

DAÑO A LA IMAGEN DE LA ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS^(a)

RICARDO URSI⁽¹⁾

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DAÑO A LA IMAGEN.— III. APUNTES SOBRE LA TEORÍA CIVILISTA SOBRE EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL.— IV. LA NUEVA RESPONSABILIDAD DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS.— V. CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE MODELOS CIVILISTAS.— VI. EL DAÑO A LA IMAGEN DE LA ADMINISTRACIÓN COMO ESPECIALIDAD DENTRO DEL DAÑO PÚBLICO.— VII. IMAGEN DE LA ADMINISTRACIÓN Y ÉTICA PÚBLICA.

I. INTRODUCCIÓN

El daño a la imagen de la Administración pública —es decir, el daño que se deriva de su descrédito ante la opinión pública provocado por la actuación ilícita de un empleado público⁽¹⁾— se ha converti-

(a) Los términos utilizados en la versión original son "responsabilidad administrativa", que se emplean por la doctrina italiana para referirse a la responsabilidad patrimonial o responsabilidad civil de autoridades, funcionarios o empleados públicos en general, frente a la propia Administración, siendo su determinación competencia del Tribunal de Cuentas italiano o *Corte dei Conti*. No resulta extraño que en España no exista un término específico, dado lo escasísimo del fenómeno, al menos en la Administración civil. Para evitar equívocos, en el texto se ha traducido *responsabilità amministrativa* por responsabilidad patrimonial o responsabilidad civil de autoridades y funcionarios, pese a lo fatigoso que pueda resultar a veces el uso de la locución (*N. del T.*).

(*) Abreviaturas: *Riv. Amm.*: "Rivista amministrativa della Repubblica italiana". *Cons. St.*: "Rassegna del Consiglio di Stato". *Nuova rass.*: "Nuova Rassegna". *Foro Amm.*: "Foro Amministrativo". *Riv. Corte Conti*: "Rivista della Corte dei Conti". *Giur. It.*: "Giurisprudenza Italiana". *Foro it.*: "Foro italiano". *Dir. Proc. Amm.*: "Diritto processuale amministrativo". *Digesto disc. Priv./civ.*: "Digesto discipline privatistiche". *Giur. Cost.*: "Giurisprudenza Costituzionale". *Enc. Dir.*: "Enciclopedia del diritto". *Giust. Civ.*: "Giustizia civile". *Trib. Amm. Reg.*: "Tribunali Amministrative Regionali". *Giust. Amm.*: "Giustizia amministrativa". *Riv. Giur. lav.*: "Rivista giuridica del lavoro". *Nuovo gov. loc.*: "Nuovo governo locale". *Doc. giust.*: "Documenti giustizia".

(1) M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico*, Milán, 1996, p. 80.

do en la última frontera de la responsabilidad civil de autoridades y empleados públicos.

Es un hecho conocido que las profundas modificaciones de las funciones y cometidos de la Administración pública producidas por las reformas de los años noventa han tenido considerables repercusiones en el régimen de la responsabilidad civil de los empleados públicos, sobre todo en lo que se refiere a la naturaleza del daño. Este nuevo régimen y, como consecuencia, las nuevas funciones de la jurisdicción contable en esta materia, han provocado un proceso de ampliación progresiva de las actuaciones ilícitas perseguibles ante el Tribunal de Cuentas. Efectivamente, al dar preferencia a los intereses colectivos de la comunidad sobre los intereses de las personas jurídicas de Derecho público que la representan, se ha puesto en discusión el concepto tradicional del carácter patrimonial del daño resarcible en favor de una noción más amplia, el daño público entendido como daño a la colectividad⁽²⁾. Desde esta perspectiva, la tutela frente a la lesión a la imagen de la Administración pública, entendida como confiabilidad y credibilidad de las instituciones, ha encontrado su lugar entre los supuestos de daños públicos que originan la responsabilidad civil de los empleados públicos.

Sin embargo, aunque sostenida por una línea jurisprudencial consolidada, este supuesto de responsabilidad constituye todavía una figura de límites inciertos y de difícil definición⁽³⁾. A falta de una definición legal, la construcción del concepto de daño a la imagen se está haciendo a partir de categorías propias del Derecho civil, que no siempre están en sintonía con el nuevo sistema de responsabilidad civil de los empleados públicos. Con el presente artículo se pretende una reconstrucción del daño a la imagen de la Administración pública, desde la perspectiva de la teoría del daño público, como una institución que tiende a la tutela externa de los principios de la ética pública.

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DAÑO A LA IMAGEN

Tradicionalmente, la jurisprudencia contable, partiendo de una noción de daño al erario público como "perjuicio patrimonial efecti-

(2) P. MADDALENA, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, en *Riv. Amm.*, 1999, pp. 997 y ss.; en el mismo sentido, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 de enero de 1994*, en *Cons. st.*, 1994, II, 1427.

(3) S. PLATO, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, Padua, 1999, p. 262.

vo sufrido por la Administración pública", ha excluido cualquier forma de tutela del denominado "daño moral" sufrido por la Administración pública del ámbito del juicio de responsabilidad⁽⁴⁾. Esta posición partía de una lectura ortodoxa de la regulación del enjuiciamiento contable, en la cual expresiones como "deficiencias probadas", "deuda del agente", "daño probado o... valor perdido" (Real Decreto núm. 1214, de 12 de julio de 1934, art. 4 y 55), remitían a un concepto de daño entendido en un sentido financiero-contable. Por otra parte, a la vista del ámbito objetivo de actuación del art. 103 de la Constitución, para poder realizar una ampliación de la tutela a fenómenos que pudiesen dar lugar al resarcimiento de daños no patrimoniales, se consideraba necesaria una intervención expresa del legislador⁽⁵⁾.

Sin embargo, esta postura seguida por el Tribunal de Cuentas en lo relativo al resarcimiento del daño moral contrastaba con una línea jurisprudencial actualmente consolidada que, ensanchando el concepto de daño resarcible, extendía la tutela a bienes de carácter claramente inmaterial. En efecto, es bien conocido que desde los años setenta el Tribunal de Cuentas italiano había extendido su tutela a la lesión de bienes inmateriales, afirmando que "la noción de daño público no comprende sólo la lesión de bienes públicos patrimoniales en sentido estricto, sino que se extiende también a la lesión aquellos intereses públicos, que deben considerarse bienes en sentido jurídico, en cuanto protegidos por el ordenamiento para asegurar su conservación y preservarlos de su posible abandono, en el interés general de la colectividad"⁽⁶⁾. Este fue el sentido en que se expresó toda la jurisprudencia que prestó tutela frente al daño ambiental⁽⁷⁾ y al daño a la economía nacional.

De este modo surgía una evidente contradicción: mientras se daba tutela a la lesión de bienes eminentemente inmaterial —ampliando desmesuradamente el contenido de las normas sobre los juicios

(4) Sobre la evolución de la jurisprudencia en materia de daño no patrimonial, vid. C. DE BELLIS, *Danno pubblico e potere discrezionale*, Bari, 1999, pp. 298 y ss.; D. PETRUZZI, *Riflessioni sul danno pubblico erariale*, en *Nuova rass.*, 2001, pp. 135 y ss.

(5) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *Sez. Riun.*, 6 de mayo de 1988, núm. 580, en *Foro amm.*, 1988, III, 2636.

(6) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *Sez. Riun.*, núm. 378/A del 1984. Es interesante resaltar que las primeras sentencias que han reconocido la responsabilidad por daño a la imagen han enfatizado sustancialmente esta cuestión (vid. Sentencias de la Corte Conti, *sez. II*, 16 de noviembre de 1993, núm. 281; 27 de abril de 1994, núm. 114).

(7) Sobre la evolución en materia de daño ambiental, vid. F. SALVIA, *Danno ambientale e Corte dei Conti*, en el vol. col. *Studi en onore di Vittorio Ottaviano*, Milán, 1993, vol. II, pp. 1475 y ss.

contables— el juez contable negaba, por el contrario, la indemnizabilidad del daño moral con la tradicional argumentación de la necesidad de un desarrollo legislativo.

Las razones de la lectura exageradamente rigorista de las normas sobre los juicios contables que hacía el Tribunal de Cuentas italiano en los casos de daño a la imagen son un producto del debate sobre el carácter resarcible del daño no patrimonial sufrido por las personas jurídicas, especialmente en la firme interpretación que doctrina y jurisprudencia daban a los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal. Tradicionalmente, la jurisprudencia civil y penal encuadraba la noción de daño no patrimonial en el área del llamado "daño moral subjetivo" en su significado estricto de *pretium o pecunia doloris*. En consecuencia, entendido como daño relativo a la vida espiritual, interior, a los sentimientos y a los sufrimientos físicos y psíquicos consecuencia del hecho dañoso, el daño no patrimonial no podía nunca referirse a personas jurídicas, por definición insensibles a tales sufrimientos. Esto explica fácilmente por qué, una vez que había negado la existencia del daño no patrimonial de un ente jurídico, la jurisprudencia optó por una interpretación restrictiva del art. 52 del Real Decreto 1214/1934 y del art. 82 del Real Decreto núm. 2440, de 18 de noviembre de 1923, en el sentido de extender la tutela judicial solamente a los daños de naturaleza patrimonial. En consecuencia, aparte de algún tímido avance jurisprudencial⁽⁸⁾, debe considerarse como el momento clave de la evolución el conocido pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Corte de Casación⁽⁹⁾ que ha

(8) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. II, 15 de junio de 1990, núm. 190, en *Riv. Corte Conti*, 1990, 3, I, 110, que, por una parte, declaró la existencia de daño contable en la lesión de la credibilidad comercial de los ferrocarriles estatales provocada por la conducta penalmente punible de algunos empleados del ente ferroviario, pero por otra parte excluyó la tutela mediante el juicio de responsabilidad civil de los empleados públicos del daño moral, el cual, aunque valorable patrimonialmente, no sería determinante. En efecto, afirma la sentencia, el desdoro consecuencia de la conducta penalmente ilícita "no es determinante por cuanto recae sobre el autor de los hechos y no se identifica con el ente al que ese sujeto pertenece".

