

ano 17 - n. 67 | janeiro/março - 2017
Belo Horizonte | p. 1-334 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i67
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2016, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Acción de repetición contra funcionarios públicos

Charging action against public officials

Pablo Schiavi*

Universidad de Montevideo (Uruguay)

pablo.schiavi@cgn.gub.uy

Recibido/Received: 22.09.2016 / September 22th, 2016

Aprovado/Approved: 14.12.2016 / December 14th, 2016

Resumen: Durante largos años y también en la actualidad, el artículo 25 de la Constitución – único artículo constitucional que regula de algún modo la responsabilidad civil de los funcionarios hacia la Administración – ha sido y es un permanente olvidado, salvo escasísimas excepciones pese a estar incorporado en nuestra Carta desde 1952. Su olvido o inaplicación promueve y favorece, sin lugar a dudas, la existencia de “islas de irresponsabilidad” y de “sujetos irresponsables y reductos de irresponsabilidad” denominados así por nuestra doctrina más destacada. En el presente trabajo abordaremos el régimen jurídico de la acción de repetición contra funcionarios públicos, recorriendo las posiciones doctrinas y jurisprudenciales relevantes, con especial detenimiento en sus presupuestos y condiciones, y en el procedimiento que debe seguirse para hacerla efectiva, para evitar y combatir esos reductos de irresponsabilidad y de impunidad, de modo de fortalecer nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Como citar este artículo/*How to cite this article:* SCHIAVI, Pablo. Acción de repetición contra funcionarios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 77-104, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.474.

* Profesor de Derecho de Acceso a la Información Pública y de Protección de Datos Personales y del Taller Teórico-Práctico sobre la Protección de Datos Personales en Salud “E Salud” del Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay). Profesor de Derecho de la Información en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay). Profesor Asistente en la materia “Recursos Administrativos” del Máster de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo (Montevideo, Uruguay). Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (Montevideo, Uruguay). Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay (Montevideo, Uruguay). Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid (Madrid, España). Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex-Asesor del Auditor Interno de la Nación, Auditoría Interna de la Nación (A.I.N). Asesor del Contador General de la Nación, Contaduría General de la Nación (C.G.N.) del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad. E-mail: pablo.schiavi@cgn.gub.uy /psschiavi@hotmail.com. Twitter: @PabloSchiavi

Palabras clave: Responsabilidad. Funcionarios públicos. Acción de repetición. Presupuestos. Culpa grave o dolo.

Abstract: For years and at present, Article 25 of the Constitution – only constitutional article that somehow regulates the liability of officials to the Administration – has been and is a permanent forgotten, with very few exceptions despite being incorporated in our Charter since 1952. His forgetfulness or inapplicability promotes and favors, without doubt, the existence of “islands of irresponsibility” and “irresponsible subjects and redoubts of irresponsibility” so called by our most prominent doctrine. In this work we address the legal status of the proceedings for recourse against public officials, covering the relevant doctrines and jurisprudential positions, special caution in their budgets and conditions and the procedure to be followed to make it effective to prevent and combat such redoubts of irresponsibility and impunity, so as to strengthen our constitutional rule of law.

Keywords: Liability. Public workers. Repeat action. Budgets. Gross negligence or willful misconduct.

Sumario: I Entorno doctrinal y jurisprudencial – II La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio – III Acción de repetición contra funcionarios públicos – IV Jurisprudencia destacada – V Reflexiones finales – Referencias

I Entorno doctrinal y jurisprudencial

Para describir el tema que abordaremos en el presente trabajo, es importante destacar lo que Martín Risso Ferrand llama con acierto “*Entorno doctrinal y jurisprudencial*” apuntando que desde el año 1934, el Derecho Constitucional uruguayo cuenta con normas expresas que refieren a la responsabilidad del Estado y, desde 1952, se encuentran vigentes las normas centrales en la materia: artículos 23, 24, 25, 32 y 35.¹

En la Constitución encontramos normas constitucionales expresas que refieren a la responsabilidad del Estado. El artículo 24 refiere al régimen general de responsabilidad del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales. El 25 refiere, parcialmente, al régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos (frente al Estado que debió indemnizar). El 23 regula el régimen especial de responsabilidad de los jueces. El 32 y el 232 refiere a la responsabilidad por los daños en el marco de un proceso expropiatorio. Y el artículo 35 refiere a un caso especial de responsabilidad.²

Risso Ferrand cita a León Duguit y a Miguel S. Marienhoff quienes apuntan que los fundamentos incuestionables de la responsabilidad del Estado reposan en dos grandes pilares: el Estado de Derecho y el principio de igualdad ante las cargas

¹ RISSO FERRAND, Martín. “*Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*”; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – N° 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 49-66.

² RISSO FERRAND, Martín. “*Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*”; Ob. Cit., pp. 49 y ss.

públicas. El razonamiento es sencillo: (a) la actividad estatal es una necesidad de las sociedades modernas; (b) la actividad estatal existe en beneficio de la toda la colectividad; (c) es evidente que a veces, la actividad estatal, en forma lícita o ilícita, ocasiona daños a algún o algunos individuos; y (d) es lógico que los daños provenientes de la actividad que a todos beneficia no sean soportados por uno o algunos desafortunados, sino que, indemnización mediante, deben ser soportados, proporcionalmente, por toda la sociedad.³

No puede haber duda alguna que cuando hablamos de responsabilidad del Estado, en nuestros días, nos movemos en el campo de los derechos humanos. Basta para esto con reparar en que las normas constitucionales en la materia (salvo el artículo 232) aparecen en la Sección II de la Carta, titulada “derechos, deberes y garantías”. Esto pone de manifiesto que esta materia no puede ser encarada desde el punto de vista del Estado o de la persona jurídica de Derecho público que corresponda, sino desde el punto de vista de quien sufrió un daño y a quien hay que indemnizar.⁴

En el mismo sentido Graciela Ruocco apunta que el principio de responsabilidad es uno de los componentes básicos de la sumisión del Estado al Derecho, y se constituye en una consecuencia lógica e ineludible de los principios propios del Estado de Derecho, a saber, los principios de constitucionalidad, de legalidad, de descentralización, de publicidad y de irretroactividad, al punto que ninguno de ellos tendría sentido, al decir de RISSO FERRAND, a quien cita al señalar que “... si no existen formas efectivas de responsabilizar a quienes se han apartado del ordenamiento jurídico en su actuación”.

La respuesta a la interrogante acerca de “¿Quién responde?” no ha sido siempre la misma, enfatiza Ruocco, sino que ha sufrido una evolución que, coincidentemente Durán Martínez Y Delpiazzo ubican en tres períodos o etapas netamente diferenciadas:⁵

En una primera etapa la jurisprudencia admitió la responsabilidad del Estado, superando el silencio constitucional, de corte liberal, a partir del artículo 21 del Código Civil, condenando al Estado a la indemnización de los daños causados por la actividad administrativa de gestión con cargo a fondos públicos, en aplicación de los principios propios de la responsabilidad extracontractual.

Con la reforma de 1934 se incluyó el artículo 24 en la Lex Magna que estableció el principio en la materia, señalando la responsabilidad del funcionario por cuya

³ RISSO FERRAND, Martín. “Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos”; Ob. Cit., pp. 49 y ss.

⁴ RISSO FERRAND, Martín. “Constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 15.859”, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo XI, núms. 63-66, p. 431.

⁵ RUOCCO, Graciela. “Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa”; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESE y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 121-135.

actuación se causaba el daño a terceros, y subsidiariamente la responsabilidad del Estado, cumpliendo una función de garantía para el caso de insolvencia de aquél.

