



ESTUDIOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL, ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

**(CON ESPECIAL REFERENCIA
A LA LEGISLACION ITALIANA)**

Por el Prof. GUSTAVO VIGNOCCHI
(Traducción del original: C. CHAVARRIA)

35.086 : 35.086(45)

1. La responsabilidad en el Derecho

EN el ámbito del mundo jurídico, la «responsabilidad» es un término muy amplio, y nos encontramos, pues, ante la necesidad de limitar y precisar su contenido dentro del tema de que nos vamos a ocupar. Pensamos que la definición más exacta es aquella que considera a la responsabilidad como una situación de un sujeto sometido a los efectos reactivos de una regulación jurídica en relación a deberes coercibles. Esta podría ser la definición más completa de responsabilidad, en cuanto la sujeción de una persona a los efectos reactivos de una regulación jurídica en relación a deberes coercibles, comprende tanto la responsabilidad propiamente dicha por ilícito (esto es, la originada por la realización de hechos o de actos

ilegitimos) como también aquel tipo de responsabilidad que surge cuando se realizan actos legítimos que dan lugar al deber de indemnizar al que haya sido dañado por ellos (por ejemplo, en el caso de la expropiación por fines de interés público).

Pero este último tipo de responsabilidad nos interesa menos para nuestro tema, si bien interesa mucho a la Administración. Nosotros, en cambio, deberemos ocuparnos de la responsabilidad de los funcionarios de la Administración, y nos limitaremos aquí a considerar aquellos actos que son, en sí mismos, ilegítimos. La responsabilidad de los funcionarios puede, en realidad, implicar a la Administración, a tenor del artículo 28 de la Constitución. Pero, sobre ello, volveremos más amplamente después.

Dejando a un lado construcciones excesivamente dogmáticas, diremos que el concepto de responsabilidad va unido a la naturaleza misma del Derecho; y es que con él se realiza el primado de la eticidad, esto es, la afirmación del principio del deber y de la libertad del hombre, ya que ambos conceptos son totalmente inseparables.

El principio de responsabilidad está, pues, en la misma base de la naturaleza del Derecho; a él está unido, también, el concepto de sanción; no hay responsabilidad sin sanción, al menos entendida ésta en sentido amplio. Sanción y responsabilidad son realmente el punto de partida de toda consideración jurídica. No yerran los juristas al insistir, con frecuencia, sobre estos dos elementos, dando lugar, hoy y ayer, a interesantes debates.

Otra consideración puede también servirnos de guía.

Mientras para la Administración pública la responsabilidad es forzosamente limitada, en cuanto que solamente puede asumir algunas formas especiales, sobre todo de naturaleza civil, algunas veces administrativa y nunca penal (sólo antiguamente se dieron casos de sanciones penales aplicadas a tribus enteras, pueblos o ciudades), la responsabilidad del funcionario es, por el contrario, poliédrica. Tal responsabilidad se articula en las diversas formas que se han indicado en el mismo título del tema de este informe; esto es, responsabilidad administrativa, civil y penal.

Nos proponemos (para poner límites a nuestra exposición) afrontar, de modo especial, el problema de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, que, tanto desde un ángulo teórico como práctico, presenta más interés. A pesar de ello, no excluirémos el examen de las otras formas de responsabilidad, a las que dará ocasión el tema que vamos a tratar, teniendo también en cuenta hechos que, en estos años, han interesado a la opinión pública, con situaciones

bien conocidas de responsabilidad administrativa y penal de funcionarios de la Administración pública. Antes de entrar en el meollo de la exposición de la responsabilidad civil, examinaremos algunos aspectos de la responsabilidad administrativa y de la penal.

2. La responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa del funcionario del Estado puede distinguirse de acuerdo con algunas divisiones fundamentales:

- La responsabilidad formal.
- La responsabilidad contable.
- La responsabilidad disciplinaria.

En cada caso nos encontramos ante situaciones derivadas de la violación de normas del ordenamiento jurídico obligatorias para los funcionarios del Estado, en cuanto están ligados por un vínculo especial con la Administración estatal. Hay, en realidad, en las subdivisiones de los distintos tipos de responsabilidad, formas que se derivan de la violación de normas generales, y otras que, por el contrario, afectan a sujetos sometidos a un ordenamiento especial; entre estas últimas está la típica responsabilidad del funcionario del Estado, el cual está integrado en el ámbito de la Administración del Estado y, justamente habida cuenta de tal vínculo, se halla ante especiales deberes y cargas. La responsabilidad administrativa, que corresponde al funcionario del Estado, se deriva, por tanto, del hecho de estar sometido a un ordenamiento particular.

Examinemos ahora específicamente las diversas formas de responsabilidad antes enunciadas:

a) *La responsabilidad contable*

¿Qué es la responsabilidad contable? Existe una tendencia a considerarla como una subespecie de la responsabilidad civil, y ello se deriva del hecho de que algunos funcionarios públicos están obligados a rendir cuentas de sumas por ellos administradas, ya sea que tal administración de caudales públicos se realice en virtud de regulación legal o bien meramente de hecho.

En realidad, la responsabilidad contable puede también entrar en juego aun en el caso de que el sujeto no se halle investido oficial-

mente de específicos deberes, pero se ocupe o inmiscuya, de hecho, en determinadas funciones, y ello de acuerdo con principios propios de varios ordenamientos jurídicos, es ya conocido desde el Derecho romano.

Así, en un famoso fragmento del Digesto (D. 1,14,3) se habla de *Barbarius Philippus, servus fugitivus*, que había sido nombrado ilegítimamente pretor y respecto al cual se discutía la validez de los actos que había realizado y la misma extensión de su responsabilidad, inclinándose por la admisión de una responsabilidad por el hecho de su actuación. Hoy, análogamente, es objeto de eventuales sanciones también quien, de hecho, desempeña funciones públicas, maneja dinero o lleva cuentas públicas, siendo responsable en la misma medida que el investido por el ordenamiento jurídico de tales funciones. Estos principios vienen incorporados al artículo 74 de la ley de Contabilidad del Estado, por lo que a los funcionarios estatales se refiere, y en el artículo 251 del texto refundido de la ley Municipal y provincial, por lo que a los funcionarios de la Administración local respecta. La responsabilidad contable tiene determinadas características; así, por ejemplo, la *automaticidad*, porque, por el *statu quo*, el proceso contable tiene lugar también independientemente de la existencia de un ilícito, y sólo se cierra con la constatación de la inexistencia de débitos del interesado (cuya demostración, invirtiéndose los principios generales sobre la carga de la prueba, a él corresponde). Una automaticidad tal de los procesos contables ha sido criticada por algunos, en el sentido de que sería oportuno quizá que, entre las varias reformas a realizar en nuestro ordenamiento jurídico, se introdujese también la pertinente para evitar la instauración del procedimiento formal, en la hipótesis de que la contabilidad misma, al comienzo y *prima facie*, sea reconocida como regular.

b) *La responsabilidad formal*

Junto a la responsabilidad contable (que, repito, presenta aspectos de responsabilidad civil, en cuanto que, una vez fijada, puede dar lugar a la obligación de resarcimiento, además de otras eventuales sanciones paralelas), se puede señalar un segundo tipo de responsabilidad: la formal, en la que tendremos que detenernos, aunque nos ocupemos, *de jure condendo*, de la responsabilidad administrativa en general. Se habla justamente de responsabilidad formal, por tener su origen en la mera violación de preceptos jurídicos, indepen-

dientemente del hecho de que aquel que los ha violado pueda haber ocasionado o no daño a la Administración. Este tipo de responsabilidad—prevista por normas que afectan a los funcionarios estatales, y regulada también, de manera muy amplia, por la ley Municipal y provincial de 1934, en el artículo 252 y siguientes— es la responsabilidad en que se incurre por el mero hecho de haber violado normas de organización, sobre todo en materia de finanzas y de Administración pública.