En este sentido, puede apreciarse la evolución progresiva experimentada por el Tribunal de Cuentas italiano cuando, otorgando tutela al daño a la imagen, ha afirmado que este daño se funda sobre el principio de acuerdo con el cual se identifica a la Administración con el sujeto que actúa por ella. Vid. Sentencia *Corte dei Conti*, sez. Umbria, 28 de mayo de 1998, núm. 501, en *Riv. Corte Conti*, 1998, 3, II, 195.

(b) La "Corte de Cassazione" es la más alta instancia judicial en materias civil y penal, a la que corresponde también lo relativo a la responsabilidad civil, incluida la de la Administración o la de sus autoridades o agentes. La "Sezioni Unite" de la Casación es una formación que hace las veces, con funciones muy similares, del Pleno del Tribunal Supremo en el Derecho español.

declarado admisible, en relación con delitos cometidos contra la Administración pública, lesivos de la dignidad y respetabilidad del Estado, el derecho a la indemnización del daño no patrimonial a favor del mismo Estado⁽⁹⁾.

Sobre la base de dos relevantes avances registrados en la jurisprudencia constitucional⁽¹⁰⁾, la Corte de Casación italiana acogió la distinción entre daño moral y daño no patrimonial, este último configurado como "cualquier consecuencia peyorativa que no sea susceptible, mediante la utilización de criterios objetivos de mercado, de una valoración pecuniaria rigurosa"⁽¹¹⁾. En este sentido, el daño no patrimonial se refería, no sólo a sufrimientos físicos o psicológicos, sino también a lesiones en la esfera subjetiva y moral, como el honor, la reputación o la propia imagen. Estas afirmaciones conducían a la posibilidad de reconocer también a las personas jurídicas, y en consecuencia también y en cabeza a los entes públicos, una tutela indemnizatoria contra las lesiones de bienes inmateriales.

Liberada de una aproximación dogmática al problema, que negaba a las personas jurídico-públicas el derecho a la indemnización del daño no patrimonial, el Tribunal de Cuentas italiano operaría en los años sucesivos un profundo *revirement* de su propia jurisprudencia reconociendo en sede judicial contable el carácter de indemnizable del daño a la imagen producido en los casos de condena penal por delitos contra la Administración pública.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este cambio jurisprudencial ha estado influido, por un lado, por una progresiva reelaboración teórica del instituto de la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios públicos a la luz de las reformas de los primeros años noventa; por otro lado, por el contexto social y político del periodo, caracterizado, como es bien conocido, por una tremenda expansión de los juicios penales por delitos contra la Administración pública.

Como consecuencia, primero, se afirmaba explícitamente que, como consecuencia de las innovaciones contenidas en las leyes núm.

(9) *Cassazione*, sez. I, 10 de julio de 1991, núm. 7642, en *Giur. It.*, 1992, I, I, 96.

(10) Sentencias de la *Corte Costituzionale* de 29 de julio de 1979, núm. 88, en *Giur. Cost.*, 1979, 659; y de 30 de junio de 1986, núm. 184, *ivi*, 1986, 1471.

(11) Esta distinción se desprende claramente de las palabras de la *Corte de Cassazione*, que excluye "la ecuación entre daño no patrimonial y daño moral, porque el daño no patrimonial comprende cualquier consecuencia perjudicial de un ilícito que, no prestándose a una valoración monetaria basada en criterios de mercado, no pueda ser objeto de indemnización en sentido estricto, pero sí de compensación, de guisa que, comprendiendo el daño no patrimonial también los efectos lesivos que son independientes de la personalidad psicológica del dañado, sí puede referirse incluso a entes jurídicos carentes de entidad física".

142, de 8 de junio de 1990, y núm. 19 y 20, de 14 de enero de 1994, debe reconocerse a la jurisdicción contable la naturaleza de juez ordinario en materia de responsabilidad civil de autoridades y funcionarios públicos y, por eso, "en aquellos casos en los que la actuación de los administradores y empleados públicos produzca un daño moral debe afirmarse la jurisdicción de la *Corte dei Conti* para conocer de la entera situación lesiva"⁽¹²⁾.

Segundo, emergía el claro convencimiento de que la tutela del daño a la imagen podría convertirse en un instrumento ulterior para lograr la represión del fenómeno de los malos hábitos administrativos al margen del juicio penal. Esta afirmación encuentra su confirmación en un pronunciamiento del juez contable, que señalaba que "donde se debiese excluir la jurisdicción de la *Corte dei Conti* sobre el daño no patrimonial, vendría a establecerse un área de sustancial exención de responsabilidad en todos los casos en los que la Administración no ejercite la acción de responsabilidad civil derivada del delito o bien no conduzca a una condena como consecuencia de la tramitación por el proceso especial abreviado (art. 444 del Código procesal penal), o incluso la Administración omita el ejercicio de la acción ante el juez civil"⁽¹³⁾.

Efectivamente, separándose de las conclusiones a las que había llegado precedentemente, y apoyándose en una noción de daño público comprensiva también de la lesión de bienes inmateriales protegidos por el ordenamiento en el interés general de la colectividad, el Tribunal de Cuentas italiano establecía su propia competencia sobre el daño no patrimonial, como el efecto lesivo consistente en el descrédito sufrido por la Administración a consecuencia como consecuencia de un comportamiento ilícito tipificado penalmente⁽¹⁴⁾.

El daño a la imagen, "aunque consista en la lesión de un bien inódneo para ser objeto de intercambio y de cuantificación pecuniaria según las leyes del mercado, constituye siempre un interés directamente protegido por el ordenamiento y, como tal, revestido de valor económico al igual que otros bienes inmediatamente tutelables"⁽¹⁵⁾.

(12) En este sentido, Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. I, de 7 de marzo de 1994, núm. 55, en *Riv. Corte Conti*, 1994, 2, II, 58.

(13) Cfr. Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Lombardia, de 24 de marzo de 1994, núm. 31, en *Riv. Corte Conti*, 1994, II, 171.

(14) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. II, 27 de abril de 1994, núm. 114, en *Riv. Corte Conti*, 1994, 2, II, 102.

(15) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Umbria, 10 de febrero de 1995, núm. 20 en *Riv. Corte Conti*, 1995, 1, II, 186.

En otras palabras, el juez contable identifica en la imagen de la Administración pública uno de esos bienes de carácter no patrimonial que, por medio de las disposiciones contenidas en los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal, pueden encontrar tutela en el juicio de responsabilidad civil de autoridades y funcionarios⁽¹⁶⁾.

En el mismo sentido, es oportuno señalar como, en un primer momento, la tutela resarcitoria del daño a la imagen parece configurarse como accesoria respecto del daño patrimonial consecuencia del comportamiento constitutivo de ilícito penal, en cuanto —se afirma— "el cuadro normativo (...) permite reconocer como comprendida en la competencia de la Corte dei Conti el conocimiento en aquellos casos en los que un daño patrimonial sea producido a la estructura pública por la actividad de sus administradores y empleados, también en los casos de daño moral añadido a los efectos lesivos del primero"⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, el carácter accesorio del daño a la imagen respecto del daño económico provocado por el delito se abandonaría enseguida, basándose en que al Tribunal de Cuentas italiano se le debía reconocer una jurisdicción general sobre la completa situación lesiva para la estructura pública, lo que permite indemnizar el daño a la imagen en sí mismo considerado causado por el perjuicio producido por un evento que ha lesionado el valor de la estructura pública⁽¹⁸⁾.

Esta cuestión se ve confirmada por la posición unánime de la jurisprudencia contable, que señala que, para la indemnización del daño no patrimonial, no es necesaria la simultánea y directa disminución del patrimonio material de la Administración pública⁽¹⁹⁾.

En esta fase de la evolución jurisprudencial de la *Corte dei Conti*, el daño a la imagen causado por comportamientos constitutivos de ilí-

(16) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. I, 7 marzo 1994, núm. 55, en *Riv. Corte Conti*, 1994, 2, II, 58.

(17) Cfr. *Corte dei Conti*, sez. Lombardia, 24 marzo 1994, núm. 31, en *Foro amm.*, 1994, I, 2578.

(18) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Campania, 23 de abril de 1998, núm. 29, en *Riv. Corte Conti*, 1998, 4, II, 131.

(19) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Lombardia, 12 de enero de 1996, núm. 133, en *Riv. Corte Conti*, 1996, 2, II, 97. En esta sentencia se afirma que "la violación de la obligación de fidelidad, que el dependiente asume en relación a la Administración, altera el sinalagma del acuerdo contractual con la consiguiente lesión del complejo de derechos que en razón de tal relación se dirigen a la Administración; dicha lesión, incluso no provocando una directa disminución del patrimonio material de la Administración pública, constituye sin embargo un daño no patrimonial resarcible (...) e integra en consecuencia el elemento de la antijuridicidad de la conducta exigida por la Ley para la existencia de responsabilidad por daño respecto al ente público".

cito penal se configura como un daño no patrimonial resarcible en los términos de los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal.

