonable, ya que no desalentaría un comportamiento gravemente negligente. Sin embargo, también precisó que tal limitación puede estar justificada si se refiere a un número limitado de agentes públicos o a actividades específicas particularmente riesgosas, y, sobre todo, si tiene carácter temporal y se encuentra en un contexto excepcional. Ante la inminente expiración de la última prórroga de la limitación de la responsabilidad únicamente a los casos de dolo, el Tribunal Constitucional quiso instar al legislador a iniciar una reforma global de la responsabilidad administrativa, con el fin de restablecer la coherencia entre su disciplina y las transformaciones estructurales del modelo de administración y del contexto institucional, jurídico y social en el que opera.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

La responsabilidad administrativa por daños indirectos y la consecuente acción de repetición bien pueden aplicarse a los coautores juntos por vínculo de solidaridad, a los órganos colegiados, pero no a los herederos del autor del daño demandado ante los tribunales. En efecto, la responsabilidad administrativa surge claramente como una responsabilidad personal, como tal intransferible a los herederos (véase el art. 1, apdo. 1, Ley 20/1994).

2. Véase Corte Constitucional, sentencia n.º 371 de 1998, según la cual: “En la combinación de elementos restitutivos y disuasorios, la limitación de la responsabilidad administrativa a la negligencia grave responde únicamente al objetivo de determinar qué parte del riesgo de la actividad debe correr a cargo del aparato y qué parte del empleado”.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

La condena tras una acción de repetición puede provocar la interrupción/suspensión o inhabilitación de los cargos públicos, la cesión o la terminación anticipada de la relación contractual con la Administración, la exclusión de las licitaciones para la adjudicación de contratos públicos siempre y cuando el acto ilícito que causó daños a terceros, más allá de ser un ilícito civil, pueda considerarse como una conducta constitutiva de delito penal.

Además de consecuencias individuales, la condena en regreso o repetición puede también generar consecuencias sistémicas. La acción de regreso genera miedo en los funcionarios públicos, especialmente en los altos cargos, que después de la reforma de 1993 llevan la responsabilidad de todos los actos de actuación y gestión administrativa asumidos por la entidad pública, mientras que a los órganos políticos les pertenecen solo la dirección y el control sobre la gestión. Bajo esta perspectiva, la acción de regreso puede ser vista como una causa perniciosa que ralentiza los procesos de toma de decisiones de la alta dirección administrativa, y, por tanto, un factor que obstaculiza el buen funcionamiento de la actuación administrativa, que la propia responsabilidad salvaguardaría.

Para evitar comportamientos defensivos por parte de los agentes públicos (fenómeno conocido como “administración defensiva”), como hemos visto, el legislador italiano introdujo inicialmente limitaciones de responsabilidad para algunas categorías de funcionarios, punibles solo en caso de negligencia grave; limitaciones que luego fueron extendidas a todos los empleados públicos, circunscribiendo la responsabilidad administrativa únicamente a los casos de actividad comisiva dolosa.

La ampliación del “escudo fiscal”, ya puesta de relieve, supeditando la represión de las infracciones contables a la necesaria demostración de la intención del hecho dañoso y limitando la responsabilidad por negligencia grave únicamente a los delitos de omisión, que constituyen la absoluta minoría de casos, sin duda corre el riesgo de comprometer la eficacia del control judicial sobre la gestión sana y correcta de los recursos (incluso los procedentes del presupuesto de la UE), neutralizando una salvaguardia fundamental de la legalidad sobre el uso correcto y rentable de los recursos relacionados con el PNRR. Ante la llegada de una cantidad tan enorme de recursos, la reducción del efecto disuasorio asociado a la limitación de la responsabilidad administrativa corre incluso el riesgo de fomentar, aunque sea de forma no intencionada, el uso indebido de los propios recursos, ali-

mentando posibles dinámicas de corrupción, o de exponerlos a los apetitos del crimen organizado.

Asimismo, la atenuación de los controles contables jurisdiccionales corre el riesgo de anular los mismos principios de buen desempeño que inspiraron la reforma, dando lugar a una reducción de los estándares de diligencia y prudencia exigidos por quienes administran recursos públicos.

Sin hablar de los problemas de igualdad de trato entre ciudadanos y trabajadores, públicos y privados, que este tipo de derogación plantea.

Por este motivo, dada la competencia entre la jurisdicción contable y la civil en caso de daño a la Administración a la que pertenecen, las Administraciones públicas optan cada vez más por actuar ante el juez civil para la reparación de daño, frente al cual se aplica el art. 2043 del Código Civil (responsabilidad aquiliana), que prevé la obligación de indemnizar integralmente daños y perjuicios por actos injustos cometidos con dolo o negligencia (incluso leve), sin posibilidad de aplicar la facultad de reducir el *quantum* a indemnizar.

Debido a estas consecuencias sistémicas, el Tribunal Constitucional, con la muy reciente sentencia n.º 132, de 16 de julio de 2024, puso de relieve la importancia de un equilibrio entre responsabilidad y funcionamiento en la Administración pública, animando al Parlamento para que introduzca una reforma más coherente y adecuada a los cambios en curso.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

El número de citaciones destinadas a llevar a los funcionarios públicos ante el Tribunal de Cuentas por los daños que su conducta ha causado a terceros disminuye constantemente a partir del año 2008. Se trata, como se ha explicado, de un daño ya indemnizado directamente por las Administraciones públicas, y que debe estar a cargo de los funcionarios públicos que lo causaron, como “daño indirecto”.