Los administradores que hayan efectuado gastos no aprobados en forma legal, que hayan hecho constar en los balances asientos ficticios, que hayan contraído obligaciones sin el acuerdo y aprobación de la autoridad superior, incurrirán en responsabilidad formal por el solo hecho de no haber respetado las normas reguladoras respectivas. Quedan sometidos, por consiguiente, a responsabilidad y a las respectivas sanciones de una manera automática *ipso iure*, teniendo a su disposición, todo lo más, una acción de enriquecimiento contra la Administración, cuando se demuestre que ésta ha obtenido beneficios por las iniciativas tomadas.

Justamente, a este tipo de responsabilidad formal, se dirigen las censuras de muchos, en cuanto se ha considerado que nuestra legislación se resiente hoy todavía de una cierta antigüedad en su construcción y estructura, especialmente allí donde establece indiscriminadamente una responsabilidad formal para cualquier tipo de violación de normas jurídicas, incluso cuando con la infracción no se han ocasionado daños a la Administración pública, en el sentido anteriormente indicado. Hay, realmente, exigencias graves y fundamentales para disciplinar, rigurosamente, determinados procedimientos de especial interés público. Pero es necesario, sin embargo, encontrar un punto justo para exigir al funcionario las violaciones de normas que no hayan ocasionado un daño material y solamente hayan dado lugar a desequilibrios e irregularidades en la realización de determinados expedientes.

c) *La responsabilidad disciplinaria*

La responsabilidad disciplinaria, que puede considerarse como una subespecie de la responsabilidad administrativa, tiene aspectos de especial importancia para los funcionarios del Estado.

No existe responsabilidad disciplinaria para aquellos que no están insertos en ordenamientos especiales; sólo podrán incurrir en responsabilidad administrativa por violación de deberes generales. Tampoco existe responsabilidad disciplinaria para aquellos que actúan en

el ámbito de Administración en calidad de funcionarios honorarios (por ejemplo, alcaldes, ministros, miembros de los consejos electivos, etc.). La responsabilidad disciplinaria es propia, por el contrario, de aquellos que están encuadrados en una Administración pública, con especiales vínculos de subordinación.

Por lo que al funcionario público respecta, en la base del vínculo, del que se deriva una eventual responsabilidad, existe un elemento fiduciario, que nace y se manifiesta desde el comienzo de la relación misma, con las declaraciones solemnes de promesa y juramento, previstos en la casi totalidad de los casos (véase el art. 11 TU, 10 de enero de 1957, núm. 3, sobre el estatuto de los empleados civiles del Estado y otras normas análogas), y que encuentra su ratificación en cada fase del posterior *status* del servicio.

El mencionado texto refundido de 1957, promulgado con base en la ley delegada de 20 de diciembre de 1954, número 1181, afecta a todos los funcionarios civiles (además de contener principios de carácter general para cada tipo de relación de empleo), salvo las disposiciones dictadas por el legislador para materias específicas.

Por lo que se refiere en especial a la regulación de las telecomunicaciones, varias son las disposiciones específicas que regulan directa o indirectamente el estado jurídico, los deberes y la responsabilidad del personal dirigente y auxiliar. Interesan especialmente:

- RDL de 1 de julio de 1937, conv. en L. de 23 de diciembre de 1937, núm. 2355.
- RD de 19 de julio de 1941, núm. 943.
- DL de 22 de marzo de 1948, núm. 504, mod.
- Sobre la regulación de los escalafones: L. de 27 de marzo de 1962, núm. 208.

Dejando a un lado estas disposiciones especiales, el TU de 1957 contiene, como se ha dicho, los principios generales y fundamentales sobre la organización jurídico-administrativa y sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos. La caracterización de confianza del vínculo que une a los funcionarios con la Administración halla su correspondencia en los específicos deberes de fidelidad, diligencia, legalidad, rectitud y subordinación. Estos deberes hallan todos, en cada caso, concretización en ulteriores disposiciones específicas, que se recogen, además, en otras leyes especiales. Algunas normas de dicho texto refundido, como el artículo 12 y siguientes, contienen aplicaciones específicas. Así, se prescribe que el funcionario debe realizar las tareas que le han sido confiadas con toda diligencia, realizando los intereses de la Administración con rectitud y celo; que tiene el

deber de servir exclusivamente a la nación, de prestar su fiel colaboración a la Administración, de ser guía y ejemplo de los subordinados, de tratar de lograr el más eficaz rendimiento en el servicio. Ello constituye, además, un instrumento y un estímulo para lograr la mayor eficacia en la actividad de la Administración pública, matiz este especialmente importante en el marco de las orientaciones generales de racionalización de los organismos administrativos, con el fin de lograr una mayor competitividad en relación a las empresas privadas. Entre los deberes de los funcionarios debe enumerarse, por ejemplo, también los de despachar los asuntos atribuidos a su competencia en tiempo oportuno y según un orden cronológico. A éstos se unen otros tipos especiales de responsabilidad para el caso de omisión de deberes del servicio o de perseguir intereses personales en el cumplimiento de sus funciones, con implicaciones incluso de naturaleza penal.

Muchos son los aspectos y los problemas que podrían ser tratados en materia disciplinaria y que no es posible examinar ahora, salvo que nos extendiésemos en una casuística demasiado amplia.

Piénsese, por ejemplo, en el problema de la licitud o ilicitud de la huelga de los funcionarios públicos, en relación con el precepto del artículo 40 de la Constitución. La enunciación constitucional no hace, en verdad, discriminación, en su tenor literal, entre dependientes públicos y privados, y precisa solamente, con dicción sintética, que el derecho de huelga se ejercita en el ámbito de las leyes que lo regulan. Pero tales leyes no han sido aún promulgadas, como es bien sabido, por el legislador. Y también el texto refundido sobre el estado jurídico de los dependientes civiles del Estado, ya citado, en el artículo 81 (en el que se ocupa del comportamiento de los funcionarios que interrumpen o alteren la regularidad o continuidad del servicio, reenviando a la precedente ley de 20 de diciembre de 1954, número. 1181, respecto a la tutela de los intereses colectivos e individuales de los funcionarios), no resuelve completamente este delicado problema. Según las autorizadas orientaciones expresadas al respecto por el tribunal constitucional y por otros tribunales de la jurisdicción ordinaria y administrativa, puede afirmarse que, en principio, la huelga de los funcionarios públicos podría admitirse únicamente por reivindicaciones económicas y no por finalidades políticas, y de manera que no resulte lesiva a las exigencias de seguridad e integridad de la cosa pública y que no comprometa los intereses fundamentales de la colectividad. De ello se derivan obviamente también consecuencias concretas y específicas respecto a las eventuales responsabilidades que pueden exigirse por la inobservan-

cia de tales principios con ocasión de las huelgas de los funcionarios públicos.

Acercándonos al final de esta parte del tema, es oportuno contestar al interrogante sobre el significado y valor de la responsabilidad disciplinaria. Se trata, indudablemente, de una responsabilidad por ilícito, por violación de normas imperativas, pero que se diferencia de las normas de responsabilidad que van unidas a violaciones de normas penalmente relevantes.