Un paso ulterior en esta evolución correspondería a las Secciones Unidas de la Casación, que, en la sentencia de 23 de enero de 1997, núm. 5668, por un lado reconocieron la competencia del Tribunal de Cuentas en lo referido al daño a la imagen de la Administración pública, pero que, por otro lado, subrayaban el carácter patrimonial —en sentido amplio— de este tipo de daño. De acuerdo con el alto Tribunal, la lesión a la imagen de la Administración, aunque no determine una disminución patrimonial directa, debe considerarse “susceptible de una valoración patrimonial desde la perspectiva de los gastos necesarios para reparar el bien jurídico lesionado”⁽²⁰⁾.

Estas afirmaciones se inspiran en teorías ampliamente difundidas por la doctrina civilista, sobre cuya base, por un lado, debería restringirse el área de los daños no patrimoniales subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 2059 del Código Civil —que sólo regula los daños derivados de sufrimientos físicos y morales padecidos por una persona física (*pretium doloris*)—, y, por otro lado, se aseguraría de forma más segura la tutela de los derechos de la personalidad, entre ellos el derecho a la propia imagen, por medio de la cláusula general del artículo 2043 del Código Civil. Esta posición, basada en la sentencia constitucional 184/1986 se aproxima, evidentemente, a la teoría del daño-evento, entendido como lesión directa de un interés jurídicamente protegido por el ordenamiento. En este sentido, “para la indemnizabilidad del daño a la propia imagen de un ente público no es necesario que se verifique una *deminutio patrimonii* (daño-consecuencia), siendo suficiente la existencia de un hecho intrínsecamente dañoso en cuanto afectante a intereses primarios protegidos de modo inmediato por el ordenamiento jurídico (el llamado daño-evento)”⁽²¹⁾.

Justamente siguiendo esta posición, la Casación entiende que la violación por autoridades o empleados públicos de las normas penales comporta un detrimento grave del prestigio de la Administración entre los ciudadanos, lo cual hará precisa una actividad promocional destinada a repristinar esa imagen dañada⁽²²⁾. Es en razón de este

(20) Sentencia de la *Cassazione*, S.U., 23 de enero de 1997, núm. 5668, en *Foro it.*, 1997, I, I, 2872.

(21) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Piemonte, 14 de febrero de 2000, núm. 935, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 4, II, 47.

(22) Sentencia de la *Cass. S.U.*, 25 de octubre de 1999, núm. 744, en *Riv. Corte Conti*, 2000, I, II, 184; 4 de abril de 2000, núm. 98, *ivi*, 2000, 2, II, 188.

carácter patrimonial, en sentido amplio, del daño a la propia imagen, por lo que se reconoce al Tribunal de Cuentas, en el ámbito de sus competencias sobre la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios, la competencia para conocer de la demanda de indemnización⁽²³⁾. Como consecuencia, los límites de la jurisdicción contable siguen siendo los del carácter patrimonial y el valor económico del perjuicio sufrido por el erario público, aunque sea como consecuencia de la lesión de bienes inmateriales⁽²⁴⁾.

A esta elaboración teórica se adhiere la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal de Cuentas. En efecto, se afirma que el daño a la imagen de la Administración es daño patrimonial por cuanto “el bien lesionado está constituido por aquellos intereses primarios que son protegidos de modo inmediato por el ordenamiento, sobre todo constitucional, cuya lesión es indemnizable si es susceptible de valoración económica”⁽²⁵⁾, a la luz de criterios objetivos como “los gastos necesarios para reparar la dignidad perdida por las instituciones”⁽²⁶⁾. Como han afirmado también las Secciones Reunidas de la Corte de Casación, las lesiones al bien imagen y al correspondiente interés de la Administración no son indemnizables en sí mismas, sino sólo en cuanto comporten la necesidad de realizar gastos para lograr la reparación del bien⁽²⁷⁾. Por tanto, no nos encontramos ante un daño no patrimonial, porque dentro de esta categoría sólo cabría el daño moral subjetivo que, como tal, no es susceptible de ser aplicado fuera del ámbito de las personas físicas⁽²⁸⁾.

Al respecto parece oportuno resaltar que, una vez configurado el daño a la imagen como un daño patrimonial en sentido lato, y no como daño no patrimonial, se llega a la conclusión de admitir su resarcimiento incluso fuera de los límites previstos en los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal, es decir, indepen-

(23) Sentencia de la *Cass. S.U.*, 28 de noviembre 1997, núm. 12041, en *Riv. Corte Conti*, 1997, 6, II, 288.

(24) Sentencia de la *Corte dei Conti*, Sez. Riun., 28 de mayo de 1999, núm. 16/99/QM, en *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 907; Sez. Lombardia, 18 de mayo de 2000, núm. 672, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 4, II, 51.

(25) Cfr. Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Marche, 29 de mayo de 2000, núm. 3269, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 3, II, 148; Sez. Sardegna, 27 de abril de 2000, núm. 590, *ivi*, 5, II, 153.

(26) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Basilicata, 10 de febrero de 1998, núm. 28, en *Riv. Corte Conti*, 1998, 2, II, 104.

(27) Sentencia de la *Corte dei Conti*, Sez. Riun., 28 de mayo de 1999, núm. 16/99/QM cit

(28) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Lombardia, 25 de marzo de 1999, núm. 381, en *Riv. Corte Conti*, 1999, 3, II, 104.

dientemente de la comisión de un delito y, sobre todo, pudiendo prescindir de un daño patrimonial específico⁽²⁹⁾.

En este punto ya se atisba el resultado final: el daño a la imagen y al prestigio de la Administración puede ir más allá de un comportamiento subsumible en un tipo penal, incluso de un comportamiento gravemente ilícito aunque no penal, siempre que sea idóneo para producir una pérdida de prestigio y un grave detrimento de la personalidad pública en la medida de hacer necesario un gasto para repararlos⁽³⁰⁾.

Sin embargo, debe recordarse aquella línea jurisprudencial que, incluso adhiriéndose a la tesis del carácter patrimonial, parece preocupada por el hecho de que la extensión de la teoría del daño-evento al área de las personas jurídicas pueda causar una aproximación "hacendística", únicamente dirigida a la indemnización de los aspectos patrimoniales de la lesión. En concreto, teniendo en cuenta la peculiaridad de la lesión al derecho a la imagen de la Administración pública, aparece la convicción de que no puede referirse únicamente a los costes de reparación del bien jurídico lesionado. En efecto, "incluso si debiesen individuarse y aislarse gastos específicamente destinados a la reparación de la imagen pública, no puede realísticamente entenderse que puedan ser por sí mismos suficientes para la reparación de la imagen en sí misma considerada, dependiendo esta reparación de gastos mucho más elevados, articulados y transversales, dirigidos, por un lado, a asegurar una reacción adecuada contra la acción lesiva y contra su autor y, por otro lado, a relanzar el ejercicio de la función violada hacia formas nuevas, más eficaces y eficientes y, de cualquier modo, más adecuadas para devolver la confianza a los ciudadanos y a volver a levantar el prestigio del ente implicado"⁽³¹⁾.

(29) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *Sez. Riun.*, 28 de mayo de 1999, núm. 16/99/QM cit.; *sez. Marche*, 28 de mayo de 2000, núm. 3349, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 4, II, 64; *sez. Veneto*, 15 de enero de 1999, núm. 15 en *Riv. Corte Conti*, 1999, 1, II, 90; *sez. II*, 13 de octubre de 1998, núm. 207/A en *Riv. Corte Conti*, 1998, 5, II, 45.

En sentido contrario, todavía en épocas recientes, *sez. Toscana* 10 de marzo de 2000, núm. 476, en *Riv. Corte dei Conti*, 2000, 2, II, 112, en la que se excluye "la responsabilidad del empleado público condenado, puesto que la consiguiente lesión a la imagen de la Administración no ha comportado objetivos daños patrimoniales reconducibles a una calificada ofensa del funcionamiento institucional del ente o a gastos necesarios para redorar el prestigio comprometido".

(30) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. Umbria*, 8 de marzo de 2000, núm. 107, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 2, II, 133.

(31) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. Umbria*, 18 de octubre de 2000, en *www.am.corteconti.it*.

Esta aproximación al problema es compartida por esa línea de la jurisprudencia contable que, pese a los pronunciamientos de la Casación, continúa defendiendo la naturaleza no patrimonial de la lesión del derecho a la propia imagen de la Administración⁽³²⁾. La imagen de la Administración pública, aunque no constituya un bien objeto de intercambio y susceptible de valoración pecuniaria, es un interés protegido por el ordenamiento. El daño a bienes eminentemente inmateriales —como el prestigio, el honor, la reputación de la Administración— resultaría merecedor de sanción puesto que incide negativamente sobre las relaciones entre Administración y comunidad⁽³³⁾. En consecuencia, la gravedad de la lesión no se reduce a una simple actividad reparatoria, porque, a diferencia de la de un sujeto privado, la imagen pública puede repararse, pero nunca por completo, en la medida en que lo que se alterado es la relación de confianza entre los ciudadanos y la Administración.