Atento a que el sistema se había revelado como excesivamente complejo, en tanto no ofrecía garantías suficientes ni para los funcionarios -amenazados permanentemente por posibles reclamaciones económicas cuantiosas- ni para los particulares perjudicados -expuestos a sufrir la insolvencia de los demandados-, a partir de la reforma constitucional de 1952 se invirtió el principio "...consagrándose la responsabilidad estatal directa" (Artículo 24).⁶

Asimismo, se consagró la potestad del Estado de repetir lo pagado por concepto de reparación del daño contra el funcionario que lo hubiere causado por culpa grave o dolo (artículo 25).⁷

Juan Carlos Cassagne afirma con especial destaque que el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos pertenece a una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo. Ha despertado y despierta la constante preocupación de los hombres comunes, de los juristas y hasta de los intelectuales y, en él se encuentra, enraizada una de las causas más profundas de los males que padece la Administración Pública.⁸

De ahí que Cassagne es conteste en afirmar que el aspecto de mayor trascendencia y actualidad en materia de responsabilidad de funcionario es, sin lugar a dudas, el de su coordinación con la responsabilidad del Estado, donde aparecen enfrentados diferentes criterios. En resumidas cuentas, la responsabilidad de los funcionarios no debe servir de escudo para la irresponsabilidad del Estado ya que ello nos sumergirá en una situación de mayor injusticia que la imperante en la actualidad. Pero tampoco deber servir para eludir la responsabilidad de los funcionarios frente a los particulares, en los casos en que éstas probasen su dolo o culpa y, en este sentido, no hay que desaprovechar la experiencia de lo acontecido en otros países, como Estado Unidos, en esta materia.⁹

Para mejorar el actual estado de la Administración es preciso, desde luego, contar con un buen sistema de responsabilidad de los funcionarios, adecuado a la realidad y costumbres de cada país, que sirva a todos los intereses en juego, tanto públicos como privados.¹⁰

⁶ RUOCCO, Graciela. "*Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa*"; Ob. Cit., pp. 121 y ss.

⁷ RUOCCO, Graciela. "*Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa*"; Ob. Cit., pp. 121 y ss.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. "*La responsabilidad de los funcionarios públicos y su coordinación con la del Estado*"; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – N° 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 275-286.

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *La responsabilidad de los funcionarios públicos y su coordinación con la del Estado*"; Ob. Cit., pp. 275 y ss.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *La responsabilidad de los funcionarios públicos y su coordinación con la del Estado*"; Ob. Cit., pp. 275 y ss.

II La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio

1 Evolución histórica

a) La disposición constitucional de 1934 y su modificación en 1952

Sobre el punto en cuestión vamos a remitirnos a las consideraciones efectuadas por Daniel Hugo Martins sobre la evolución histórica del tema objeto de estudio a nivel Constitucional.¹¹

Al respecto apunta Daniel Hugo Martins que la Constitución de 1830 nada estableció sobre el punto. Tampoco su reforma en 1917.

Fue en la Constitución de 1934 que se incorporó el art. 24. En su obra *“Responsabilidad de la Administración y de los Funcionarios Públicos”*, publicada en la Revista de Derecho Público y Privado en abril y mayo de 1953 (luego en *“Constitución y Administración”*, 1º edición, 1993, p. 199 y 2º edición tomo I, pág. 223), Daniel Hugo Martins da cuenta de las interpretaciones que la doctrina había hecho del mismo, haciendo referencia los trabajos de Aparicio Méndez; de Eduardo J. Couture, de Enrique Sayagués Laso, y de Jorge Gamarra.

En cuanto a la interpretación jurisprudencial apunta Daniel Hugo Martins que la disposición ha tenido en la jurisprudencia una interpretación vacilante y, a veces, contradictoria.¹²

Agrega que en el proyecto de ley constitucional presentado a la Cámara de Representantes por legisladores del Partido Colorado y el Partido Nacional, en ejercicio de la facultad establecida en el art. 284 apartado d) de la Constitución de 1934-42, se proponía modificar el art. 24 estableciendo la responsabilidad directa de las personas de derecho público, pudiendo repetir contra los funcionarios en caso de dolo o de culpa.¹³

En la Cámara de Representantes se sustituyó la norma proyectada por los actuales artículos 24 y 25 y se dispuso en la Disposición transitoria letra T) que los juicios en trámite, iniciados según el art. 24 de la Constitución de 1934, seguirían exclusivamente contra el órgano del Estado demandado, sin perjuicio de que éste, deba repetir lo pagado contra el funcionario, en caso de dolo o culpa grave. En el

¹¹ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – N°4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESE y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 287-306.

¹² MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

¹³ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

Senado sólo se modificó en el art. 25 la palabra “deberá” por “podrá”, de modo que el órgano público tiene la opción de repetir o no contra el funcionario lo que hubiere pagado.¹⁴

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante asimismo destacar lo sostenido por Diego Gamarra Antes quien expresa que parecería que el enunciado normativo de la Constitución de 1934 no vedaba la acción de responsabilidad directa contra el Estado en ningún caso. De la subsidiariedad de la responsabilidad del Estado ante una acción entablada contra un funcionario, no se sigue necesariamente que no pueda entablarse una acción directa ante el Estado.¹⁵

b) Las disposiciones constitucionales de 1952

Sobre el punto destaca Diego Gamarra Antes¹⁶ que es recién en la Constitución de 1952 – no habiéndose producido cambios en la Constitución de 1942 en relación con lo consignado en la de 1932- que se introduce una nueva redacción de los artículos 24 y 25 de la Carta –que se repite luego en la Constitución 1967.

En tal sentido apunta Daniel Hugo Martins¹⁷ que las tres disposiciones que sustituyeron al art. 24 de la Constitución de 1934 son las siguientes:

Artículo 24.- El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25.- Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

Disposición transitoria letra T: Los juicios en trámite iniciados contra los funcionarios y el órgano del Estado de que dependen, de acuerdo al artículo 24 de la Constitución vigente, proseguirán en adelante exclusivamente contra el órgano del Estado demandado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Constitución.¹⁸

¹⁴ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

¹⁵ GAMARRA ANTES, Diego. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo*; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 307-331.

¹⁶ GAMARRA ANTES, Diego. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo*; Ob. Cit., pp. 307 y ss.

¹⁷ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

¹⁸ Apunta Daniel Hugo Martins que en el texto constitucional vigente, a partir de 1997, se suprimió la disposición transitoria letra T), que en la Constitución de 1967 pasó ser letra L), donde en lugar de referirse al artículo 24 de la C. de 1934, menciona “el artículo 24 de la Constitución aprobada en el plebiscito de ratificación de 29 de noviembre de 1942”.

Al respecto sostiene Diego Gamarra Antes que la interpretación contextual de los artículos 24 y 25 y de la disposición transitoria T condujo a considerar bajo la Constitución de 1952 descartada la acción de responsabilidad civil contra los funcionarios públicos impetrada por los particulares dañados, habilitándose únicamente la acción de repetición del Estado en casos de condenas por perjuicios causados por conductas dolosas o que implicaron actuación con culpa grave por parte de sus funcionarios, por lo que, a su juicio, la disposición transitoria T, tal como fue entendida, derivó en una norma indirectamente interpretativa y concomitante a la norma interpretada, con la particularidad de que el contenido adjudicado a la disposición excedía toda interpretación razonable del enunciado -a partir de ella- interpretado.¹⁹

2 La responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en casos de actos personalísimos

En su trabajo sobre “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución Uruguaya”, Daniel Hugo Martins hace un exhaustivo estudio de los antecedentes parlamentarios sosteniendo que “El funcionario sólo es civilmente responsable frente a la Administración. Esta es una de las innovaciones fundamentales de la reforma de 1951 en este tema. Aunque no surge claramente del texto aprobado, está en el espíritu y en la finalidad de la reforma, así como en la historia fidedigna de la ley constitucional...”.