Estas últimas forman parte, en realidad, de una normativa dirigida a garantizar el *mínimum ético* de una determinada sociedad. Las infracciones de normas disciplinarias tienen, en cambio, un menor grado de gravedad, y aunque puede dar lugar a sanciones bien drásticas, como la separación, se caracterizan:

- Por la naturaleza de las normas violadas, derivadas de la existencia de un vínculo especial entre funcionario y Administración.
- Por la naturaleza, por lo general administrativa, del procedimiento.
- Por la naturaleza administrativa de los órganos instructores, sean individuales o colegiales (comisiones de disciplina).

No se entra, en caso de expedientes disciplinarios, salvo excepciones, en el campo de la jurisdicción, y las sanciones que se imponen al finalizar el respectivo expediente tienen, por tanto, naturaleza administrativa y no «penal» en sentido estricto. Por ello, tales decisiones son revisables en sede jurisdiccional, además de serlo también a través de formas específicas de revisión, y a ellas se aplica, en materia de providencias de clemencia, la institución del perdón, que exime al funcionario de la pena, salvo los efectos jurídicos residuales, respecto a la carrera, allí donde no intervengan específicas normas legislativas.

Recentísimas medidas legislativas de carácter general han suprimido las consecuencias de orden patrimonial respecto al derecho a pensión, antes unidas a las sanciones más graves de pérdida de la carrera, en consideración a criterios más liberales de salvaguardia de las exigencias fundamentales vitales de los sujetos interesados y de sus grupos familiares. Mientras que, por el contrario, hay que señalar el resultado no positivo, en vía parlamentaria, de recientes iniciativas legislativas para un amplio perdón a los funcionarios públicos y la eventual reincorporación de éstos al servicio; iniciativas que no alcanzaron su triunfo debido a especiales circunstancias parlamentarias.

3. La responsabilidad penal

La responsabilidad penal afecta, virtualmente, a todos los sujetos del ordenamiento jurídico. Pero, para los funcionarios públicos, se prevén responsabilidades especiales más intensas; habida cuenta de una determinada especificación de tareas, funciones y poderes, es lógico que corresponda una correlativa articulación de deberes y responsabilidades.

En el campo de la política legislativa destacan en esta materia dos orientaciones fundamentales. Por una parte, hipótesis la más frecuentes, se prevén para los delitos de los funcionarios públicos penas agravadas respecto a las fijadas para los delitos comunes (y ello está en relación con las particulares características subjetivas del culpable y a la cualidad que ostenta, ya sea funcionario público estatal o encargado de un servicio público).

Además se crean también formas específicas de delitos, típicas de los funcionarios públicos o de los funcionarios del Estado o de los encargados del servicio público, reguladas en el libro II, título II del Código penal, en los artículos 314 y siguientes.

A este respecto se pueden recordar:

El *peculado*, cometido por el funcionario público o encargado del servicio público que se apropie de dinero o de otras cosas muebles que sean de pertenencia de la Administración pública.

El delito de *malversación*, que se realiza cuando los mismos sujetos distraen, en beneficio propio o de un tercero, alguna cosa mueble que no pertenece a la Administración pública, pero de la cual ellos tienen la posesión por razón del oficio o servicio.

La *corrupción*, que tiene lugar por la realización, por un funcionario público, de un acto de su servicio mediante percepción o promesa de una retribución no debida.

El *abuso de servicio*, que tiene lugar cuando el funcionario público, para ocasionar daños o beneficios a otro, abusa de los poderes que le han sido conferidos.

Además, debe también recordarse el delito previsto por el artículo 326 del Código penal, esto es, la *revelación de secretos del servicio*, que va estrechamente unido a uno de los deberes del funcionario público: el deber de fidelidad. Sin embargo, no debe confundirse con el delito de revelación de secreto profesional (art. 622 del Código penal), que está estrechamente unido al ejercicio de algunas profesiones (médicos, abogados, etc.), que suponen el deber de guardar se-

creto. La misma colocación aparte, en el Código, de este último tipo delictivo, en el capítulo III del título XII de los delitos contra la libertad individual, fija la distinción.

En la revelación de secretos del servicio, como se dijo, el deber va unido a la fidelidad: por ello no es necesario que las noticias reveladas hayan sido conocidas por el funcionario por razón de «su cargo»; es suficiente que se trate de noticias del «servicio» que puedan, quizá, dañar los intereses de la comunidad.

Agravación especial del rigor del secreto del servicio se da en algunas materias y en algunos sectores de la Administración pública: piénsese en la Administración militar, en la Administración de Asuntos Exteriores y en la de Correos y Telecomunicaciones. Para esta última el secreto de la correspondencia viene recogido en el real decreto de 27 de febrero de 1936, número 645, comúnmente denominado código postal; tal código, sin embargo, atenúa la severidad del principio, cuando, en el artículo 12, apartado 2.º, afirma que «la autoridad pública», en los casos y en las formas previstas por la ley, tiene facultad para conocer, obtener copias u ordenar el secuestro de la correspondencia.

Tal norma, sin embargo, parece estar en total contradicción con lo establecido por el artículo 15 de la Constitución italiana, que sustenta el principio de la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación.

Es necesario, al respecto, destacar otros aspectos de la responsabilidad penal del funcionario: las causas que excluyen la punibilidad, incluso aun cuando se pueda configurar abstractamente en el hecho del agente una virtual lesión de una norma jurídica. El mismo Código penal, en el artículo 51, declara no punible el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica o por una orden legítima de la autoridad pública. Surgen, sin embargo, diversos problemas conexos a tal norma discriminante que es oportuno resaltar brevemente.

En primer lugar, el deber de cumplir una orden de un superior puede ser un elemento de exoneración de la responsabilidad, pero sin ser un principio general e indiscriminado. Ello resulta claramente, en primer lugar, de la facultad reconocida al funcionario de *analizar* la orden del superior, según resulta del artículo 17 del T. U. de 10 de enero de 1957, número 3, donde se prevé la posibilidad para el funcionario que crea haberle sido dada por el superior una orden manifiestamente ilegítima de dirigirse al mismo superior manifestando las razones de tal ilegitimidad. En tal caso, en el supuesto de que la autoridad superior insista por escrito en la orden, ella sola asumirá la

responsabilidad, debiendo el funcionario darle ejecución. Por otro lado, debe también tenerse presente que no está nunca exento de responsabilidad el funcionario que cumple la orden del superior cuando el acto esté prohibido por la ley penal (art. 17, T. U. cit., y art. 51 del Código penal), siempre que la ley le permita el juicio acerca de la legalidad de la orden (por ejemplo, no está permitido tal juicio en el caso del artículo 40 del Código penal de las milicias de paz).

Siempre en el ámbito de las causas de no punibilidad asumen particular importancia los institutos de la legítima defensa y del estado de necesidad, regulados por los artículos 52 y 54 del Código penal, que se recogen también en el texto refundido de las disposiciones referentes al estatuto de los funcionarios civiles del Estado.

A estas formas de exención debe añadirse la del uso legítimo de las armas. Ello tiene lugar cuando el funcionario público, con el fin de cumplir un deber de su servicio, hace uso, o bien, ordena hacer uso, de armas o de otros medios de coacción física cuando se ve obligado por la necesidad de reprimir una agresión o de vencer una resistencia a la autoridad (art. 53 Código penal). La ley determina otros casos en los cuales está autorizado el uso de las armas y de otros medios de coacción física (art. 41 del Código penal de las Milicias de Paz; art. 171 R. D. de 18 de junio de 1931, núm. 787; art. 158 del R. D. de 18 de junio de 1931, núm. 773; ley de 4 de marzo de 1958, núm. 100).