Resulta evidente que, para esta línea jurisprudencial minoritaria, los gastos necesarios para restaurar la imagen dañada se escapan de una determinación precisa y quedan, en la parte no soportada por el responsable, a cargo de la colectividad⁽³⁴⁾. La tarea de evaluar el alcance concreto del daño corresponde al Tribunal de Cuentas, como juez natural del análisis y valoración de los costos de la actividad administrativa y, en consecuencia, también de aquéllos necesarios para restablecer la imagen pública⁽³⁵⁾. De acuerdo con esta argumentación, la pérdida de imagen de la Administración atañe directamente al Tribunal de Cuentas, el cual, en un juicio no tanto indemnizatorio como sancionatorio⁽³⁶⁾, realiza una valoración en equidad de la lesión sufrida con independencia de los gastos necesarios para redorar esa imagen⁽³⁷⁾.

Estas consideraciones encuentran una confirmación tanto en lo relativo a la cuantificación del daño, que en ausencia de un proyecto concreto de restauración de su imagen elaborado por la Adminis-

(32) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. Umbria*, 4 de marzo de 1998, núm. 252, en *Riv. Corte Conti*, 1998, n.3, II, 187; *sez. Sardegna*, 9 de mayo de 2000, núm. 592, *ivi*, 2000, 5, II, 153.

(33) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. II*, 5 de mayo de 2000, núm. 151/A, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 3, II, 111; *sez. Piemonte*, 14 de febrero de 2000, núm. 935, *ivi*, 4, II, 47.

(34) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. Umbria*, 28 de mayo de 1998, núm. 501 cit.

(35) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. Umbria*, 10 de febrero de 1995, núm. 20 en *Riv. Corte Conti*, 1995, 1, II, 186.

(36) C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milán, 1998, 33.

(37) Sentencia de la *Corte dei Conti*, *sez. Piemonte*, 14 de febrero de 2000, núm. 935/EL/2000, en *Riv. Corte Conti*, 2000, 4, II, 47; 19 de abril de 2000, núm. 1196, *ivi*, 2000, 5, II, 102; 21 de junio de 2000, núm. 1345/R/00.

tración, deberá hacerse en equidad ex artículo 1226 del Código Civil. Según la jurisprudencia contable, esta valoración debe basarse en una serie de elementos objetivamente contrastables, como la amplitud de los reflejos negativos o la relevancia social de la actividad desarrollada, pese al precario estado de las finanzas de la Administración dañada, que debe hacer frente con unos medios limitados por el presupuesto a la necesidad de recuperar su prestigio perdido⁽³⁸⁾.

En realidad, adelantando algunas conclusiones, las posiciones de la jurisprudencia contable en lo relativo al daño a la imagen se resienten de algunas contradicciones que provienen de la teoría civilista. Está claro que el juez contable continúa utilizando categorías e instrumentos teóricos que, por un lado, no son coherentes con la evolución del instituto de la responsabilidad administrativa y, por otro, se resienten de las pervivencias de una teoría tradicional del daño al erario. Tal vez fuese más coherente con la naturaleza del interés tutelado, como se afirma en algún pronunciamiento, superar la dicotomía daño patrimonial-daño no patrimonial, y dar una configuración específica al daño a la imagen en el campo de la responsabilidad administrativa, allí donde lo que cuenta es la vulneración de la credibilidad de la Administración pública⁽³⁹⁾, y sus secuelas sobre la funcionalidad de las instituciones.

III. APUNTES SOBRE LA TEORÍA CIVILISTA SOBRE EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL

Del análisis de la evolución de la jurisprudencia sobre daño a la imagen surge la necesidad de un examen del tema desde el punto de vista del papel que corresponde a la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios frente a la propia Administración. A este propósito parece oportuno revisar sucintamente la elaboración doctrinal y jurisprudencial sobre el daño extracontractual.

Es conocido que el daño se define como lesión de un interés, por lo que hablar de "daño injusto" supone hablar de la lesión de un interés jurídicamente protegido⁽⁴⁰⁾.

(38) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Basilicata, 18 de febrero de 1998, núm. 28 cit.

(39) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Campania, 23 de abril de 1998, núm. 29 cit.

(40) G. VISINTINI, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padua, 1996, pp. 505 y ss.; P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, *la responsabilità civile*, Turín, 1998, p. 276; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milán, 1998, p. 40. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milán, 1994, p. 582; ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por RESCIGNO, parte VI, vol. 14, Turín, 1995, pp. 411 y ss.;

Sentado lo dicho, la distinción⁽⁴¹⁾ entre daño patrimonial y no patrimonial no se refiere a la naturaleza del interés tutelado, sino más bien a las consecuencias que de su lesión puedan derivar. En efecto, mientras en el caso del daño patrimonial, el daño es un elemento ulterior respecto de la lesión injusta, en las hipótesis de daño no patrimonial, por el contrario, es la lesión misma lo que resulta dañoso para la víctima, incluso si al daño no patrimonial pueden añadirse daños patrimoniales⁽⁴²⁾.

Normalmente, se entiende por daño patrimonial un daño que pueda ser valorado objetivamente por el juez tomando como referencia parámetros económicos⁽⁴³⁾. Como se ha señalado, el carácter patrimonial del daño no es una cualidad deducible a priori del interés lesionado, sino que depende de las consecuencias del hecho dañoso sobre los bienes de la víctima. En este sentido, "se habla de carácter patrimonial cuando las consecuencias perjudiciales de la lesión sean valorables económicamente basándose en un criterio social típico"⁽⁴⁴⁾.

Efectivamente, el supuesto de hecho del artículo 2043 del Código Civil no está completa si junto al hecho hipotéticamente "injusto" porque lesiona un interés jurídicamente protegido, no se encuentra la hipótesis del daño⁽⁴⁵⁾. Este daño, como es conocido, se concreta en el binomio daño emergente y lucro cesante⁽⁴⁶⁾, y debe ser cierto, en el sen-

M. FRANZONI, *I fatti illeciti en Commentario al Codice Civile* a cura di Scialoja, Bologna-Roma, 1993, pp. 102 y ss., con un tratamiento más atento a un enfoque comparativista; vid. G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, Milán, 1998, IV, pp. 601 y ss.

(41) Es preciso resaltar que la bipartición daño patrimonial y daño no patrimonial, sobre la que se basa el Código Civil italiano ha sido actualmente puesta en discusión por la doctrina. En el Derecho actual valdría como ejemplificación de categorías diferentes que, sin embargo, han perdido actualmente sus contornos tradicionales. En este sentido, hay autores que han puesto de manifiesto el proceso de diversificación del concepto de daño hacia una pluralidad de figuras de daños (cfr. S. PATIL, *voz danno patrimoniale*, en *Digesto disc. civ.*, V, Turín, 1989, pp. 90 ss.).

(42) P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 278. C. SALVI, *op. cit.*, p. 43. En sentido contrario, la doctrina que considera inaceptable la idea de daño como consecuencia indemnizable de la lesión y sostiene, por el contrario, que el daño es justamente la lesión por la que la situación subjetiva objeto de la lesión determinará la patrimonialidad o no del daño. Vid. C. CASTRONOVO, *Danno biologico*, Milán, 1997, pp. 1 y ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, Milán, 1979, I, pp. 59 y ss.

(43) A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 59.

(44) Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, 272.

(45) G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, I, Padua, 1987, XIX.

(46) C.M. BIANCA, *op. cit.*, 116. Tali locuzioni, introdotte dall'art. 1223 c.c., come contenuto minimo del risarcimento, en riferimento alle sole conseguenze immediate e dirette dell'illecito e dell'inadempimento dell'obbligazione, devono essere interpretate nel sen-

tido de que debe guardar relación de causalidad con su hecho generador. En efecto, existe daño cierto "cuando sobre la base de la probabilidad estadística, y de la normalidad con la que los hechos resultan concatenados, se puede afirmar que un daño cierto procede de hechos causales que integran la lesión de la víctima"⁽⁴⁷⁾. En consecuencia, se puede sin más sostener que cualquier consecuencia perjudicial y valorable económicamente, relacionable con la lesión perpetrada ha de considerarse como daño efectivamente sufrido por el actor.

Parece evidente que, en relación con el daño patrimonial, se destaca la función compensatoria de la responsabilidad civil. El juez tiende a reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de la lesión del interés jurídicamente protegido a través de la traslación de la pérdida económica de la víctima al responsable⁽⁴⁸⁾. Por el contrario, en lo que se refiere al daño no patrimonial, el debate sobre la naturaleza del mismo se ha resentido de siempre de la interpretación del art. 2059 del Código Civil, que establece que "el daño no patrimonial debe ser indemnizado sólo en los casos establecidos por la Ley"⁽⁴⁹⁾. Tradicionalmente se ha entendido que por "casos establecidos en la Ley" se debían entender las actuaciones ilícitas que revistiesen las características de un delito.

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, la noción de daño no patrimonial provocada por el angosto supuesto de hecho de la norma citada fue establecida por la *Corte Costituzionale* en la famosa sentencia 184/1986. El juez constitucional ha definido el daño no patrimonial como aquel daño "no susceptible de una valoración económica directa". El llamado daño moral subjetivo —es decir, cualquier perturbación del estado de ánimo del sujeto injustamente afectado por un hecho materialmente idóneo para constituir un ilícito penal lesivo de los intereses de la víctima— resulta ser sólo una subclase del daño no patrimonial. En consecuencia, el daño no patrimonial como lesión de un interés protegido constitucionalmente será indemnizado con base en el art. 2043 del Código Civil como especie dentro del género daño injusto, mientras que lo dispuesto en el art. 2059 se convierte en el ámbito, desde algunas perspectivas demasia-

so che la protezione dello *status quo* della vittima si estende a tutte le *utilità* che la vittima avrebbe normalmente tratto dal suo stato economico peggiorato dal convenuto.