En el mismo sentido que Daniel Hugo Martins,²⁰ se ha pronunciado la doctrina administrativa clásica (Enrique Sayagués Laso, Mariano R. Brito; Alberto Ramón Real, Héctor Giorgi).

También la doctrina actualmente mayoritaria mantiene la tesis tradicional, apunta Daniel Hugo Martins con referencias a Carlos Delpiazzo y Felipe Rotondo.²¹

Por último Daniel Hugo Martins²² cita disposiciones legislativas recientes que recogen la posición tradicional sobre el tema, esto es, el artículo 748 de la Ley Nº 16.736 de 5 de enero de 1996; el artículo único de la Ley Nº 18.182 de 26 de octubre 2007; y el 13 de la Ley Nº 18.401 de 24 de octubre de 2008, que analizaremos más adelante en el presente trabajo.

¹⁹ GAMARRA ANTES, Diego. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo*; Ob. Cit., pp. 307 y ss.

²⁰ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

²¹ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

²² MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

3 La responsabilidad civil directa de los funcionarios públicos: la responsabilidad ante los particulares

Apunta Daniel Hugo Martins que casi medio siglo después que pacíficamente se ha sostenido que los funcionarios no pueden ser demandados por los terceros que hayan sufrido un daño causado por el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones, se han emitido opiniones y algunas discordias, en sentido contrario, basándose fundamentalmente en la opinión del Dr. Justino Jiménez de Aréchaga.²³

Diego Gamarra Antes²⁴sostiene que con buen tino Martín Risso Ferrand, recientemente acompañado por Augusto Durán Martínez y, entre otros magistrados, por Van Rompaey y Bossio en sus discordias, Sosa y Salvo, ha sostenido la novedosa tesis de la responsabilidad civil directa de los funcionarios públicos – vale decir, la responsabilidad ante los particulares.

A su juicio, La interpretación propugnada por los mentados *ius publicistas* y magistrados es correcta, en dos sentidos: a) por un lado es la que más se apega al texto constitucional desde la hermenéutica tradicional, y b) por otro lado es la que más se adecua al Estado Constitucional de Derecho, comulga con la actual visión del Derecho como un sistema de garantías y con el criterio interpretativo *pro homine*.

III Acción de repetición contra funcionarios públicos

1 Consideraciones preliminares

Augusto Durán Martínez cita a Soto Kloss, quien en frase que ya ha devenido clásica, expresó: “quien dice Derecho, dice responsabilidad”.²⁵

Esta afirmación se explica porque siendo el derecho *lo justo*, el daño, punto de partida para la responsabilidad, rompe el equilibrio indispensable para la vida en sociedad. Producido un daño es preciso restablecer el equilibrio alterado. La afirmación de Soto Kloss se explica también porque el derecho supone seres libres. Solo un ser que actúa en ejercicio de la libertad da cuenta de sus actos. Sin responsabilidad, pues, no se puede ni siquiera imaginar el Derecho.²⁶

Por eso la responsabilidad existe tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público. Y por eso la responsabilidad se compromete cualquiera

²³ MARTINS, Daniel Hugo. *La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio*; Ob. Cit., pp. 287 y ss.

²⁴ GAMARRA ANTES, Diego. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo*; Ob. Cit., pp. 307 y ss.

²⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Capítulo 28; en *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*; Editorial LA LEY URUGUAY – 1ª Edición. Buenos Aires 2012; págs. 659-683.

²⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ob. Cit. pp. 659 y ss.

sea la naturaleza del daño, cualquiera sea el sujeto que lo comete y cualquiera sea el sujeto que lo sufre.²⁷

Durante largos años el art. 25 de la Constitución ha sido un permanente olvidado, salvo escasísimas excepciones pese a estar incorporado en nuestra carta magna desde hace más de 73 años (antes art. 24). De todas formas, y sin poner en duda la importante mejora que a nuestro juicio significó la Constitución de 1952, al consagrar la responsabilidad directa del Estado, incluir a todos los funcionarios públicos, y limitar la responsabilidad por repetición al dolo a la culpa grave, esto no parece haber impulsado al Estado a poner en la práctica habitual este mecanismo.²⁸

A) Alcance de las normas constitucionales

Augusto Durán Martínez apunta que el único artículo constitucional que regula de algún modo la responsabilidad civil de los funcionarios hacia la Administración es el 25. Para comprender ciertas interpretaciones que se han efectuado al respecto, es preciso partir del artículo 24 de la Constitución de 1934.²⁹

Ante el artículo 24 de la Constitución de 1934, en redacción mantenida en la enmienda constitucional de 1942, en general se sostuvo que existía una responsabilidad directa del funcionario y solo subsidiaria del Estado. Aunque algunos autores como Méndez, admitieron la posibilidad de una acción directa contra el Estado.³⁰

Pero el texto actual, cuya redacción proviene de la Constitución de 1952, varió.³¹ Los artículos 24 y 25 vigentes dicen:

Artículo 24 El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25 Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

²⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ob. Cit. pp. 659 y ss.

²⁸ URIARTE ARAÚJO, Daoiz. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución”; en Revista Transformación, Estado y Democracia N° 33, ONSC, pp. 93 y ss.

²⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ob. Cit. pp. 659 y ss.

³⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ob. Cit., pp. 659 y ss.

³¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ob. Cit., pp. 659 y ss.

Ante esta normativa, Durán Martínez apunta que la doctrina ha sostenido que no es posible la acción directa contra los funcionarios. En general se ha sostenido que procede la acción directa contra el Estado y este puede repetir contra el funcionario en caso de que haya actuado con dolo o culpa grave. Las afirmaciones de Sayagués Laso y Martins, por ejemplo, son muy claras en ese sentido.³²

Parece claro, por otra parte, que esa fue la intención del legislador constitucional, en tal sentido se han pronunciado Jiménez de Aréchaga; Martins y Risso Ferrand.

En este punto en particular, Augusto Durán Martínez reconoce que, si bien en un principio, ha acompañado la posición de la doctrina imperante,³³ luego de leer el inteligente trabajo de Risso Ferrand³⁴ sobre el tema ha cambiado de posición.

Martín Risso Ferrand,³⁵ al estudiar los artículos 24 y 25 de la Constitución vigente, expresó que parecería que, de las normas mencionadas, sólo se desprende:

a) en primer lugar, que el artículo 24 establece la responsabilidad directa del Estado y demás sujetos de derecho público, comprendiendo todas las hipótesis posibles en que el Estado puede ocasionar daños a un tercero, con la sola excepción de los daños derivados de la actividad legislativa.

b) en segundo término, el artículo 25 sólo refiere a la hipótesis en que el Estado ha indemnizado en base al artículo 24 y pretende repetir lo pagado contra los funcionarios.

c) por último, los artículos 24 y 25 no dicen ni que la única vía por la cual los terceros damnificados pueden lograr la reparación del daño sufrido sea la del artículo 24, ni que dichos terceros no puedan demandar directamente al o los funcionarios, ya sean en forma principal y exclusiva, o en forma conjunta con el Estado.