Hoy en día, los valores porcentuales anuales de las acciones de regreso están, en promedio, por debajo del 5 % del total de citaciones emitidas por las fiscalías regionales. El riesgo es que este porcentaje disminuya aún más debido al escudo fiscal, y que luego las acciones de regreso encuentren salida, como reacción, ante el juez civil, que tiene competencia concurrente sobre este tipo de daños.

9. Conclusiones

Ante la inminente llegada de una enorme cantidad de recursos al sistema económico nacional vinculados al programa “Next Generation EU” (NGEU), con el que la Unión Europea pretende hacer frente a la grave crisis económica inducida por la pandemia de COVID-19, la mencionada provisión de ultraactividad del escudo fiscal, en decreto de emergencia anunciado por el PNRR, corre el riesgo de dar lugar a un grave debilitamiento de la legalidad y del correcto uso de los recursos públicos, que impone la propia normativa comunitaria, incluida la que establece el dispositivo de recuperación y resiliencia.

Se evidencia el debilitamiento del control judicial independiente, cuyo objetivo es garantizar el uso correcto y la buena gestión de los recursos asignados en el presupuesto comunitario, así como evitar la corrupción y los fenómenos desviados que la caracterizan: en primer lugar, el fraude y los conflictos de intereses. La anunciada extensión del “escudo fiscal”, supeditando la represión de las infracciones contables intencionadas a la necesaria demostración de la intención del hecho dañoso, y limitando la responsabilidad por negligencia grave únicamente a los delitos de omisión, que constituyen la absoluta minoría de casos, sin duda corre el riesgo de comprometer la eficacia del control judicial sobre la gestión sana y correcta de los recursos procedentes del presupuesto de la UE, y neutraliza una salvaguardia fundamental de la legalidad sobre el uso correcto y rentable de los recursos relacionados con el PNRR.

Asimismo, la atenuación de los controles contables jurisdiccionales corre el riesgo de anular los propios principios de buen desempeño que inspiraron la reforma, dando lugar a una reducción de los estándares de diligencia y prudencia exigidos por quienes administran recursos públicos. Ante la llegada de una cantidad tan enorme de recursos, esta limitación corre incluso el riesgo de fomentar, aunque sea de forma no intencionada, el uso indebido de los propios recursos, alimentando posibles dinámicas de corrupción, o de exponerlos a los apetitos del crimen organizado.

Por cierto, la reducción de las salvaguardias fundamentales de legalidad tiene un impacto muy negativo en las estrategias de prevención de la corrupción implementadas en los últimos años, creando grandes áreas de de-responsabilidad y de impunidad, cuyos efectos nocivos acabarán trasladándose a la comunidad. Sin dejar de lado los problemas de igualdad de trato entre ciudadanos y trabajadores, públicos y privados, que este tipo de derogación plantea.

El mecanismo del llamado “escudo fiscal” plantea varias dudas sobre su eficacia, no solo sobre su legitimidad. De hecho, la doctrina ha puesto de relieve la inutilidad de eliminar la responsabilidad por negligencia grave en un sistema “binario” en el que se puede actuar para la indemnización de daños a la Hacienda pública a través de la justicia civil.

Dada la competencia entre la jurisdicción contable y la civil en caso de daño a la Administración a la que pertenecen, las Administraciones optan cada vez más por actuar ante el juez civil para la reparación de daño, frente al cual se aplica el art. 2043 del Código Civil (responsabilidad aquiliana), que prevé la obligación de indemnizar daños y perjuicios por actos injustos cometidos con dolo o negligencia, y sin posibilidad de reducir el *quantum*.

Cuanto antes se retire esta disposición derogatoria (la que introduce el escudo fiscal, precisamente), destinada específicamente a los empleados públicos, mejor será para el sistema italiano, cuyo régimen de responsabilidad debe regirse por normas racionales, efectivas y, sobre todo, coherentes.

10. Bibliografía

- Amante, E. (2021). La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020. *Urbanistica e appalti*, 1.
- Atelli, M., Capalbo, F., Grasso, P., Montella, U., Perrotta, D. y Schülmers Von Pernwerth, R. (2020). Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni ed incoerenze di sistema. *Rivista Corte dei Conti*, 6.
- Benigni, A. (2020). Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata. *Rivista Corte conti*, 55.
- Bottino, G. (2017). *Rischio e responsabilità amministrativa*. Editoriale Scientifica.
- Ciaramella, A. (2020). La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale. *Diritto e Conti* [blog], 24-6-2020. Disponible en https://dirittoeconti.it/la-sopravvivenza-normativa-della-colpa-grave-nella-responsabilita-erariale/?print-posts=pdf&_gl=1*ty8w0*_up*MQ.*_ga*MzY5ODY0MTE0LjE3Mzg4NDIwNTQ.*_ga_HD7Y2T0080*MTczODg0MjA1My4xLjAuMTczODg0MjA1My4wLjAuMA.
- Clarich, M., Luiso, F. y Travi, A. (2016). Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti. *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 1271-1284.

- Giordano, A. (2021). La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020. *Rivista C. Conti*, 1, 14-21.
- Pagliarin, C. (2021). L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità. *Federalismi.it*, 10.
- Tenore, V. (2018). *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*. Milán: Giuffrè.