(47) P.G. MONATERI, *op. cit.*, 281.

(48) C. SALVI, *op. cit.*, p. 31.

(49) Sul danno non patrimoniale vedi PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, Padua, 1997; M. FRANZONI, *Il danno morale*, Padua, 1997; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, en *La responsabilità extracontrattuale*, a cura di Cendon, Milán, 1994, p. 441 ss.; G. BONILLINI, voce *danno morale*, en *Digesto disc. priv.*, Turín, vol. V, 84; Id., *il danno non patrimoniale*, Milán, 1983.

do estrecho, del que derivar la tutela del daño moral. Como consecuencia de lo anterior, parece surgir con claridad como, por una parte, el art. 2043 se convierte en el instrumento par tutelar la lesión de intereses jurídicamente relevantes y, por otro lado, la patrimonialidad o no del daño no resulta ser un elemento que determine específicamente el hecho ilícito a los efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la norma citada. La conclusión es la diferente naturaleza de la responsabilidad civil en presencia de un daño no patrimonial.

En cuanto que no susceptible de valoración económica directa, la lesión de un bien considerado *extracommercium*, pero considerado de todas formas merecedor de tutela constitucional, provoca como consecuencia inevitable que la cuantificación del daño deba ser de tipo equitativo a causa de la inidoneidad absoluta del mercado para proporcionar elementos que permitan esa valoración.

No obstante, la determinación de la entidad del daño indemnizable por parte del juez se verá afectada por fines ulteriores respecto a la reparación de las consecuencias perjudiciales de la lesión. En efecto, en las hipótesis de daño no patrimonial "el resarcimiento no puede dirigirse a la restauración del precio de los bienes dañados, porque tales bienes *no* tienen precio y el juez, a través de una valoración de carácter equitativo, convertirá en un signo monetario de desvalor social la represión ordenada por el ordenamiento de la conducta reprobable del condenado"⁽⁵⁰⁾. Es decir, que al juicio sobre el daño no patrimonial debe reconocérsele una componente predominante punitiva y satisfactiva frente a la compositoria e indemnizatoria.

Efectivamente, como se ha señalado, la responsabilidad por daños no patrimoniales expresa una forma de tutela netamente diferenciada respecto a la de los daños patrimoniales, "hasta el punto de que sería probablemente preferible —si el uso corriente y el legislativo no sugiriesen otra cosa— utilizar en ambas hipótesis (...) términos diferentes, reservando para la segunda los de "resarcimiento" y "daño", que tienen en la primera un significado sólo metafórico"⁽⁵¹⁾.

IV. LA NUEVA RESPONSABILIDAD DE AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS

Es sabido que las reformas administrativas de los años noventa han diseñado un nuevo modelo de Administración basado en una

(50) Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 278.

(51) Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, 34.

aproximación "managerial" y centrado en la prevalencia de criterios hacendísticos⁽⁵²⁾. Un reforzamiento de las garantías del correcto uso de los recursos públicos es connatural a un sistema que pone el acento sobre la eficiencia y sobre el resultado más que sobre la legitimidad de la acción⁽⁵³⁾. En este sentido, con la reforma de la responsabilidad civil de autoridades y funcionarios frente a la Administración, llevada a cabo por medio de las Leyes 19 y 20/1994 y sucesivas integraciones y modificaciones, se ha querido lograr un instrumento de tutela de la colectividad respecto al buen funcionamiento de las Administraciones públicas⁽⁵⁴⁾.

Si es cierto que el Tribunal de Cuentas italiano es un órgano destinado por la Constitución al papel insustituible de tutela de las finanzas públicas y de sus equilibrios, el juez contable se convierte en uno de los órganos destinados por el ordenamiento a la tutela del buen funcionamiento de la Administración establecido en el art. 97 de la Constitución. Esto, a la luz del nuevo modelo de Administración, se convierte en la base sobre la que se fundan equilibrios financieros, funcionalidad de las gestiones y sanciones para el comportamiento que no esté en línea con las reglas establecidas para asegurar objetivos y resultados⁽⁵⁵⁾.

Esta configuración del instituto examinado tiene necesariamente consecuencias sobre la naturaleza del daño al erario público, que no puede ya configurarse como daño a la persona jurídica pública, sino como daño a la comunidad administrada y, en este sentido, los intereses lesionados son siempre intereses colectivos. En efecto, "la acción de responsabilidad administrativa, justo por estar dirigida la tutela de los intereses de la comunidad, antes que a los intereses propios del ente que la representa, no puede encuadrarse en el viejo esquema de una acción dirigida a perseguir responsabilidades que pueden llamarse patrimoniales"⁽⁵⁶⁾.

(52) F. SALVIA, *Valori e limiti della managerialità nella pubblica amministrazione*, en *Archivio di diritto costituzionale*, 1994, 4, 260.

(53) J. E. LANE, *L'evoluzione della pubblica amministrazione: dall'approccio "amministrativo" all'approccio manageriale*, en *Problemi di Amministrazione pubblica*, 1995, 546.

(54) P. MADDALENA, *La nuova conformazione cit.*, 997; Id., *Responsabilità civile e amministrativa cit.*, 1427 ss.; Sulle innovazioni introdotte dalla riforma 1994-96 vid. L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte Conti*, en *Foro Amm.*, 1997, 33; M. RISTUCCIA, *Il nuovo sistema della responsabilità e la giurisdizione della Corte dei Conti*, en *Riv. Corte Conti*, 2, 1997, 257 ss.

(55) R. ARRIGONI, *Moralità pubblica e danno non patrimoniale dinanzi alla Corte dei Conti: due sentenze a confronto*, en *Riv. Amm.*, 1994, 1220.

(56) P. MADDALENA, *La nuova conformazione cit.*, p. 1009.

En este sentido es adecuado recordar la opinión de quien lúcida-mente señala como "aquel daño patrimonial, que hacía tiempo que había puesto a dura prueba la coherencia del juicio contable, ha encontrado en el diseño de la reorganización de las Administraciones públicas las razones de una superación definitiva mediante una protección que, conjugando responsabilidad y funcionalidad, relega el perjuicio patrimonial a un aspecto no necesario ni exclusivo del objeto de la tutela"⁽⁵⁷⁾. En consecuencia, a través de la responsabilidad civil de los empleados públicos, valorando y sancionando sus comportamientos ineficientes, se pretende lograr la tutela del buen funcionamiento de la Administración pública⁽⁵⁸⁾.

Si esta posición resulta correcta —y difícilmente se puede dudar de ello en la actualidad— resulta claro que la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos y la responsabilidad civil general tienen papeles absolutamente diferentes.

En efecto, la doctrina civilista mayoritaria considera que la función prevalente de la responsabilidad civil es, en última instancia, la de reparar la lesión injusta de un interés jurídicamente protegido, que se mide en términos de valor económico, con el fin de conseguir una convivencia pacífica entre los individuos. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios tiene un carácter exquisitamente publicístico, con un significado de instrumento prevalentemente represivo-sancionador íntimamente unido a una óptima protección del interés público⁽⁵⁹⁾.

Este tipo de consideraciones ha encontrado recientemente el apoyo del Tribunal Constitucional italiano⁽⁶⁰⁾, que ha considerado que las reformas administrativas de los años noventa han contribuido a diseñar una nueva configuración de la responsabilidad de autoridades y funcionarios de acuerdo con una orientación dirigida, entre otras cosas, a acentuar los perfiles sancionadores sobre los indemnizatorios⁽⁶¹⁾.

(57) Cfr. R. ARRIGONI, *op. cit.*, 1223.

(58) F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti tra risarcimento e sanzione*, en *Le responsabilità pubbliche*, dirigido por D. SORACE, Padua, 1998, pp. 299 y ss.

(59) P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa*, cit., 1438.

(60) Cfr. *Corte Cost.*, 30 de diciembre de 1998, núm. 453, en *Giur. Cost.*, 1998, 3753

(61) No obstante lo señalado por el Tribunal Constitucional, parecen propender todavía hoy a defender la función indemnizatoria de la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios, L. SCHIAVELLO, voz *Responsabilità amministrativa*, en *Enc. Dir.*, Milán, 1999, vol. II agg., 895; D. PETRUZZI, *op. cit.*, 152; en un sentido más problemático: F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti*, tercera edición, Milán, 2000, 130 ss.

Realmente, hay que señalar que las afirmaciones del Tribunal Constitucional han venido a subrayar la peculiaridad de este tipo de responsabilidad que ya precedentemente parte de la doctrina y la jurisprudencia habían encontrado forma de sostener⁽⁶²⁾.

V. CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE MODELOS CIVILISTAS

Sobre la base de las consideraciones que preceden, parece poderse afirmar que, responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios son institutos con características y finalidades diversas. Esto establecido, aparece oportuno preguntarse si, para la reconstrucción del daño a la imagen de la Administración pública, pueda hacerse referencia a modelos propios del Derecho civil. La respuesta no puede ser sino negativa.

Como se ha puesto de manifiesto, el giro jurisprudencial del Tribunal de Cuentas italiano en relación al reconocimiento de la tutela del daño a la imagen en sede contable debe de relacionarse con el avance realizado por la Casación en lo relativo a la indemnizabilidad del daño no patrimonial a un ente jurídico⁽⁶³⁾.

Esta sentencia ha resuelto no pocos problemas interpretativos y ha ampliado a los entes públicos el área de los sujetos que están habilitados a actuar pretensiones resarcitorias en sede penal.