Pues bien, si la Constitución sólo nos habla de la responsabilidad de los sujetos de derecho público y de la posibilidad de que éstos, en determinadas ocasiones repitan contra los funcionarios, ¿qué se debe concluir del texto constitucional respecto a los funcionarios? se pregunta Risso Ferrand. Sostener que tienen una suerte de inmunidad y que su responsabilidad civil (por los daños causados en ejercicio de sus funciones o en ocasión de dicho ejercicio), sólo puede hacerse valer por la vía indirecta del artículo 25, parece que no podría admitirse, ya que dicha hipótesis no tiene base constitucional.³⁶

³² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo"; Ób. Cit., pp. 660 y ss.

³³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. "Casos de Derecho Administrativo"; Vol. 1; Universidad Católica del Uruguay–Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999.

³⁴ RISSO FERRAND, Martín. "Responsabilidad civil de los funcionarios públicos"; en Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, pp. 16 y ss. Cita Online: <UY/DOC/95/2010>.

³⁵ RISSO FERRAND, Martín. "Responsabilidad Civil de los funcionarios públicos"; Ób. Cit., pp. 16 y ss.

³⁶ RISSO FERRAND, Martín. "Responsabilidad Civil de los funcionarios públicos"; Ób. Cit., pp. 16 y ss.

En definitiva, la solución que Risso Ferrand estima correcta respecto al texto de los artículos constitucionales referidos, consiste en que:³⁷

a) la Constitución reconoce la responsabilidad directa de los sujetos de derecho público por los daños causados a terceros.

b) cuando se indemniza en base al artículo 24, y en los casos del artículo 25 se podrá repetir lo pagado contra el o los funcionarios que correspondan.

c) no se establece en nuestra Constitución ningún tipo de inmunidad o impedimento en materia de responsabilidad civil de los funcionarios, salvo la que surge en el caso exclusivo de repetición en base al artículo 25.

d) los terceros damnificados podrían optar por demandar directamente al Estado en base al artículo 24, o a los funcionarios que hayan ocasionado los daños en base a las normas legales generales, e incluso podrían demandar en forma conjunta al funcionario y al sujeto de derecho público que corresponda.

En definitiva, a juicio de Risso Ferrand, y pese a lo que parece haber sido la clara intención de los constituyentes, la solución que surge de la Constitución vigente es la siguiente:

a) el tercero damnificado podrá demandar directamente al Estado la reparación del daño sufrido, en base al artículo 24. En este caso se discutirá si la responsabilidad es objetiva o subjetiva, pero este es otro tema,

b) pero el tercero damnificado podrá también demandar directamente al funcionario que ha causado el daño padecido. El fundamento de esta acción no se encontrará expresamente en la Constitución sino en la ley. En esta hipótesis no regirá la limitación del artículo 25 de la Carta a los casos de dolo o culpa grave, sino que el funcionario podrá ser responsabilizado en todas las hipótesis que admite el derecho civil.

c) incluso cabría admitir la posibilidad de que el tercero damnificado demande conjuntamente al Estado y al funcionario, aunque esta hipótesis presentaría diversos problemas, en razón de los diferentes criterios de imputación jurídica aplicables para uno otro demandado.

d) por último, y sólo para los casos en que el Estado ha indemnizado a un tercero en base al artículo 24 cabe admitir la posibilidad de que repita contra el funcionario en base al artículo 25 y solamente dentro de los casos expresamente mencionados por dicha norma.

Para terminar este punto, debe reconocerse que en la mayoría de los casos, el damnificado optará por demandar al Estado sin que le interese la acción contra el funcionario. Las dificultades que se pueden presentar en un juicio contra el Estado se compensan y superan con el riesgo de insolvencia del agente. Sin perjuicio de esto, consideramos que existe la posibilidad de accionar contra el funcionario.

³⁷ RISSO FERRAND, Martín. “Responsabilidad Civil de los funcionarios públicos”; Ób. Cit., pp. 16 y ss.

B) Interpretación evolutiva a la luz del Neoconstitucionalismo del régimen vigente

Los criterios de interpretación de Jiménez de Aréchaga deben, y pueden, amoldarse a la interpretación evolutiva que propugna el Neoconstitucionalismo cuando habla de la sobre interpretación de la Constitución, al decir de Guastini R. citado por Durán Martínez, o el derecho dúctil de Zagrebelsky.³⁸

Apunta Durán Martínez que la interpretación de Risso Ferrand se adecua más que la tradicional al nuevo modelo de Estado, el Estado constitucional democrático basado en la dignidad de la persona humana, porque evita la configuración de islas de irresponsabilidad.

Esta responsabilidad patrimonial del funcionario no es hacia la Administración sino hacia los particulares. Por eso, no está comprendida en el artículo 25 de la Constitución por lo que no se exige en este caso el dolo o culpa grave que el artículo 25 citado requiere para la acción de repetición. Esta responsabilidad se rige por el Código Civil, por lo que basta la culpa leve o negligencia para que se configure la responsabilidad.

Durán Martínez destaca que el artículo 13 de la ley N° 18.401, de 24 de octubre de 2008,³⁹ prohibió la acción directa contra determinados funcionarios del Banco Central del Uruguay, asignó legitimación pasiva al respecto al Banco Central del Uruguay y estableció que el Banco deberá hacerse cargo de los honorarios profesionales causados por cualquier demanda judicial contra esos funcionarios.

Me parece que esta es una solución de excepción y, como tal, es de interpretación estricta, que se explica porque parte del principio de la posibilidad de la acción directa contra el funcionario, de lo contrario no tendría sentido la prohibición impuesta en esta ley. Comparto la intención legislativa de brindar protección al funcionario, incluido el Directorio de la Institución. Comparto también la solución de la ley en cuanto asigna, en la especie, legitimación pasiva al Banco. Comparto asimismo que se establezca la obligación del Banco de hacerse cargo de los honorarios profesionales en los casos indicados en la ley. Pero, me parece que no resulta ajustado a la Constitución la prohibición de acción directa contra los funcionarios.⁴⁰

³⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *“La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”*; Ób. Cit., pp. 665 y ss.

³⁹ “ARTÍCULO 13.- (Protección legal).- Declárase que los funcionarios del Banco Central del Uruguay que desempeñan tareas de regulación y control no pueden ser demandados por terceros en relación a los cometidos y poderes jurídicos asignados legalmente, teniendo legitimación pasiva en todos los casos el Banco Central del Uruguay, sin perjuicio de la facultad de éste de repetir contra los funcionarios que hubiesen actuado con culpa grave o dolo (artículos 24 y 25 de la Constitución de la República). Asimismo, el Banco deberá hacerse cargo de los honorarios profesionales causados por cualquier demanda judicial que se derive del ejercicio de sus funciones, incluso hasta 10 años luego de abandonado el cargo. La presente disposición será aplicable a los miembros del Directorio del Banco en lo pertinente”.

⁴⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *“La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”*; Ób. Cit., pp. 665 y ss.

Lo expuesto precedentemente es enteramente aplicable al tema en estudio. Los artículos 24 y 25 de la Constitución se mantienen inalterados desde 1952. Pero entiendo que a la luz de lo expuesto y sobre todo desde la óptica del Estado Constitucional de Derecho, la interpretación tradicional que veda la acción directa de terceros contra los funcionarios públicos parece hoy insostenible.⁴¹

2 Procedencia

El artículo 25 de la Constitución de la República establece que: “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”.