En relación con los problemas más arriba estudiados está la institución, sin embargo superada en la práctica, de la llamada «garantía administrativa», esto es, la exigencia de autorización previa para proceder penalmente contra algunos funcionarios investidos de especiales tareas y funciones. Sobre tal instituto se ha pronunciado varias veces el Tribunal Constitucional. Por sentencia de 18 de junio de 1963, número 94, el Tribunal ha declarado, en efecto, la ilegalidad constitucional del artículo 16 del Código de Procedimiento Criminal, que exigía autorización del Ministerio de Justicia para proceder contra los funcionarios y agentes de la seguridad pública o contra militares que efectúan servicios de seguridad pública, por hechos realizados en el servicio y referentes al uso de armas o de otro medio de coacción física.

El mismo Tribunal ha declarado posteriormente (decisión de 18 de febrero de 1965, núm. 4) la ilegalidad constitucional de los artículos 158 T. U. de la ley Municipal y Provincial de 4 de febrero de 1915, número 148, y 22 T. U. de la ley Municipal y Provincial, apro-

bado por R. D. de 3 de marzo de 1934, núm. 383, que establecía la imposibilidad de proceder sin autorización del Jefe del Estado, previo parecer del Consejo de Estado, contra el prefecto o el alcalde.

Por todo ello, bien puede afirmarse que tal institución, a lo que respecta, ha ido perdiendo hoy eficacia.

4. La responsabilidad civil

a) Premisas

El tema de la responsabilidad civil es, indudablemente, el más complejo e importante de los hasta aquí tratados. No será superfluo, pues, un breve *excursus* histórico respecto al concepto y fundamento de la responsabilidad. En el transcurso del tiempo ha tenido lugar, en efecto, un fenómeno evolutivo y se ha pasado, de un concepto de irresponsabilidad de la Administración pública, a la admisión, en su lugar, de la sujeción de la Administración a los principios comunes válidos para los demás sujetos.

El antiguo concepto de irresponsabilidad se basaba en la presunción de que la Administración pública estaba investida de poderes justamente de orden divino o, al menos, inherentes *ab origine* a la persona del príncipe y de sus colaboradores. En virtud, pues, de una soberanía indiscutida e intocable se configuró, desde la época romana, un principio de irresponsabilidad limitado a aquellos actos realizados en el ejercicio de la soberanía, esto es, *iure imperii*.

La sensibilidad del mundo jurídico-administrativo romano no podía ignorar la injusticia de tal principio; bajo el perfil de la lesión de derechos y de los intereses de la comunidad, y a través de la figura del *fiscus*, se logra hacer, al Estado mismo, responsable por los actos ilegítimos.

Haciendo excepción de algunas construcciones de nuestro sistema, por lo demás limitadas a los primeros decenios del siglo actual, se puede hoy sostener la plena responsabilidad de la Administración pública respecto a los actos por ella realizados.

El artículo 4 de la ley de 20 de marzo de 1865, número 2.248, en relación con el artículo 27, número 4, del R. D. de 26 de junio de 1924, número 1.054, que contiene el texto refundido de las leyes sobre el Consejo de Estado, exige también al juez ordinario juicio sobre los actos realizados por la Administración pública, limitadamen-

te, sin embargo, a los efectos producidos por los actos mismos «en relación al objeto deducido en juicio». Tal revisión puede tener por efecto la condena de la Administración pública a resarcir daños a los terceros lesionados por su actuación.

Todo el sistema de justicia administrativa, basado en las leyes de los años 1889 y 1890 y posteriores sobre el Consejo de Estado y la Junta Provincial Administrativa, ha desarrollado estos principios; hoy, el concepto de responsabilidad ha sido construido con base en los artículos 28 y 113 de la Constitución italiana. A tenor del artículo 28, «los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas de los actos realizados en violación de derechos. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos».

El primer apartado del artículo 113 dice: «Contra los actos de la Administración pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional de derechos y de intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa.»

El principio contenido en este último artículo informa toda nuestra legislación, de manera que ningún acto realizado por la Administración pública escapa a una eventual y siempre posible impugnación.

Únicamente los actos discrecionales, en cuanto que se trata de actos que no pueden producir lesión de derechos, no pueden ser impugnados, sin que por ello sea menoscabado el principio recogido en el artículo 113 de la Constitución.

b) *Administración y funcionario en el sistema de la responsabilidad civil*

Los artículos 28 y 113 de la Constitución son, pues, las columnas basillares de la regulación de la responsabilidad civil, que se basa principalmente, aunque no exclusivamente, sobre principios de responsabilidad directa.

Con base en tales principios, que aún inspiran la moderna doctrina, puede afirmarse que el ente público actúa, a través de sus funcionarios, con un vínculo de identificación orgánica. Así, cuando el funcionario actúa en el ámbito de las competencias que le están atribuidas es, sustancialmente, la Administración misma la que actúa a través de él, con la consecuencia de responsabilizarse, en el supuesto de actuación ilegítima. Tal concepción puede afirmarse que está avalada, desde hace tiempo, por la más autorizada doctrina moderna —de Cammeo a Orlando, Zanobini y Borsi hasta los más

modernos autores— y que no ha sufrido, en líneas generales, variación con el advenimiento de los nuevos principios constitucionales.

Inicialmente, la formulación del artículo 28 de la Constitución había originado algunas dudas al respecto.

En efecto, dado que la norma citada dispone que los funcionarios son directamente responsables, según las leyes vigentes, de los actos realizados en violación de derechos, podría pensarse que la responsabilidad de la Administración pública fuese sólo subsidiaria y por hecho de otro.

Un examen más profundo ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia misma a la admisión y confirmación del carácter no innovativo, en este punto fundamental, del artículo 28 de la Constitución, que contempla, al mismo tiempo, una responsabilidad directa y solidaria de la Administración pública y del funcionario; una responsabilidad que actúa de modo simultáneo y absorbente, en el sentido de que ambos son responsables directamente y por entero respecto al tercero perjudicado. Resulta, pues, que las Constituyentes no han querido disminuir la responsabilidad de la Administración pública, acentuando la responsabilidad del funcionario. Se ha querido sólo «responsabilizar» al funcionario, y esto, como se ha señalado, constituye una carga, desde luego, pero también un reconocimiento en el sentido de que la fijación de la responsabilidad da lugar, correlativamente también, a una acentuación de los derechos y poderes y a un más eficaz potenciamiento del estado jurídico del subordinado.

Sustancialmente son reflejo y consecuencia de tal principio las diversas normas, en parte ya recordadas, que confieren específicas prerrogativas al funcionario, como, por ejemplo, la facultad de examinar la orden del superior y la de no cumplirla si el acto ordenado está prohibido por la ley penal (art. 17 T. U. de 10 de enero de 1957, número 3). Realmente es en un sistema tal donde puede hablarse de libertad y autonomía del funcionario.

c) Aspectos procesales

Se ha dicho que el artículo 28 de la Constitución prevé un tipo de responsabilidad directa, doble y simultánea, tanto para la Administración pública como para el funcionario. Es claro, sin embargo, que la Administración pública es responsable sólo si el acto o la conducta puede encuadrarse en las atribuciones del dependiente. Esta doble responsabilidad constituye, además, un fortalecimiento de la garantía para los terceros, que pueden actuar directamente contra dos sujetos. En la práctica, sin embargo, el tercero se dirige generalmente

contra la Administración, ya sea por la mayor facilidad para individualizar al sujeto pasivo, o bien por las mayores garantías económicas que la Administración, por lo general, ofrece.