(62) Por todos, vid. P. MADDALENA, *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, en *Cons. St.*, 1976, II, 831 ss. Id., *La responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici: rapporti con la responsabilità civile e le sue peculiarità*, en *Foro it.*, 1979, V, 61 ss.; *Responsabilità amministrativa, danno pubblico e tutela dell'ambiente*, Rimini, 1985.

Hay que recordar cómo, desde su origen en 1923, este tipo de responsabilidad se puso en marcha como instrumento para resolver un estado de difusa "mala administración" en la cual las relaciones entre política, finanzas y Administración habían puesto en riesgo la credibilidad pública en las "cajas" del Estado. En este sentido puede recordarse la opinión de Giriodi, recogida por L. FREZZINI, voz *Responsabilità amministrativa*, en *Il digesto italiano*, Turín, 1914, vol. XX, 1333 ss., el cual, ya a principios del siglo pasado, creía que la causa del estado deplorable y de los abusos perpetrados por los funcionarios públicos —los cuales, a juicio de quien esto escribe, harían sonreír a los actuales jueces contables— derivaban directamente de la falta, según la opinión de aquella época "de una buena ley sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos genéricamente y de los funcionarios públicos específicamente" que, "supliendo el funcionamiento todavía muy imperfecto de la opinión pública", se consideraba como un instrumento "suficiente a asegurar una represión eficaz de los abusos de poder".

(63) V. TENORE, *La configurabilità del danno non patrimoniale ad ente giuridico*, en *Riv. Pen. econ.*, 1992, 92 ss.; Id., *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione*, en *Foro amm.*, 1994, 2603; vid. M. MORELLI, *Delitti di corruzione e risarcibilità del danno morale inferito alla P.A.: dalla "Lockeed" a "tangentopoli"*, en *Giust. Civ.*, 1994, I, 1735.

Una parte de la doctrina, apoyándose justamente sobre lo afirmado por la Suprema Corte, ha intentado configurar el daño a la imagen como aplicación de la teoría del daño biológico a la Administración pública⁽⁶⁴⁾.

Este no es el momento oportuno para afrontar todas las cuestiones inherentes al llamado daño biológico y a sus implicaciones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, parece oportuno señalar que, según la tendencia jurisprudencial mayoritaria, la tutela del daño biológico se dirige a la protección de la capacidad de competencia del individuo, entendida en sentido amplio como posibilidades no sólo en el campo económico, sino también en el social. Esta capacidad de emprender en el campo social es aplicable evidentemente también a las personas jurídicas, sea para aquellas empeñadas en actividades económicas sea, sobre todo, para aquellas empeñadas en el sector no profits.

En consecuencia, la tutela contra el daño a la imagen sufrido por la Administración, al igual que aquel sufrido por las personas físicas, resultaría un instrumento compensatorio de toda forma de detrimento relacional de la Administración pública, comprendida la pérdida de chances⁽⁶⁶⁾.

En relación con la argumentación según la cual la tutela de la imagen tiene por objeto paliar las consecuencias negativas que las personas físicas podrían sufrir en relación a su capacidad económica por la pérdida de reputación debida a la actividad ilícita; entonces, si se considera que la Administración, que sufre un detrimento en su prestigio, vería afectadas sus posibilidades de atraer inversiones, o bien de ser más incisiva en el desarrollo de sus propias actividades institucionales. Esta opinión, aunque bien argumentada, no parece convincente desde el momento en que se pasa de las implicaciones civiles del proceso penal a la óptica del juicio contable. Parece no tenerse en cuenta la diversidad ontológica del daño a la imagen de la Administración pública: incluso compartiendo con el daño a la imagen de la persona física la misma forma de tutela indemnizatoria,

(64) A. FEDI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali dello Stato*, en *Giust. Civ.*, 1992, I, 2487.

(65) Para un amplio examen de la materia del daño biológico vid. C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milán, 1997.

(66) I. CACCIAVILLANI - C. R. CALDERONE, *I delitti dei pubblici ufficiali nell'attività amministrativa*, Padua, 2001, 56; I. CACCIAVILLANI - E. GAZ, *La responsabilità erariale*, Roma, 2000, 41.; L. IMPECIATI, *Danno morale: configurabilità e risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione*, en *Trib. Amm. Reg.*, 1994, II, 112.

existe la diferencia fundamental del diverso origen de la responsabilidad. Efectivamente, como ha sido cuidadosamente destacado por la jurisprudencia, el elemento diferencial está constituido por la distinta dirección del contacto que perpetra la lesión: externa al sujeto en el caso de la persona física; interna al sujeto, en el caso de la persona jurídica⁽⁶⁷⁾.

Tal diversidad, a su vez, se inserta sobre la tendencia a la autosuficiencia de la persona física, frente a la tendencia opuesta de no autosuficiencia de la persona jurídica, que, como es conocido, actúa valiéndose de personas físicas con base en la relación de identificación orgánica. En otros términos, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, la Administración pública actúa en tutela de un daño a la imagen producido como consecuencia de la violación de un deber de servicio. Justamente porque se trata de un hecho dañoso cuyo origen se encuentra en la violación de un deber de servicio, ha de reconocerse al Tribunal de Cuentas como juez natural del análisis y valoración de los costes de la actividad administrativa.

Aparece de esta manera la peculiaridad absoluta de la responsabilidad "administrativa" (o responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios) respecto de la responsabilidad civil, por cuanto respecto a la primera un órgano público tutela la imagen de la Administración por el comportamiento dañoso de su empleado al margen de la relación contractual y a pesar de las decisiones de la propia Administración⁽⁶⁸⁾.

La configuración del daño a la imagen como aplicación particular de la teoría del daño biológico a la Administración pública presenta aparentemente dificultades insoslayables a la hora de aplicarlo en el ámbito de la responsabilidad de autoridades y funcionarios.

Las consideraciones que se expresan en relación al daño a la imagen apoyan la convicción de que, en cuanto que dotada de una auténtica autonomía conceptual y de finalidades propias, la responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios debería sustraerse de una aplicación acrítica de categorías de cuño eminentemente civilista, y encontrar, por el contrario, en el interior del mandato constitucional y de la regulación que lo desarrolla sus propios puntos de referencia. Las incomprensiones y las incoherencias de la jurisprudencia contable sobre el daño a la imagen se resienten de ello.

(67) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Umbria, 18 de octubre de 2000, cit.

(68) P. MADDALENA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa*, cit., 1436.

Efectivamente, al efecto, yendo más allá en el campo minado de la diferencia entre daño patrimonial y daño no patrimonial —que, como se ha intentado evidenciar, ha constituido el banco de pruebas de la doctrina y de la jurisprudencia más cualificadas— el Tribunal de Cuentas italiano ha elaborado una argumentación propia intentando plasmar e insertar los institutos de los artículos 2043 y 2059 del Código Civil en un sistema absolutamente peculiar. Una prueba de esta actitud heterodoxa puede encontrarse en la utilización desproporcionada de términos como daño patrimonial, daño no patrimonial, daño patrimonial en sentido amplio, sin tener en cuenta que cada una de estas expresiones denota, como es conocido, unos contenidos conceptuales precisos y, desde ciertos puntos de vista, no asimilables entre ellos. En consecuencia, es necesario hacer una relectura de la responsabilidad de autoridades y funcionarios a la luz de los principios propios del nuevo sistema de responsabilidades públicas, haciendo un uso mucho más cauto de la aplicación de categorías civilistas. Por el contrario, las Secciones Unidas de la Casación, al enfrentarse al daño a la imagen, han fundado constantemente su argumentación en una concepción anclada en la responsabilidad civil.

En efecto, se debe señalar que la peculiaridad de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios no aparece aparentemente en las afirmaciones de la Suprema Corte, que, ansiosa por reconocer la jurisdicción del juez contable y de encontrar un instrumento fácil para incardinarla, identifica el carácter patrimonial del daño a la imagen refiriéndose a los gastos necesarios para restaurar el bien lesionado. En otros términos, la Casación considera competente al Tribunal de Cuentas sólo en la medida en que la lesión al prestigio de la Administración pública determine nuevos y legítimos gastos.

Sin embargo, bien considerado, más allá de las declaraciones de principio, si se procede a verificar en qué consisten concretamente las vicisitudes jurisprudenciales del daño a la imagen, se descubre que el razonamiento seguido por la Suprema Corte está todo señalado por la preocupación de amparar las actuaciones de equidad del juez contable con referencias a los gastos necesarios en términos de marketing y promoción de la imagen pública lesionada; recalcando, en esto, la misma lógica que desde siempre había presidido la configuración del daño al erario bajo el perfil de la pérdida patrimonial.

Esto establecido, es necesario poner en evidencia que lo afirmado por la Casación determina un resultado que, a simple vista, parece contrastar con la afirmación de que la imagen de la Administración pública sea un bien jurídico de relevancia constitucional a tutelar en sí mismo, desde una perspectiva totalmente diferente de la meramente patrimonialista.

Pero hay más. Más allá del caso concreto, parece que la Casación continúe ignorando la nueva función que debe reconocerse al juicio de responsabilidad patrimonial del funcionario, proponiendo una lectura exquisitamente indemnizatoria en términos de daño al erario en su acepción más tradicional.