Al efectuar un análisis concreto de la acción de repetición establecida en el artículo 25 de la Carta, Martín Riso Ferrand señala que respecto a esta norma que se presentan algunas dificultades de interpretación, seguramente atribuibles al proceso de su sanción. La terminología que limite el alcance de la norma -en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio-, en la redacción actual, plantea algunas dudas y causa cierta perplejidad.⁴²

En efecto, si el Estado ha pagado una indemnización en base al artículo 24 de la Carta, y si dicho daño fue «causado» por un funcionario público, qué sentido puede tener la limitación establecida en el artículo 25 a los casos de actuación del agente en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio. Aun cuando no se dieran dichas circunstancias, es obvio que si el funcionario o cualquier persona originó una situación por la cual el Estado debió indemnizar, se podrá repetir contra el causante del daño.⁴³

La cuestión puede en cierta forma superarse darle a la limitación del artículo 25 un sentido lógico, si se repara en la segunda limitación que dicha norma contiene: en caso de haber obrado con culpa grave o dolo.

Esto, y tal como lo señala Durán Martínez, La responsabilidad regulada por el artículo 25 sí es hacia la Administración. En estos casos el funcionario responde ante la Administración por los pagos por ella efectuados por el daño que él causó a terceros y solo responde en caso de haber actuado con dolo o culpa grave.⁴⁴

⁴¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 665 y ss.

⁴² RISSO FERRAND, Martín. “*Responsabilidad Civil de los funcionarios públicos*”; Ób. Cit., pp. 16 y ss.

⁴³ RISSO FERRAND, Martín. “*Responsabilidad Civil de los funcionarios públicos*”; Ób. Cit., pp. 11 y ss.

⁴⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

3 Admisibilidad de la acción de repetición

Vale decir que si la Administración nada pagó a terceros, nada puede reclamar al funcionario por este artículo 25. Y aun en caso de haber pagado, solo puede repetir contra el funcionario si este obró con dolo o culpa grave. Y solo puede la Administración, según Martins, reclamar lo que pagó: no puede pedir ni más, ni menos.

En principio, Durán Martínez comparte la afirmación de Martins pero si la Administración sufre un daño moral,⁴⁵ estimo que no existe inconveniente para acumular una acción reparatoria, por ese daño, a la de repetición.⁴⁶

De esta exigencia subjetiva se deduce que la acción judicial de repetición debe ser precedida por una actuación administrativa a los efectos de determinar la existencia de ese dolo o culpa grave. De esto se desprende además que si hay dolo o culpa grave hay también una responsabilidad administrativa comprometida, por lo que en la especie estamos ante un caso en que por lo menos se acumulan la responsabilidad civil y la administrativa.⁴⁷

Tal cual ha sido sostenido por la Jurisprudencia, el régimen del artículo 25 de la Constitución solamente habilita al Estado (en sentido amplio) a repetir contra los funcionarios por el daño causado por éstos, lo que hubiera pagado en reparación.⁴⁸

De ahí que a nivel jurisprudencial se ha hecho referencia a “*demandas apresuradas*” para referirse a casos en los cuales el Estado demandó a sus funcionarios antes de que hubiera sentencia de condena a su respecto (base al auto de procesamiento y a la confesión de los imputados), siendo que aún gozaban de la presunción de inocencia; y antes de que algún tercero hubiera entablado demanda de responsabilidad en su contra (y por ende, de que el Estado hubiera pagado alguna indemnización, y estuviera en condiciones de accionar por repetición).⁴⁹

Por lo cual la acción de repetición no procede cuando el Estado no haya pagado nada en reparación de posibles daños a terceros, ni tampoco en los casos en los

⁴⁵ Augusto Durán Martínez entiende que es perfectamente admisible el daño moral en estos casos. En tal sentido cita al Dr. Leonardo Guzmán que en acertado artículo periodístico escribió: “Como una bocanada de aire fresco debe recibirse la noticia de que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno declaró que el Estado debe cobrar indemnización a un fiscal penal procesado por ‘concusión’-coima-, en cuanto infirió ‘gran menoscabo a la imagen de la justicia’ y afectó la ‘credibilidad de los poderes del Estado’.” Y más adelante en ese mismo artículo expresó: “... es trascendente que nuestra justicia reconozca que en el Uruguay, la institución Estado puede ser víctima de daño moral. Al sostenerlo así, confirma que nuestro Estado no es solo ‘la diferencia entre gobernantes y gobernados’ y es, y debe ser, ético en su base, su gestión y su propósito.” GUZMÁN, L. Nuestro Estado, ético. Diario EL PAÍS, Montevideo, 1º de agosto de 2008, p. A5.

⁴⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁴⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁴⁸ T.A.C. 2º T.; Nº 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01.01.2008.

⁴⁹ T.A.C. 2º T.; Nº 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01.01.2008.

cuales ni siquiera se haya entablado demanda alguna en su contra, ni se haya alegado caso concreto en el que se haya anunciado la presentación de una demanda de ese tipo.

De ahí que a nivel jurisprudencial se ha sostenido con acierto que si bien el artículo 11.3 del CGP habilita el dictado de sentencia condicional o de futuro, esto no se aplicaría a las hipótesis del artículo 25 de la Constitución, a cuyo tenor debe estarse (el Estado puede repetir contra sus funcionarios lo que ya hubiere pagado a terceros en reparación de daños causados).⁵⁰

4 La existencia del daño

Como bien define Lorenzo Sánchez Carnelli, el origen del daño “podrá estar constituido por una actividad material o por un acto jurídico, configurándose diversas hipótesis”.⁵¹

Puede ser debido a un hecho involuntario como lo es un accidente o bien un acto jurídico, pero también cabe la condena frente a la omisión inexcusable, en los casos en que la obligación se funda en un hacer del Estado.⁵²

El daño indemnizable debe ser materialmente apreciable. Debe recordarse que este artículo no refiere a cualquier daño que se le causa a la administración. Existen múltiples hipótesis en las que un funcionario puede causar daño a la administración pero el art. 25 está en referencia directa con el art. 24 que establece la responsabilidad del Estado por los daños causados en la ejecución de los servicios públicos. Esto significa que se trata del daño exclusivamente causado a terceros y no el daño propio que es también resarcible pero no por la aplicación de este artículo sino de los principios generales de responsabilidad (1319 y 1324 del Código Civil).⁵³

5 Legitimación activa

Se admite la legitimación activa del Estado para interponer acción civil reparatoria cuanto tuvo un daño, sufrió un perjuicio ya sea el causante un particular o un funcionario público. En razón del mal cumplimiento de sus tareas, el funcionario

⁵⁰ T.A.C. 2º T.; Nº 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01.01.2008.

⁵¹ SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo. “Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y judicial”; FCU, Montevideo 2005; pp. 33 y ss.

⁵² URIARTE ARAÚJO, Daoiz. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución”; en Revista Transformación, Estado y Democracia Nº 33, ONSC, pp. 93 y ss.