Veamos ahora cuál es la posición del funcionario respecto a las varias situaciones procesales posibles. *Nulla quaestio* si la acción del tercero va dirigida contra el funcionario directamente, en cuanto que, en tal supuesto, éste podrá defenderse con los argumentos que crea más oportunos. Pero, en tal caso, el funcionario deberá dar comunicación de la situación, a tenor del artículo 27 del T. U. de 10 de enero de 1957, núm. 3, al jefe del servicio de que dependa, quien deberá, a su vez, dar comunicación al ministro, para, así, dar ocasión a la Administración de afianzar eventualmente al funcionario o de intervenir en el proceso formado.

En el supuesto de que la demanda se dirija contra la Administración pública, el funcionario puede ser llamado al juicio en garantía, o bien la Administración puede, en un momento ulterior, intentar contra él una acción de responsabilidad. El órgano competente, en esta última hipótesis, para decidir sobre la responsabilidad de los funcionarios del Estado es, generalmente, el Tribunal de Cuentas. Esta jurisdicción está prevista tanto por las normas del texto refundido sobre el Tribunal de Cuentas (12 de julio de 1934, núm. 1.214, artículo 55) como por el artículo 19 T. U. de 10 de enero de 1959, número 3, y por la ley de Contabilidad del Estado. La jurisdicción especial del Tribunal de Cuentas viene justificada por el especial vínculo que une al funcionario con la Administración.

d) *Trascendencia del tipo de culpa*

El funcionario, frente a la Administración, responde también por culpa no grave (cosa que no sucede frente a terceros, respecto a los cuales sólo subsiste la responsabilidad por culpa grave). Resulta así también del artículo 22, varias veces citado, del T. U. de 10 de enero de 1957, sobre el estado jurídico de los funcionarios civiles del Estado.

Las premisas de la responsabilidad civil vienen delimitadas en el artículo 23 del ya citado texto refundido. Con base en tal precepto, en efecto, es injusto el daño (a los efectos del art. 22) cuando se derive de una violación de los derechos de terceros ocasionada por el funcionario, por dolo o culpa grave.

Según algunos autores (Casseta), el artículo 23 citado sería, desde este punto de vista, de dudosa constitucionalidad, en cuanto que fijaría límites a la responsabilidad de los funcionarios, excluyendo,

respecto a terceros, la relevancia de la culpa no grave, con derogación del principio general contenido en el artículo 18 de la Constitución.

Tales consideraciones resultan, sin embargo, inaceptables, bajo dos aspectos. En primer lugar, el artículo 28 no contiene una previsión indiscriminada reenviando, además, a formas de responsabilidad configuradas por las leyes penales, civiles y administrativas. Se produce, pues, un reenvío a la legislación civil, penal y administrativa, entre la cual puede incluirse precisamente la regulación de la función pública. En segundo lugar, la exclusión de la responsabilidad del funcionario por culpa leve se justifica también bajo el perfil de las exigencias organizativas de la Administración pública, del mejor rendimiento de los servicios y de la tutela de los derechos fundamentales de los funcionarios. La *ratio* de la norma se individualiza más exactamente en la voluntad, por parte del legislador, de atribuir al funcionario una cierta «agilidad» en la realización de sus funciones. Si el funcionario fuese considerado responsable por cada uno de sus actos, incluso en caso de culpa levisima, se vería constreñido, prácticamente, a la inactividad. Esto es tanto más comprensible si se piensa que hoy, ante la multitud de leyes y procedimientos, existe el peligro de incurrir en alguna violación de preceptos legales o reglamentarios, también incluso para quien actúa con la máxima diligencia.

El legislador, consciente de ello, ha excluido la responsabilidad por culpa leve del funcionario público respecto de terceros, pero no la ha suprimido por lo que respecta a la Administración directamente considerada. Salvo excepciones, a la Administración pública que incurra en cargas por responsabilidad respecto a terceros se le permite dirigirse contra el funcionario mediante el ejercicio de acciones ante el Tribunal de Cuentas, si se trata, por ejemplo, de funcionarios del Estado o de empresas autónomas estatales, o bien utilizar otros medios procesales previstos en cada caso. Algunas eximentes y atenuantes están previstas para algunos funcionarios, *ratione materiae* o *subiecti*.

Un ulterior desarrollo en tal sentido ha tenido lugar, por ejemplo, respecto a los conductores de vehículos. Para éstos, ya con base en disposiciones precedentes, existía una exoneración de responsabilidad por culpa leve, pero limitada al personal civil.

Por disposición reciente del legislador, tal exención se ha extendido a los conductores de vehículos pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado.

Al prescindir de esto en el sistema adoptado por el legislador en materia de evaluación de la culpa en los juicios de responsabilidad

contable puede considerarse bastante equitativo. En efecto, al Tribunal de Cuentas le cabe enjuiciar según criterios discrecionales, teniendo en cuenta una serie de consideraciones, como el tipo de subordinación, la calidad del funcionario y del agente en general, el tipo de infracción que se cometió, las circunstancias de la acción culposa.

El segundo apartado del artículo 52 del T. U. de 12 de julio de 1934, número 1.214, dice: «El Tribunal, ponderada cada responsabilidad, puede poner a cargo de los responsables todo o parte del daño fijado o del valor perdido», lo que constituye una confirmación de la voluntad del legislador de regular con bases equitativas la responsabilidad de los funcionarios.

Además, siempre con el criterio de la garantía para los funcionarios, se inspira el principio, también recientemente reafirmado por la jurisprudencia (Tribunal de Cuentas, sección segunda, 3 de julio de 1965, núm. 70), que en los juicios de responsabilidad administrativa ante el Tribunal de Cuentas corresponde al procurador general la carga de probar la existencia de daño al Fisco (se trataba, en la decisión citada, de gastos ocasionados por la contratación de personal no de carrera, violando prohibiciones legales).

e) *Responsabilidad por lesión de derechos
o de intereses legítimos*

Problema específico, que ha sido ya en parte tratado, pero que merece un ulterior estudio, es el de la responsabilidad en relación a la lesión de intereses legítimos. Se ha visto cómo, según el artículo 23 del texto refundido sobre el estado jurídico de los funcionarios civiles del Estado, se considera daño injusto el que deriva de una determinada violación de derechos.

Sin querer adentrarnos, *ex professo*, en este específico tema, recordemos que sólo el derecho subjetivo está tutelado directamente por las normas legislativas, mientras que el interés legítimo se tutela sólo ocasionalmente, a través de la simultánea tutela del interés público.

La violación de intereses legítimos no da lugar, por lo general, en nuestro sistema, a responsabilidad. La jurisprudencia, generalmente, ha reafirmado en este punto el principio de que la mera violación de normas organizativas (contrapuestas a aquellas otras que suponen una relación) no lleva consigo una condena al resarcimiento de daños.