De este resultado parece ser consciente el Pleno del Tribunal de Cuentas que, justamente, reivindica autonomía de valoración para el juez contable cuando afirma que "no pueden ser olvidadas las dificultades que están ligadas a la determinación del propio daño, sobre todo dadas las características del bien lesionado, que se sitúa fuera del área de la patrimonialidad y, en consecuencia, requiere el recurso a instrumentos valorativos muy particulares"⁽⁶⁹⁾. Aunque muchas veces reverenciales con las posiciones de la Casación, los jueces contables intuyen que la valoración del daño a la imagen es algo distinto de una simple cuantificación de los gastos necesarios para redorar el bien lesionado.

En consecuencia, a fin de proponer una reconstrucción de las cuestiones en examen, parece oportuno concentrarse en la lesión sufrida por la Administración pública como fuente de responsabilidad para el empleado público.

VI. EL DAÑO A LA IMAGEN DE LA ADMINISTRACIÓN COMO ESPECIALIDAD DENTRO DEL DAÑO PÚBLICO

Como se ha afirmado precedentemente, el nuevo modelo de responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos está caracterizado por ser una institución destinada a la protección de los intereses propios del Estado comunidad. En otros términos, a través de este tipo de responsabilidad, un órgano público persigue las lesiones del interés público en un correcto uso de los recursos públicos, pero más en general, tutela el interés en la funcionalidad de las Administraciones públicas.

Si esta afirmación parece correcta, la cuestión sobre la naturaleza del daño a la imagen debe ser tratada preguntándose cuáles son las razones que permiten encuadrarlo entre las hipótesis de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios.

Ante todo, es necesario detenerse en el bien jurídico tutelado.

Como se ha subrayado precedentemente, una característica peculiar de la cuestión que se examina viene del hecho de que la lesión al

(69) Sentencia de la Corte dei Conti, Sez. Riun., 28 de mayo de 1999, núm. 16/99/QM cit.

prestigio de la Administración no viene de un sujeto externo, sino de un dependiente que actúa en virtud de una relación de identificación orgánica. Es conocido que esa relación de identificación orgánica lleva a asimilar a la Administración con el sujeto que actúa por ella. En consecuencia, es en esta identificación en la que debe encontrarse el núcleo de la responsabilidad patrimonial del funcionario por daño a la imagen. En efecto, el comportamiento gravemente ilícito del empleado público puede provocar la convicción de que se trate en realidad de algo habitual en la actuación del ente, no sólo del sujeto concreto que lo ha perpetrado. En este sentido, el resultado de la conducta ilícita es la alteración de la relación de confianza que debe unir a Administración y ciudadanos.

Como se ha afirmado justamente, el comportamiento del empleado público, cuando éste resulte partícipe en el proceso de valoración que lleva a la toma de decisiones, determina una pérdida de credibilidad y fiabilidad, rompiendo definitivamente "la relación de leal participación en el cuidado el interés público" e introduciendo "un conflicto insubsanable con intereses distintos de aquellos propiamente atribuidos"⁽⁷⁰⁾.

En este sentido, como ha afirmado una jurisprudencia atenta, cobra importancia la resonancia que en los medios de comunicación ha recibido el comportamiento del empleado público: ésta resulta, efectivamente, una clara muestra de la relevancia social de la lesión al prestigio de la Administración⁽⁷¹⁾.

Lo que se quiere sostener es que, viciando la relación de confianza con la sociedad administrada, el daño a la imagen de la Administración comporta obligatoriamente una disminución de la funcionalidad de la propia Administración, la que, en el sentido del mandato constitucional (art. 97 y 98 de la Constitución), debe actuar a la luz de decisiones transparentes y económicamente racionales respecto a aquellos intereses que están a su cuidado.

En el tipo de supuestos examinado, el comportamiento ilícito del empleado público lesiona en última instancia el interés de la sociedad a una Administración eficiente, eficaz, económica e imparcial, a lo que debe corresponder la imagen de la Administración pública por mandato constitucional. En consecuencia, la lesión a la imagen se con-

(70) R. ARRIGONI, *op. cit.*, 1226.

(71) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Sicilia, 22 de abril de 1998, núm. 155, en Riv. Corte Conti, 1998, 4, II, 172; Sez. Piemonte, 8 de mayo de 2000, núm. 1210, *ivi*, 2000, II, 105.

figura como daño público en tanto que lesión al buen funcionamiento —en razón de la pérdida de fiabilidad y credibilidad de la Administración—, y como tal se convierte en una fuente de responsabilidad patrimonial para el empleado público que ha realizado un comportamiento gravemente ilícito idóneo a la producción de una pérdida de prestigio y un grave detrimento de la personalidad pública.

Esta afirmación cobra mayor valor desde la consideración de que en un sistema de competencia entre territorios —que un contexto económico de globalización impone a las Administraciones públicas— la capacidad de atraer inversiones al territorio propio reside en gran parte en la reputación de la institución pública como sujeto eficiente y eficaz en su actividad y, consecuentemente, la imagen y el prestigio constituyen, igual que el sector privado, un importante instrumento de marketing⁽⁷²⁾.

Sin embargo, estas consideraciones no deben llevar a limitar la entidad de la lesión sufrida a la pérdida de *chance*, en cuanto que esta pérdida en términos de riqueza sólo puede ser valorada sobre un periodo largo y difícilmente puede actuarse por medio de una imputación directa al autor de la conducta ilícita.

En este contexto, no parece correcto configurar el daño a la imagen, en un sentido exclusivamente patrimonial, en relación a los gastos necesarios para reparar el bien lesionado⁽⁷³⁾; primero, porque los gastos inherentes a la promoción de la imagen administrativa aparecen hoy, después de la promulgación de la Ley de 7 de junio de 2000, núm. 150, en materia de comunicación pública, como fisiológicas; segundo, asumido, aunque no admitido, que se quiera utilizar este parámetro para cuantificar el daño, nos encontraríamos en la situación, ya evidenciada en la jurisprudencia, de no estar seguros de que la suma del gasto corresponda a la necesaria para redorar esa imagen lesionada⁽⁷⁴⁾.

Las eventuales pérdidas de *chances*, y los gastos necesarios para la reparación del bien lesionado, parecen servir, en realidad, como medidas de referencia para la determinación de la "sanción" que debe

(72) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Emilia Romagna, 13 de septiembre de 2000, núm. 1475, en Riv. Corte Conti, 2000, 5, II, 116.

(73) A. VENTURINI, *Danno c.d. "morale" patito dal soggetto pubblico: natura e giurisdizione della Corte dei Conti*, en Dir. Proc. Amm., 2000, 927; T. MIELE, *Il danno erariale quale elemento della responsabilità amministrativa*, en *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici amministratori*, dirigido por G. Di Giandomenico, R. Fagnano, G. Ruta, Nápoles, 2000, 78.

(74) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Umbria, 28 de mayo de 1998, núm. 501 cit.

tener en cuenta el juez contable para ejercitar el poder de reducir la indemnización atribuido al Tribunal de Cuentas⁽⁷⁵⁾.

VII. IMAGEN DE LA ADMINISTRACIÓN Y ÉTICA PÚBLICA

La antijuridicidad del comportamiento del empleado público reside en la violación de los deberes del cargo (art. 18 del Estatuto de los Empleados Civiles del Estado, Decreto de la Presidencia de la República núm. 3 de 1957).

A la vista de lo dicho precedentemente, no parece que puedan subsistir dudas sobre la circunstancia de que esta violación se integra en un supuesto de hecho de relevancia penal allí donde la antijuridicidad administrativa debería ser considerada *in re ipsa*. En efecto, la comisión de uno de los delitos contra la Administración pública debería determinar un daño a la imagen perseguible en sede contable en razón de la afección al buen funcionamiento de la actividad administrativa. Sin embargo, queda a salvo la valoración autónoma de los hechos por parte del juez contable a fin de valorar la responsabilidad patrimonial del empleado público⁽⁷⁶⁾.

Esta cuestión ha de ponerse en relación con aquellos comportamientos gravemente ilícitos, los cuales, incluso no teniendo relevancia penal, según la jurisprudencia contable podrían resultar idóneos para producir una pérdida de prestigio y un grave detrimento de la personalidad pública⁽⁷⁷⁾. En este caso, faltando el parámetro seguro de la conducta penalmente relevante, será necesario valorar la incidencia del comportamiento en los deberes del empleado público.

Una vez más es necesario dirigir la investigación a las normas que regulan la responsabilidad administrativa. Es preciso ante todo preguntarse si existe un deber del empleado público de cuidar la imagen de la Administración.

En términos generales, la palabra imagen indica las modalidades con las que un sujeto jurídico se presenta y es percibido, sea por

(75) Para una exacta configuración del "poder reductivo", cfr. P. MADDALENA, *Il potere-dovere di graduare la condanna come elemento fondante dell'unico ius dicere del giudice contabile e come garanzia di una giusta sentenza*, en Giust. Amm., 2001, 1, 96 ss.

(76) Sentencia de la Corte dei Conti, sez. Sardegna, 9 de mayo de 2000, núm. 592, en Riv. Corte Conti, 2000, 5, II, 153.

(77) Sentencia de la Corte dei Conti, Sez. Umbria, 8 de marzo de 2000, núm. 107, en Riv. Corte Conti, 2000, 2, II, 133.

referencia a las definiciones normativas y a la posición propia en el ordenamiento, sea acogiendo las representaciones usuales que de esto mismo vengan hechas en la realidad social⁽⁷⁸⁾.