⁵³ URIARTE ARAÚJO, Daoiz. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución”; Ób. Cit., pp. 93 y ss. Por ejemplo si un funcionario público se apropia del dinero de la caja y lo gasta en el casino, el organismo público (además del delito penal y la falta administrativa) podrá ejercer las acciones de recuperación del dinero correspondiente. Pero no se trata de una aplicación del art. 25. En cambio si el funcionario haciendo uso de la locomoción oficial en estado de ebriedad, causa un daño a un tercero será de aplicación el art. 25 para el caso de que el tercero deba ser indemnizado por el estado.

puede ser responsabilizado patrimonialmente frente a los particulares y ante la propia administración.⁵⁴

En la medida que el Estado tuvo un daño, sufrió un perjuicio, está legitimado para pedir la reparación al particular que lo haya causado, sea o no funcionario público. Así lo hace ver Sayagués Laso (Tratado..., t. I-1963- págs. 339/340 N° 199) cuando señala que “En razón del mal cumplimiento de sus tareas, el funcionario puede ser responsabilizado patrimonialmente frente a los particulares y ante la propia Administración. Frente a la Administración el funcionario compromete su responsabilidad patrimonial cuando... derivan perjuicios para aquélla. El funcionario está obligado a actuar diligentemente; si no lo hace, incurre en falta y es responsable. Ésta nos parece la solución de principio. Cuando el incumplimiento del funcionario a sus deberes origina perjuicios a la administración (con independencia del daño causado a terceros), ésta puede reclamar a aquél la reparación consiguiente”.⁵⁵

La norma establece un requisito previo e ineludible para que se ejerza la acción de responsabilidad contra el funcionario, el que se halla pago efectivamente por la Administración. Opera también como un límite a la responsabilidad puesto que el Estado no podrá por esta vía reclamar accesorias como los daños y perjuicios (salvo que hubiese sido objeto de la condena).⁵⁶

6 ¿A quién puede demandar el Estado en materia de repetición?

Cuando el Estado ha debido indemnizar a un tercero, y en aquellos casos en que dicho daño haya sido causado por un funcionario u otra persona que no revista tal calidad, en materia de repetición, el Estado podrá enfrentarse a tres hipótesis diversas:⁵⁷

a) si el daño ha sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado repetirá en base al artículo 25 de la Carta pero sólo corresponderá la acción en los casos en que el funcionario

⁵⁴ T.A.C. 2º T.; N° 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01.01.2008.

⁵⁵ T.A.C. 2º T.; N° 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01.01.2008.

⁵⁶ URIARTE ARAÚJO, Daoiz. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución”; Ób. Cit., pp. 93 y ss. Hemos visto con cierta preocupación que en algún lugar del Estado se ha pretendido la aplicación inmediata de este artículo al funcionario en forma a nuestro juicio claramente equivocada. Es más, se le impone al funcionario el descuento en cuotas del sueldo por lo que la administración ha abonado. Esto nos parece claramente un exceso inaceptable, puesto que el mero hecho de haber resarcido el daño causado a un tercero de acuerdo con el artículo 24 de la Carta, no habilita la aplicación del artículo 25 aún cuando la administración haya concluido un sumario determinando la responsabilidad por culpa grave o dolo del mismo. Creemos que en todo caso debe recurrirse a la justicia a los efectos de obtener el resarcimiento y el descuento automático del salario solo puede realizarse en función de una ley específica, puesto que dada la intangibilidad del mismo sólo la ley puede establecer excepciones.

⁵⁷ RISSO FERRAND, Martín. “Responsabilidad Civil de los funcionarios públicos”; Ób. Cit., pp. 11 y ss.

responsable haya obrado con dolo o culpa grave. Fuere de estas hipótesis no habrá responsabilidad de los funcionarios frente al Estado.

b) si el daño fue causado por un sujeto que no era funcionario público, la acción del Estado no se basará en ninguna norma constitucional sino en el derecho común, por supuesto que no estará limitada a los casos de culpa grave o dolo, sino que la acción podrá prosperar aun en otras hipótesis, y;

c) por último, si el daño fue causado por un funcionario, pero no en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado podrá repetir contra el funcionario, pero no conforme al artículo 25 sino según las normas legales vigentes en materia de responsabilidad. En esta hipótesis el demandado no podrá invocar el límite del artículo 25 -dolo o culpa grave-, sino que se deberá estar a la regulación legal de la materia.

7 Culpa grave y dolo

El dolo y la culpa constituyen el elemento subjetivo que debe estar acreditado para que sea viable la acción de repetición, ya que en esta acción se valora y juzga el comportamiento del funcionario, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por la organización estatal.⁵⁸

Jorge Gamarra, citado por Daoiz Uriarte Araújo ha definido el concepto de culpa grave como “grado máximo de la culpa y supone un comportamiento tan descuidado e imprudente, que linda con la actitud dolosa, al aparecer como intencionalmente dañino. Es lo que se ha calificado como “culpa grosera o inexcusable”.⁵⁹

Carlos E. Delpiazzo subraya que estamos ante un criterio definidamente subjetivo: se debe haber obrado con *culpa grave o dolo*; se excluyen la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.⁶⁰

El elemento objetivo es que el comportamiento se haya dado en uso o en ocasión del ejercicio de la función; como dice el art. 24 de la Constitución “en la ejecución de los servicios... confiados a sus gestión o dirección” o como reza el art. 25 del mismo Cuerpo, “en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio”.

⁵⁸ T.A.C. 2º T.; Nº 121/010; Fecha: 21/IV/2010.

⁵⁹ URIARTE ARAÚJO, Daoiz. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución”; Ob. Cit., pp. 93 y ss. El artículo constitucional es claro en cuanto a que solo se podrá ejercer esta acción de repetición cuando el daño producido se deba a culpa grave como mínimo. Tomarla opción de la responsabilidad objetiva y absoluta resultaría no solo un absurdo sino una temible limitación al accionar del Estado que podría llevar a la paralización provocada por el temor del funcionario a actuar. Aunque esto parece evidente hemos visto en más de una oportunidad la insistencia del Tribunal de Cuentas en que se aclare la responsabilidad del art. 25 en transacciones judiciales que resultan evidentemente inaplicables.

⁶⁰ DELPIAZZO, Carlos E. “La responsabilidad en el derecho público uruguayo”; en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; Nº 3, 2008; pp. 6 y ss.

Apunta Edgardo Ettlín que los actos privados o personalísimos del funcionario, esto es, los actos ajenos a la función durante su vida privada y particular (aun durante horas de oficina o en ocasión del servicio) no comprometen la responsabilidad estatal porque no constituyen actos o hechos de ejecución de los servicios.⁶¹

8 Acción de repetición: ¿facultativa o acto debido?

El artículo 25 de la Constitución dice que en los supuestos comprendidos en ese artículo la Administración “podrá repetir”; no dice deberá repetir. Por tal razón, en general se ha entendido que esta acción de repetición no obliga a la Administración sino que es facultativa.⁶²

En el mismo sentido, con anterioridad, se había pronunciado Martins, quien recordó que el texto aprobado por la Cámara de Representantes establecía una fórmula imperativa, pero que fue modificada en la Cámara de Senadores en la que se adoptó el texto vigente.⁶³

Entre los argumentos mencionados en la Cámara de Senadores para no adoptar la fórmula imperativa, Martins menciona los siguientes: “la inutilidad de seguir un juicio contra una persona notoriamente insolvente; la injusticia manifiesta de castigar tan duramente un funcionario con carrera irreprochable, (...) el daño que se causa a la investidura de ese funcionario en su relación con los demás administrados, creándose un ambiente de suspicacia, de recelo, de desconfianza, planteándole una crisis de moralidad de ese agente del servicio público o titular de función pública determinada”.⁶⁴

Sin perjuicio de reconocer la existencia de esos antecedentes señalados por Martins, estimo que el artículo 25 de la Constitución no otorga total libertad a la Administración para decidir si inicia o no una acción de repetición.⁶⁵

Una interpretación contextual de la Constitución teniendo en cuenta la noción de buena administración incluida en el artículo 311 de la Carta, nos hace pensar

⁶¹ ETLIN, Edgardo. “*De la Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos (o De Legitimación Pasiva de los Funcionarios Públicos en Demandas de Responsabilidad Civil, por Daños causados en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión)*”; en *La Justicia Uruguaya*, Tomo 133; Cita Online: <UY/DOC/640/2009>. La exigencia de la culpa “grave” como presupuesto de la acción de repetición del art. 25 de la Constitución tiene su razón de ser en permitirle cierta tranquilidad al actuar del funcionario, porque no es de ignorar que la gestión de la Administración y el trabajo del funcionario está sujeta a riesgos y a errores no deseados, muchas veces ejercido en condiciones de exceso de trabajo y con escasez de recursos frente a la delicada tarea de administrar bienes y personas.