En verdad, el tema es objeto hoy de especiales análisis y debates en el campo doctrinal, encaminados a revisar posturas tradicionales,

tendiendo a una mayor sensibilidad respecto a los intereses legítimos y al parcial reconocimiento de su trascendencia, en caso de lesión, respecto a sanciones indemnizatorias. Pero ha de tenerse en cuenta que, salvo situaciones especiales, difícil será que la mera violación de normas organizatorias pueda dar lugar a una verdadera y propia forma de responsabilidad civil y a los consiguientes resarcimientos de daños, pudiendo comprobarse que, al lado de posiciones de interés legítimo, existen, estrechamente unidas, situaciones de verdaderos y propios derechos subjetivos con consecuencias resarcitorias (y es el caso de los llamados derechos subjetivos debilitados), y que, por otra parte, con base en originarios intereses legítimos, afloran ulteriores responsabilidades de los órganos de la Administración pública, por graves abusos e incumplimientos en la aplicación de las normas organizativas mismas.

f) *Responsabilidad por actos positivos y omisivos*

Situaciones como las ahora enunciadas podrían también, teóricamente, coincidir con los casos de mayor gravedad de actuaciones ilícitas de los funcionarios, contempladas en el artículo 23 del texto refundido sobre el estado jurídico de los funcionarios del Estado. Tal norma se dirige a fijar el principio de que la responsabilidad personal del empleado subsiste tanto si la violación del derecho del tercero está ocasionada por el cumplimiento de actos y operaciones, como cuando la citada violación consiste en omisiones o en el retraso injustificado de actos y operaciones a cuyo cumplimiento el funcionario está obligado, bien por leyes o por reglamentos.

Tal principio está bien justificado, sobre todo cuando se tiene en cuenta que el retraso o la ineficacia de la acción administrativa son generalmente causa de daños y perjuicios, y que en la falta de cumplimiento de un acto debido puede ocasionar consecuencias extremadamente graves, tanto como las que podrían derivarse de la realización de iniciativas ilegales.

Las sucesivas disposiciones del texto refundido disponen que aquel que se considere perjudicado por la omisión de actos o de operaciones debe realizar la oportuna intimación contra el funcionario. Tales intimaciones deben presentarse cuando haya transcurrido el tiempo necesario para la realización del acto o de las operaciones administrativas, naturalmente que en relación con la naturaleza y las dificultades de las operaciones y con el *iter* procedimental necesario para conseguir el resultado final. Transcurridos en vano treinta días des-

de la notificación de la intimación oficial, el interesado puede plantear la acción de resarcimiento, sin prejuzgar el derecho a la reparación de los daños que se hayan causado como consecuencia de la omisión o del retraso.

Principios especiales se aplican en relación a la responsabilidad de los órganos colegiales, en los cuales son responsables solidariamente el presidente y los miembros que hayan participado en el acto o en sus trámites; la responsabilidad se excluye para aquellos que hayan hecho constar en el acto su disenso.

5. Aspectos evolutivos

Después de haber examinado en general la responsabilidad desde el punto de vista administrativo, penal y civil, será oportuno tratar algunos aspectos particulares que pueden ser objeto de algunas consideraciones *de jure condendo*.

a) *Problemas en materia de responsabilidad formal*

Se ha visto cómo existen en el ordenamiento italiano varias disposiciones basadas en el principio de responsabilidad formal. La doctrina se ha mostrado, sin embargo, favorable a la limitación de tal forma de responsabilidad, aun reconociendo su utilidad relativa respecto a la observancia de las normas de procedimiento.

Se ha señalado además, por un lado, la necesidad de asegurar el respeto a las normas sobre el procedimiento; de otro, la de hacer también prevalecer siempre el principio de la efectiva responsabilidad sustancial. Cierto es que toda la materia en cuestión no podrá encontrar una efectiva y completa solución si antes no se logra una sistematización legislativa del procedimiento administrativo (al respecto recordemos que la ley sobre el procedimiento administrativo ha logrado ya la aprobación de la Cámara de Diputados y ahora está pendiente del examen del Senado).

Otro delicado problema respecto a la responsabilidad formal es el del órgano competente para conocer de las posibles controversias. Mientras, por un lado, es deseable que ciertas formas de responsabilidad vengán puestas de manifiesto para corregir y perfeccionar en el futuro la acción administrativa, dándose quizá al juez ordinario los poderes necesarios para actuar, por otra parte hay que tener en

cuenta el peligro de una excesiva ampliación de la esfera de intervención de los jueces ordinarios en materias que no entran, «naturalmente», en los controles confiados institucionalmente a los mismos y que conciernen, en cambio, a opciones discrecionales del poder ejecutivo y a la organización interna de los servicios respectivos. Y ello con el fin de no alterar el equilibrio de competencias ni menoscabar los principios fundamentales en que se apoya todo el sistema del contencioso administrativo.

Esto, en realidad, no es más que un aspecto de otro problema antes examinado y que puede encontrar una solución adecuada (sin salirse de los principios que regulan la competencia de la justicia administrativa y de las autoridades judiciales ordinarias) con ocasión de la sistematización de toda la materia de la responsabilidad y de la reorganización de la función pública, siendo deseable en tal supuesto que, especialmente en el campo del control judicial, las cuestiones de mera legalidad formal no tiendan a prevalecer sobre el contenido preceptivo de las normas sustanciales.

b) *Los controles administrativos contables*

A nuestro parecer, sería deseable una puesta al día de las normas de contabilidad pública.

Entre los diversos aspectos de tan importante problema, que desde hace tiempo es objeto de atención por parte de los estudiosos y los políticos, y sobre el cual aquí no podemos detenernos, queriendo únicamente apuntar un problema que frecuentemente no es tenido en cuenta. Se trata de la importancia de la utilización, en el marco de una esperada puesta al día y también de una aplicación más eficaz de las normas de contabilidad, de las competencias y experiencias de los servicios de contabilidad del Estado. Los mismos principios recogidos por diversas normas para el funcionamiento de las contabilidades centrales de diversos ministerios, y sobre todo de la de carácter general creada en el Ministerio de Hacienda, deberían constituir, también para el recto funcionamiento de las empresas autónomas, más que servicios estatales verdaderos y propios, un elemento de dirección y control, si bien con las adecuadas modificaciones.

Valdría la pena reconsiderar seriamente las atribuciones que el legislador patrio ha confiado, en su momento, a la contabilidad general (L. de 26 de julio de 1939, núm. 1.037, arts. 1.º y ss.; R. D. de 18 de noviembre de 1923, núm. 2.440, sobre la contabilidad general del Estado, arts. 22 y ss.) la cual, a través de sus diferentes servicios e ins-

pecciones tiene, entre otros, la misión de comprobar «... cómo, en general, funcionan los servicios que interesan, en cualquier manera, directa o indirectamente, a las finanzas del Estado», debiendo, además, efectuar «... las inspecciones administrativas y contables previstas por determinados ordenamientos... y cuidar de la exacta y uniforme interpretación y aplicación de las disposiciones de la contabilidad general del Estado; comprobando el regular cumplimiento de las funciones de control y revisión en los entes, institutos y sociedades, por parte de los dirigentes del Ministerio de Hacienda, sintetizando y coordinando los resultados»; para «la preparación del presupuesto y de la cuenta de gastos del Estado y de los organismos autónomos, obligados a la presentación de tales documentos financieros a las Cámaras legislativas; ... a la revisión analítica de las asignaciones presupuestarias, con la colaboración de las contabilidades de las administraciones centrales, con el fin de tomar iniciativas encaminadas a la limitación de los gastos; para la realización de estudios e investigaciones comparativas sobre los balances estatales y de los entes públicos».

Por medio de las inspecciones para la ordenación del personal y para los asuntos económicos, la Contabilidad general tendría, además, atribuciones respecto a la regulación de la actividad y al retiro del personal de carrera y del que no lo sea, dependiente de los organismos y empresas del Estado, y también de las de administración autónoma o de entes autárquicos; y sobre propuestas y sugerencias que pueden incidir útilmente en el balance del Estado, realizando economías en la gestión.