En este sentido, la imagen de la Administración pública, en relación de los intereses cuyo cuidado tiene encomendado, tiene un valor diferente de la de un privado. Las apariencias, que para un privado pueden ser absolutamente irrelevantes, para la Administración pública, por el contrario, asumen una importancia crucial en cuanto que inciden sobre la relación de confianza entre ciudadanos e instituciones. En efecto, "en un sistema en el que cada uno es dueño de sí mismo y no debe preocuparse de los juicios de otros, las apariencias son irrelevantes; pero en un sistema basado sobre la posibilidad de los administrados de hacer valer la responsabilidad de los administradores, y en el cual la Administración tiende a recibir legitimación de la sociedad, es necesario preocuparse por ello"⁽⁷⁹⁾.

Todo esto parece encontrar una confirmación expresa en el art. 54 de la Constitución que, como es conocido, distingue entre todos los ciudadanos —que han de ser fieles a la República y cumplir la Constitución y las leyes— y aquellos que desempeñan funciones públicas, que deben cumplir con disciplina y honor. Este tipo de consideraciones conducen a la presente investigación directamente al terreno de la ética pública y de los códigos de comportamiento de los empleados públicos.

El deber de tutelar la imagen de la Administración es un valor de la ética pública objetivado normalmente en los códigos de comportamiento de los empleados públicos⁽⁸⁰⁾.

Efectivamente, el art. 2 del Código de Comportamiento de los empleados de las Administraciones públicas, aprobado por Decreto del Ministro de la Función Pública de 1 de diciembre de 2000, después de haber establecido que el empleado debe guiar su conducta por el deber constitucional de fidelidad y que, en el respeto de los principios de buena administración y de imparcialidad de la Administración, debe inspirar sus decisiones propias y sus propios comporta-

(78) A. LUPI, *Osservazioni sul danno all'immagine*, en *Riv. Corte Conti*, 1998, 3, II, 187.

(79) Cfr. B. G. MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, en *Lavoro e diritto*, 1994, 539.

(80) Sobre el tema de la ética pública, con referencias también a las experiencias distintas de la italiana, vid. *Etica e pubblica amministrazione*, dirigido por N. PASINI, Milán, 1996; F. D. THOMPSON, *Political ethics and public office*, Harvard, 1987.

mientos en el cuidado del interés público que le ha sido confiado; prevé que "se ocupe de evitar situaciones y comportamientos que puedan dañar a los intereses o a la imagen de la Administración pública".

Es bien conocido que el nacimiento de los códigos de conducta en el ordenamiento italiano ha tenido como fin la restitución al empleo público de una deontología comprometida en una transformación de las Administraciones públicas de gran dimensión⁽⁸¹⁾. En este sentido, "no eran necesarios tales mecanismos porque una deontología común a los empleados públicos —no escrita pero bien conocida y sentida como vinculante— garantizaba la homogeneidad de los comportamientos más allá de lo expresado por las leyes. era la propia cultura de los administradores lo que garantizaba este resultado, sin que hubiese necesidad de ser codificada, y era la capacidad de reacción del cuerpo de funcionarios para sancionar las desviaciones"⁽⁸²⁾.

Este no es el lugar oportuno para analizar todas las cuestiones inherentes a los códigos de comportamiento. Sin embargo, parece oportuno referirse a que la relevancia de tales códigos ha resultado redimensionada desde que el art. 45 del Decreto Legislativo de 31 de marzo de 1998, núm. 29, ha reservado a los convenios colectivos la materia disciplinaria⁽⁸³⁾. Como consecuencia, la positivación de un deber a un comportamiento que no lesione la imagen de la Administración parece limitada al angosto espacio reservado a los códigos de conducta, cuya sancionabilidad queda relegada a una función subsidiaria del poder disciplinario regulado contractualmente en sede colectiva.

Sin embargo, la vista de todo cuanto se ha dicho, el cuidado de la imagen de la Administración parece desbordar el estrecho ámbito del cumplimiento diligente de sus cometidos por el empleado público a la que los códigos de comportamiento parecen relegarla. En realidad, la constante referencia que aparece en las normas deontológicas de los

(81) Sobre los códigos de comportamiento previstos en el art. 58 bis del Decreto Legislativo 29/1993 y sus sucesivas modificaciones y desarrollos, vid. C. GREGORATTI y R. NUNIN, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia ed esigenze disciplinari*, en *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, comentario dirigido por F. CARINCI y M. D'ANTONA, Milán, 2000, Tomo II, 1627 ss.; B. G. MATTARELLA, *I codici di comportamento*, en *Riv. Giur. Lav.*, 1996, 243 ss.; K. KERNAGHAN, *La promozione dell'etica del servizio pubblico: la via dei codici*, en *Nuovo gov. Loc.*, 1995, 2, 29 ss.; R. FINOCCHI, *I Codici di condotta*, en *Corruzione e sistema istituzionale*, dirigido por M. D'ALBERTI y R. FINOCCHI, Bologna, 1994, 142 ss.; S. CASSESE, *I codici di condotta*, en *Doc. Giust.*, 1994, 1371 ss.

(82) B. G. MATTARELLA, *L'etica pubblica*, cit., p. 530

(83) C. GREGORATTI-R. NUNIN, *op. cit.*, 1647.

empleados públicos a los deberes constitucionales de fidelidad, imparcialidad y buena administración parece confirmar la corrección de la opinión expresada sobre la estrecha interdependencia entre prestigio de la Administración pública y funcionalidad, o sea a valores que indudablemente van más allá de la relación contractual entre ente y funcionario.

Por tanto, resulta posible concluir que, en razón de lo dispuesto en los art. 54, 97 y 98 de la Constitución, la obligación de no realizar comportamientos que comporten descrédito deriva directamente del ejercicio mismo de la función, o sea, del cuidado del interés público puesto al cuidado del funcionario.

Pero entonces, toda la expansión de la tutela del daño al erario no patrimonial denota en su conjunto una especie de *jurisdification* en sede contable de la ética pública al margen del instrumento constituido por el código de comportamiento.

Efectivamente, los problemas inherentes a la posición social del trabajo en las Administraciones públicas, que en otras épocas se resolvían en la especialidad, hoy, después del profundo proceso de privatizaciones, parecen refluir en el terreno de la responsabilidad patrimonial del funcionario⁽⁸⁴⁾, convirtiéndose en deberes a hacer valer o hacer cumplir, en una perspectiva en la que la sanción social viene de un juez, el Tribunal de Cuentas, que cada vez más está obligado a asumir el papel del justiciero de la llamada microcriminalidad de tipo administrativo.

En efecto, se ha puesto de manifiesto que "como la microcriminalidad alarma a la opinión pública, así los malos servicios, los despericios, la falta de transparencia, dañan gravemente la imagen de la Administración pública y minan la confianza de los ciudadanos"⁽⁸⁵⁾.

En otras palabras, se asiste a un fenómeno de transmigración progresiva de algunos supuestos de ilícito desde el ámbito de la jurisdicción penal, que va quedando configurada como instrumento último de defensa del ordenamiento contra los ilícitos de los empleados⁽⁸⁶⁾, al

(84) Sobre las relaciones entre ética y responsabilidad, vid. PARENZAN, *Deficit etico nella pubblica amministrazione. Qualche spunto per la ricostruzione dei valori infranti*, en *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale nella pubblica amministrazione*, "Atti del XLIV Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione", Tramezzo 17-19 settembre, 1998, Milán, 1999, 544 ss.

(85) Cfr. *Relazione del Procuratore regionale per il Veneto en occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2000*, en *Riv. Corte Conti*, 2000, *Supplemento*, 46.

(86) Cfr. vid. SCORDAMAGLIA, *Etica e diritto penale nella Pubblica Amministrazione*, en *Iustitia*, 1995, 236 ss.

ámbito de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios⁽⁸⁷⁾. Justamente a la disciplina de la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos, a la vista de las recientes reformas, queda reservada la tarea de golpear todos aquellos comportamientos personales que comporten una lesión de la funcionalidad de las instituciones públicas, en lo que el daño a la imagen constituye un ejemplo importante.

El daño a la imagen puede situarse también en el ámbito del ilícito disciplinario, pero, en este caso, la responsabilidad del empleado público, regulada en los convenios colectivos, queda enteramente inserta en la situación contractual que liga al trabajador con la entidad.

Por último, con referencia al elemento subjetivo de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, no parece coherente con todo lo dicho reservar la posibilidad de sancionar sólo a los casos de comportamientos dolosos, ya que la conducta gravemente culposa puede ser idónea para ser subsumida en las actuaciones ilícitas que se están examinando.

Sin embargo, como ha observado una jurisprudencia diligente, deben encontrarse claros elementos específicos —el *strepitus fori*, el eco en los periódicos, evidentes síntomas de lesión de la relación de confianza entre ciudadano y Administración— que sean idóneos para demostrar el descrédito efectivo de la Administración pública⁽⁸⁸⁾, y que no permitan "considerar lesivo de la imagen de la propia Administración cualquier comportamiento asimilable a dolo o a culpa grave"⁽⁸⁹⁾.

(87) En este sentido, F. GARRI, *La responsabilità amministrativa, en I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale nella pubblica amministrazione*, "Atti del XLIV Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione" cit., 259. Otros autores rechazan esta tendencia, que aunque sea compartible en un plano teórico, no parece legitimada por la necesaria conciencia concreta de la colectividad nacional y su formalización jurídica por el legislador. Cfr. C. DE BELLIS, *op. cit.*, 312.

(88) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. II, 5 de mayo de 2000, núm. 151/A, cit.

(89) Sentencia de la *Corte dei Conti*, sez. Piemonte, 8 de mayo de 2000, núm. 1210 cit.