⁶² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁶³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁶⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁶⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

que el término “podrá” del artículo 25 entraña un poder-deber. Si de las actuaciones administrativas seguidas como consecuencia del cumplimiento de una sentencia de condena por daños causados a terceros la Administración determina que el funcionario obró con dolo o culpa grave, no puede no iniciar una acción de repetición. No hacerlo constituye un acto de mala administración.⁶⁶

Esta interpretación contextual basta para rechazar la historia de la norma para la interpretación del artículo 25 en lo que refiere al significado del término “podrá”. Y el concepto de buena administración lleva, además, al rechazo de todos los argumentos invocados en la Cámara de Senadores salvo el primero. En efecto, de los motivos dados en la Cámara de Senadores, solo en caso de insolvencia evidente del funcionario y en casos en que aparezca como evidente que el funcionario no va a devenir solvente se justifica no iniciar una acción de repetición en los casos en que el funcionario haya producido un daño actuando con dolo o culpa grave. También se podría admitir que no se inicie la acción de repetición si efectuada una evaluación de las probabilidades de éxito de acuerdo con el estado de la jurisprudencia, se estima que el resultado será adverso.⁶⁷

Fuera de esos casos excepcionales, la acción de repetición es un acto debido. No se puede olvidar nunca que la Administración no administra un patrimonio propio, sino ajeno.⁶⁸

9 Procedimiento: la nueva solución de la Ley nº 19.090 de 14.06.2013

La Ley nº 19.090 de 14 de junio de 2013 instaura un nuevo régimen sobre la ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero, dando nueva redacción al artículo 400 (Sentencias contra el Estado) y al artículo 401 (Sentencias contra Gobiernos Departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados) del Código General del Proceso, con impactos en la temática que estamos abordando.

En tal sentido, en lo que refiere a las Sentencias contra el Estado, cabe destacar lo dispuesto por el Artículo 400.7 del Código General del Proceso (CGP), en cuanto dispone que “el Inciso condenado una vez notificado de la fecha de pago iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño

⁶⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁶⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁶⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “*La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo*”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República, remitiendo su opinión y copia autenticada de los antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas. El Poder Ejecutivo, previa vista al funcionario o funcionarios responsables, ordenará la promoción de la acción de repetición, si fuera pertinente mediante el acto administrativo correspondiente”.

En lo que refiere a Sentencias contra Gobiernos Departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados, cabe destacar lo dispuesto por el Artículo 401.7 del Código General del Proceso (CGP) en cuanto dispone que “el organismo condenado una vez notificado de la fecha de pago iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República”.

La palabra condenado debe entenderse aplicable, en sentido amplio, a sentencia de condena, laudo arbitral y, también, a transacción homologada judicialmente aun cuando en este último caso no se trate conceptualmente de una condena impuesta por un tercero. En este sentido, el artículo 25 de la Constitución no distingue, limitándose a “lo que hubiere pagado en reparación”.⁶⁹

En base a ello, cuando un Inciso tuviere fijada fecha de pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, como consecuencia de una sentencia de condena, laudo arbitral o transacción homologada judicialmente, deberá iniciar una investigación administrativa con la finalidad de determinar si existió o no culpa grave o dolo del funcionario.⁷⁰

Cabe destacar que la investigación administrativa podrá iniciarse, como lo impone la norma legal, desde el momento en que el Inciso condenado fuere notificado de la fecha de pago. Ello no quiere decir necesariamente que pueda iniciarse la acción de repetición, pues cabe sostener que para ello se requiere que el Inciso hubiere abonado efectivamente las sumas correspondientes. En favor de esta postura puede invocarse que al exigir la Constitución que se podrá repetir “lo que hubiere pagado en reparación”, no hay repetición si antes el Estado no se vio constreñido a pagar. Una posición más flexible habilitaría la acción de repetición antes, pero el efectivo pago del funcionario al Estado requeriría previamente que el Estado hubiere resultado condenado a pagar la condena. Debe adicionalmente, cumplirse con las investigaciones administrativas a que refiere la ley.⁷¹

⁶⁹ GUTIÉRREZ, Adrián A.; PEREIRA CAMPOS, Santiago. “Ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero: el nuevo Régimen de la Ley 19090”; en Revista de Derecho Público; Año 22; Nº 44; Noviembre, 2013; pp. 105 y ss.

⁷⁰ GUTIÉRREZ, Adrián A.; PEREIRA CAMPOS, Santiago. “Ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero: el nuevo Régimen de la Ley 19090”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.; pp. 105 y ss.

⁷¹ GUTIÉRREZ, Adrián A.; PEREIRA CAMPOS, Santiago. “Ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero: el nuevo Régimen de la Ley 19090”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.; pp. 105 y ss.

Concluida la investigación administrativa, con todas las garantías del debido proceso, el Inciso correspondiente deberá remitir al MEF sus conclusiones – opinión fundada–, con copia autenticada de los antecedentes (administrativos y judiciales). Con estos elementos el MEF-Poder Ejecutivo iniciará una nueva instancia administrativa con la finalidad de determinar si corresponde o no iniciar una repetición de pago contra el funcionario responsable del daño causado. En este caso, previo a adoptar una decisión, deberá otorgarse al funcionario la oportunidad de defenderse conforme lo dispuesto en el artículo 216 del Decreto No. 500/91. En definitiva, el MEF-Poder Ejecutivo resolverá si procede o no el inicio de una acción de repetición. Estas decisiones administrativas, como todo acto administrativo serán pasibles de recursos administrativos, sin perjuicio de su eventual cuestionamiento de legitimidad a nivel del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Queda planteada la duda acerca de si, para iniciar la acción de repetición se requiere que la decisión se encuentre firme lo que, a nuestro criterio, debería exigirse.⁷²

Por su parte, el artículo 52 de la Ley N° 17.930 de 19 de diciembre de 2005 dispuso: “Artículo 52.- Derógase el artículo 30 de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001 y el artículo 31 de la misma ley, este último en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley N° 17.556, de 18 de setiembre de 2002. En consecuencia, podrán, comprometerse gastos de funcionamiento o de inversiones sin que exista crédito disponible cuando se trate del cumplimiento de sentencias judiciales, laudos arbitrales, o situaciones derivadas de lo establecido en los artículos 24 y 35 de la Constitución de la República”.

Esta norma fue reglamentada por el Decreto N° 395/006 de 23 de octubre de 2006, que en su artículo 11º derogó los Decretos N° 701/991, de 23 de diciembre de 1991 y Decreto N° 531/001, de fecha 31 de diciembre de 2001.