Debe tenerse en cuenta, ahora, que uno de los mayores inconvenientes que hoy existen en la organización de las empresas autónomas estatales, y todavía más en la gestión de los diversos entes paraestatales que gozan de incentivos y asignaciones del Estado, es, como también recientes acontecimientos han claramente demostrado, el de la gran disparidad en la administración y en el funcionamiento concreto de las diversas instituciones, bajo los ángulos jurídico, administrativo y contable. Así se comprenderá como una rígida ejecución de los controles a nivel ministerial, para lo cual no faltarían las normas reguladoras originarias (si bien con las variaciones, sistematizaciones y puestas al día sugeridas por el transcurso del tiempo y por la eventual oportunidad de utilizar la actividad de los máximos órganos de control financiero-contable en el marco de los organismos políticos de programación), podría constituir, por sí mismo, un instrumento utilísimo para el logro de un mejor equilibrio o

de una más satisfactoria racionalización de la organización administrativa, también en el sector de las empresas autónomas estatales.

Tales consideraciones no tratan, naturalmente, de agotar un problema de tal importancia y tan delicado, sino que tratamos de ofrecer más bien sugerencias para útiles consideraciones, también respecto a la posibilidad de utilizar, con una reorganización de los ordenamientos y de la estructura, los instrumentos que la regulación vigente ya, en parte, permite.

c) Problemas en materia de empresas autónomas estatales

De especial interés puede ser examinar algunos aspectos y problemas referentes a la organización y funcionamiento de tales empresas.

Como es sabido están caracterizadas, por lo general, por un lado, por la ausencia de verdadera y propia personalidad jurídica (salvo algunos casos del todo especiales, como, por ejemplo, para las empresas forestales, cuya personalidad jurídica se cree, en la doctrina, que tiene características preferentemente instrumentales), y de otro lado, por una especial autonomía de orden administrativo-contable.

La autonomía encuentra, naturalmente, límites, ya sea en el plano de la organización administrativa, por la sujeción a las directrices y a la dirección, a menudo penetrantes, de los órganos de gobierno, y por los controles administrativo-contables realizados a nivel ministerial por el Tribunal de Cuentas o a través del control político-parlamentario.

La política de dirección de los órganos ministeriales se asegura por medio de los poderes de nombramiento y revocación que, en general, corresponden a la autoridad gubernativa sobre las personas propuestas a los órganos administrativos empresariales, individuales y colegiales. También debe señalarse, al respecto, que constituye quizá orientación aconsejable la reciente, puesta de relieve en algunas ocasiones, de disociar, dentro de ciertos límites, la posición de ministro y de presidente de los diversos Consejos de administración, ya sea para dar una mayor autonomía y libertad de movimiento a las empresas, ya sea para permitir realmente un desarrollo más independiente y eficaz de las tareas de dirección y control referentes a la autoridad ministerial (véase, por ejemplo, lo que se ha dicho respecto a la proyectada reforma de la administración de los ferrocarriles del Estado). Pero la llave maestra para el buen funcionamiento de las empresas estatales y públicas en general reside, más que en su organización estructural, en la regulación de los con-

troles administrativos a que deben estar sometidas, más que en el reconocimiento de su autonomía.

Mientras que por lo que respecta a los sistemas de control administrativo contable dentro de las mismas administraciones podríamos remitir a cuanto anteriormente se ha expuesto respecto a la eficaz utilización de los órganos de la contabilidad, nos parece oportuno, además, detenernos ahora brevemente para subrayar algunos aspectos de los controles realizados por el Tribunal de Cuentas sobre las empresas autónomas estatales. Además, porque tal sistema de controles tiene estrecha relación con los problemas de los funcionarios actuantes. Aquí es necesario plantearse, primero, una distinción fundamental respecto a la naturaleza preventiva o *a posteriori* de los controles.

Realmente, mientras los controles *a posteriori* se regulan de un modo uniforme y con caracteres de generalidad, en relación a los actos que suponen asunción de obligaciones (contratos, asunción de deberes respecto al personal o modificaciones en su escalafón) o de gastos; los controles preventivos son, por el contrario, menos frecuentes, estando a menudo señalada la eficacia automática de los actos de la empresa, salvo la posterior comprobación de la legitimidad y su anulación (así ocurre, echando mano de los casos más importantes, respecto a la empresa de ferrocarriles, para la de correos y telégrafos y para la de teléfonos y para la administración autónoma de los monopolios del Estado, la empresa nacional autónoma de carreteras, la empresa de los bosques demaniales, etc.). Los poderes del Tribunal de Cuentas para la mayoría de las empresas se resumen en:

- Dar el visto bueno y registrar los gastos, con eficacia *a posteriori*, si bien, en la práctica, coetánea, por el interés que los entes tienen en confirmar rápidamente la legitimidad de sus actos.
- Y, en otra fase, en la aprobación de la rendición de cuentas de las gestiones, con todo su aparato contable, y con las respectivas comprobaciones de las entradas y los gastos. A tal propósito también, por lo general, las normas contenidas en las leyes especiales que regulan el funcionamiento de las diversas empresas prevén la obligación, por parte de las empresas mismas, de facilitar todos los documentos y resúmenes contables necesarios para los controles, así como la petición de oficio de documentos complementarios, facilitándose tales comprobaciones mediante la creación de delegaciones y servicios especiales del Tribunal, existentes en las mismas empresas.

Para algunas importantes empresas, como las de ferrocarriles, las de correos y telégrafos, por razones de una mayor homogeneidad, coordinación y eficacia, los balances de gestión se presentan al control del Tribunal como un apéndice a la rendición de cuentas generales del Estado, con lo que siguen, en la práctica, la misma suerte y las mismas fases de control que este último, sea en el Tribunal de Cuentas que a través del control parlamentario (para otros organismos, como la Caja de Depósitos y Préstamos y los entes de previsión con ella relacionados, los balances tienen, por el contrario, su autonomía formal y sustancial).

Sin poder en este momento entrar en detalles, es de destacar que el sistema descrito (así pensado en líneas generales y salvo algunas variantes específicas para permitir el desarrollo, dentro de una autonomía, de las actividades empresariales) da lugar a algunos inconvenientes que, sobre todo, al cabo del tiempo, se hacen más graves. La realización del control, sobre todo si se trata de control *a posteriori*, da lugar a que el órgano de control se encuentre frecuentemente con el inconveniente de tener que paralizar, *a posteriori*, a través de la denegación del registro, los actos tenidos por ilegítimos. Y esto, aunque por razones prácticas y de seguridad las empresas adopten, frecuentemente, el sistema de la comunicación previa al Tribunal de Cuentas de algunas importantes operaciones, tratando de asegurarse, por medio de una especie de deliberación del Tribunal, el éxito del control futuro. Práctica, dentro de ciertos límites, tolerada por el Tribunal de Cuentas, pero que acabará por desnaturalizar el control *a posteriori* del Tribunal, y también, en cierto sentido, por atenuar su eficacia.

Si a esto se añade que no siempre la administración de las empresas públicas se ha mostrado demasiado preocupada por adecuarse en su actuación a las observaciones realizadas por el Tribunal respecto a las normas de contabilidad (en materia, por ejemplo, de licitación, contrataciones, respecto a las competencias, a la observancia de los diversos trámites exigidos para las operaciones de importancia, operaciones extrapresupuestarias, etc.), podrá comprenderse cómo sería muy oportuna en este sector una intervención legislativa encaminada a hacer más eficaz y homogéneo el control del Tribunal de Cuentas, dotándolo de medios más adecuados, tanto para respetar las exigencias de una mayor agilidad de movimientos y la misma autonomía empresarial, que han sido el motivo de creación de los institutos de que hablamos. Esta afirmación la hacemos te-

niendo también presente que se observa una tendencia un tanto centrifuga de algunas empresas que tienden a acentuar su autonomía administrativo-contable respecto a lo previsto en las normas constitutivas originarias. Ello corresponde, quizá, a reales exigencias de la empresa de actuar con una cierta soltura de movimientos (piénsese en el caso de las empresas de ferrocarriles y las orientaciones actuales para conseguir una mayor rapidez en sus estructuras burocráticas), lo que supone sin duda un examen orgánico, de cara a la realidad, de todos sus problemas, de modo que se pueda lograr que la regulación y el funcionamiento de las diversas empresas autónomas se realicen en un plano de claridad y de ordenada disciplina, con base en los principios de legalidad, economicidad y adecuación entre los fines y los medios utilizados. Y que tampoco desentonen, dentro de ciertos límites, con una homogeneidad en la regulación del personal y de los ascensos y en los derechos del personal activo y del retirado (las disparidades en este campo respecto de los funcionarios estatales son, a menudo, demasiado macroscópicas).

Y todo ello, prescindiendo de los diversos problemas planteados por el control a nivel parlamentario, regulados de manera no muy homogénea, y por el *statu quo*, con no mucha eficacia, sea por una insuficiente reglamentación, a este respecto, de los sistemas de examen y comprobación por parte de los órganos parlamentarios, sea también, quizá, por la carencia, todavía, de una visión y una sensibilidad completa y madura sobre el problema tan importante (en otros países mucho mejor previsto) del control del parlamento sobre las finanzas públicas y sobre las empresas públicas en general. Respecto a las cuales hay que decir que constituyen indudablemente hoy el punto cardinal y más delicado de los modernos ordenamientos estatales.

Dando por supuesto que, realmente, hoy el Estado no puede por menos de, dentro de ciertos límites, actuar también en el campo económico por medio de los adecuados organismos empresariales y comerciales, es necesario admitir (como señalaba recientemente Jemolo) que tales organismos deben de estar en condiciones de superar las dificultades del mercado con medios muy dúctiles y ágiles y con una cierta rapidez de decisión, de manera que no sucumban ante la dura realidad de las leyes económicas en materia de costes y beneficios (la inderogabilidad de tales leyes está reconocida hoy, también, en los mismos países de sistemas socialistas y son bien conocidas al respecto las teorías, por ejemplo, de Liberman). Las consideraciones realizadas son todavía más válidas respecto a empresas como las de telecomunicaciones, que tienen un aparato organizativo extremada-

mente diversificado, con formas de gestión a veces directas, otras veces a través de concesiones y organismos y empresas públicas y privadas (en el sector telefónico, STIPEL, TELVE, TIMO, TETI, STET; en el campo de las radiocomunicaciones, ITALCABLE, RAI).

Bajo otros aspectos hay, sin embargo, una exigencia imprescindible: la de que el Estado realice un control eficiente sobre todas las finanzas públicas en general, como un complejo unitario y comprensivo, no sólo de las operaciones de los órganos insertos en el aparato burocrático, sino también de las realizadas por organismos con estructuras especiales, como las empresas autónomas, o incluso por empresas comerciales con participación estatal.

En el ámbito de las empresas autónomas y de las empresas públicas, el aseguramiento de un equilibrio entre el principio de autonomía de las respectivas gestiones y la exigencia del control público por medio de directrices y de controles administrativos y políticos, representa el punto clave de una moderna democracia, cuyas fórmulas y sistemas se reflejan en este sector, más o menos provechosamente, también en el ámbito mismo de las mismas posiciones de los funcionarios actuantes. Estos, realmente, en una empresa pública bien organizada, deberán gozar, a nivel directivo, de una relativa autonomía de decisiones, con el correlativo conjunto de instrumentos y medios de trabajo adecuados, simplificando las ataduras burocráticas y flexibilizando los controles preventivos demasiado vinculantes y analíticos; dándose preferencia, por una parte, al control de los balances generales de la empresa y de los resultados económicos de la gestión, y por otra parte a la comprobación de la responsabilidad patrimonial en que hayan incurrido los funcionarios por infracciones de las normas del sistema o por daños ocasionados al ente, como consecuencia de un comportamiento doloso o culposo.

d) *Las relaciones humanas y la preparación del personal*

Se trató de la importancia de las normas sobre la responsabilidad, pero no se olvida que la solución de los problemas apuntados está, quizá, más que en cualquier otra cosa, en la formación del material humano.

Resulta, pues, que una de las directrices de nuestro sistema administrativo es el de preparar hombres, no sólo desde el punto de vista técnico, sino también en el plano de la formación cultural general y humanística.

Buen funcionario, en realidad, al menos a nivel directivo, no es aquel que limita sus conocimientos y experiencias a un limitado y

especifico sector burocrático, con una preparación y una visión referida a compartimientos estancos, pues de tal manera no pueden desarrollarse la capacidad de ponderación y de decisión, que son aspectos y elementos indispensables de la actuación administrativa. Tales tipos de experiencia y de preparación cultural pueden ser poseídas *ab origine* por el aspirante a funcionario, pero, indudablemente aumentarán y se desarrollarán con un sistema de formación y selección que puede adecuadamente prever la regulación legal.

Con tal fin, prescindiendo de la posibilidad de adquisición, en circunstancias especiales, directamente, del exterior, de elementos de especial competencia y de rica experiencia empresarial, es especialmente importante insistir sobre la adopción de especiales métodos de preparación previa y posterior de los cuadros.

También en Italia se va ahora ya extendiendo, si bien con cierto retraso, el convencimiento de la importancia de tales métodos de selección. En otros países, como en Francia, donde el nivel de perfeccionamiento burocrático es especialmente bueno, desde hace casi veinte años, ahora funcionan escuelas de preparación por medio de las cuales los jóvenes aspirantes a puestos de la administración directiva son situados en los ambientes más diversos, para así percatarse, por propia experiencia, de diversos problemas a nivel local, en relación con entes o empresas, incluso privadas, de carácter económico-administrativo-industrial, y para lograr así, en contacto con las realidades más diversas, una especial formación cultural y también una formación humanística general. Y ello para evitar los inconvenientes y perjuicios de la mera especialización, tan perjudicial, según las más modernas tendencias de la ciencia de la Administración (Machenzie), al nivel de altos dirigentes. Así, en relación al clásico modelo weberiano de la organización burocrática, se impone una corrección integrativa con los módulos de las *human relations*. Iniciativas en tal dirección se han efectuado también en otros países, por ejemplo, en España y Alemania, donde, desde luego, los criterios para la selección del personal directivo de la administración municipal (y también para los dirigentes importantes, Oberstadt-direktoren), permiten amplio margen de elección de elementos expertos y preparados, bajo los más variados perfiles técnicos. Entre nosotros, si bien habiéndose realizado bastante, también por medio de la organización de varios tipos de escuelas de preparación y perfeccionamiento para los funcionarios públicos, falta todavía mucho por hacer, con el fin de lograr que el material humano, realmente bueno, y virtualmente dotado de capacidad y aptitud, pueda, en concreto,

adaptarse a las exigencias, cada vez más complejas, de la vida pública local, mediante la adquisición no sólo de abstractos conocimientos juridico-administrativos, sino también de experiencias concretas en los problemas ejecutivos y de capacidad directiva, en el sentido más amplio de la palabra.

Como siempre, tal aspecto humano es, quizá, el más relevante para el logro de una acción más eficaz y para la organización de los servicios públicos, además de las reformas de estructura, constituyendo, en cada ordenamiento jurídico, la principal premisa para el buen funcionamiento de los organismos administrativos y de gobierno.