Para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario,⁷³ el decreto del Poder Ejecutivo N° 395/006, de 23 de octubre de 2006, que reglamenta el cumplimiento de las sentencias contra el Estado, por su artículo 8 establece: “Una vez cancelada la obligación, la Unidad Ejecutora iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República, remitiendo al Ministerio de Economía y Finanzas copia autenticada de todos los antecedentes administrativos y judiciales relacionados al caso y su opinión sobre la procedencia de ejercer la acción de repetición”.

⁷² GUTIÉRREZ, Adrián A.; PEREIRA CAMPOS, Santiago. “Ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero: el nuevo Régimen de la Ley 19090”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.; pp. 105 y ss.

⁷³ DELPIAZZO, Carlos E. “La responsabilidad en el derecho público uruguayo”; en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; N° 3, 2008; pp. 6 y ss.

Sustanciada la investigación con vista al funcionario o funcionarios responsables, se ordenará, en su caso, la promoción de la acción de repetición, mediante acto administrativo del Poder Ejecutivo (artículo 9º).

Este artículo impone la iniciación del procedimiento administrativo aludido luego del pago, pero en realidad nada impide que esa investigación administrativa o, en su caso, sumario, se efectúe antes, cuando la Administración tome conocimiento de la demanda reparatoria, o aun con anterioridad, cuando tome conocimiento del perjuicio causado.⁷⁴

Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 211, literal c de la Constitución comete al Tribunal de Cuentas dictaminar “en cuanto a las acciones correspondientes en caso de responsabilidad” al examinar las rendiciones de cuentas y gestiones de todas las entidades estatales. Asimismo, el artículo 213 alude a “las responsabilidades y garantías a que darán sujetos los funcionarios públicos que intervienen en la gestión del patrimonio del Estado”, como materia a incluir en la ley de Contabilidad y Administración Financiera. Consecuentemente, el *Texto ordenado* de esta dedica el título VI (artículos 119 y siguientes) al tema de la responsabilidad funcional, e incluye la patrimonial. Más allá de tales disposiciones parciales, la solución de principio es que se compromete directamente la responsabilidad patrimonial del funcionario toda vez que se cause un daño al patrimonio de la entidad estatal.⁷⁵

IV Jurisprudencia destacada

Existen algunas sentencias de primera instancia que han admitido la acción reparatoria directa contra funcionarios públicos. Si bien en general esas sentencias han sido revocadas en segunda instancia, su sola aparición anuncia un cambio de jurisprudencia que inevitablemente vendrá, pues esa es la única interpretación que se adecua al Estado Constitucional de Derecho y a una interpretación del ordenamiento jurídico desde la dignidad de la persona humana. Es más, en los Tribunales superiores, si bien todavía se mantiene la tesis tradicional, están apareciendo importantes discordias en el sentido indicado en este estudio.⁷⁶

Durán Martínez destaca las discordias de los Ministros Van Rompaey y Bossio en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 216 de 6 de diciembre de 2006⁷⁷

⁷⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ób. Cit., pp. 668 y ss.

⁷⁵ DELPIAZZO, Carlos E. “La responsabilidad en el derecho público uruguayo”; en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; N° 3, 2008; pp. 6 y ss.

⁷⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ób. Cit., pp. 664 y ss.

⁷⁷ SOLER, G., “Novedades jurisprudenciales y legislativas sobre las relaciones entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario”, en DELPIAZZO, C.E. (Coordinador), *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho-Universidad de la República. F.C.U. Montevideo, 2010, pp. 64 y ss.

y la del Ministro Chediak en la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, Nº 169 de 9 de agosto de 2006.⁷⁸

En apretada síntesis, sostiene en su Discordia Leslie Alberto Van Rompaey que “la circunstancia de que se haya demandado a una entidad estatal por el ilícito culposo y dañoso de un funcionario, no varía la solución, pues tal como lo advierte Risso Ferrand”: ... los artículos 24 y 25 no dicen ni que la única vía por la cual los terceros damnificados pueden lograr la reparación del daño sufrido sea la del artículo 24, ni que dichos terceros no puedan demandar directamente al o a los funcionarios, ya sea en forma principal y exclusiva, o en forma conjunta con el Estado (...) Sostener que tienen una suerte de inmunidad y que su responsabilidad civil (por los daños causados en ejercicio de sus funciones o en ocasión de dicho ejercicio) sólo puede hacerse valer por la vía indirecta del artículo 25, parece que no podría admitirse, ya que dicha hipótesis no tiene base constitucional. Parece que lo razonable sería sostener que la eventual responsabilidad directa de los funcionarios es una cuestión no regulada por la Constitución (...) ante el silencio del ordenamiento jurídico, la solución es claramente la responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas, establecida en forma elocuente, entre otras normas, en el artículo 1.319 del Código Civil (...).

Van Rompaey cita a A. Gordillo que sostiene que: “... la importancia de que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores y genera responsabilidad... sufra también las consecuencias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas o que ejercen funciones administrativas y públicas”; y a Hauriou que expresa que: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios” (*Tratado de Derecho Administrativo*. 1. ed. colombiana, año 1998, Ed. Dike, págs. XVI-1 y XVI-2).

Van Rompaey concluye que “los privilegios e inmunidades, de orden penal o civil, deben interpretarse restrictivamente, al conformar una excepción al principio constitucional de igualdad (art. 8 de la Carta) y al principio general de derecho que impone la obligación de reparar el daño al sujeto que lo causa (art. 1.319 C.C.). Y resulta paradójal que, sin norma constitucional ni legal que lo disponga expresamente, se exima de responsabilidad al autor material de un ilícito civil, tesitura que, por añadidura, no contribuye, sino que por el contrario, desalienta, a la más eficiente y diligente prestación de los servicios por los funcionarios públicos”.

⁷⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Ób. Cit., pp. 664 y ss.

Por su parte en su discordia Sara Bossio Reig entiende “debe casarse parcialmente la recurrida en cuanto absolvió al co-demandado Eula y en su lugar condeno en los mismos términos que la sentencia de primera instancia, en tanto la responsabilidad del Estado por hecho ajeno se rige por los mismos principios de la responsabilidad civil desarrollados por el Derecho privado por lo que el Estado responde como garante y el funcionario como autor del ilícito culposo y dañoso, pudiéndose reclamar el pago indistintamente”.

Sin perjuicio de lo cual, la tesis mayoritaria sigue predominando en la Jurisprudencia nacional.

En tal sentido en reciente Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 19/2015 de 12 de febrero de 2015, se sostiene que “se coincide con el Tribunal en que la norma contenida en la Carta Magna consagra el principio general de la responsabilidad del Estado por acto o hecho de la administración con exclusión del funcionario interviniente. Teniendo en cuenta que resulta un hecho no controvertido que la médica accionada era funcionaria del Ministerio de Salud Pública y que por Resolución del 22 de diciembre de 2005 se le destituyó del cargo por la causal de omisión a sus deberes funcionales luego de la investigación administrativa motivada por el caso de marras (fs. 458 y vto.), el marco normativo señalado impide que el funcionario pueda ser directamente demandado por el administrado perjudicado, correspondiendo al Estado el ejercicio de la acción de regreso respectiva”.

Viene al caso recordar lo expresado por la Corporación en Sentencia N° 2.434/2010 donde se expresa que “... la acción de responsabilidad patrimonial por hecho del funcionario contra un administrado o tercero debe dirigirse pura, directa y exclusivamente contra el Estado, a quien jurídicamente pasa a imputársele de modo frontal la responsabilidad (art. 24)...”.

También corresponde referirnos a la Sentencia N° 876/2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, de fecha 11 de diciembre de 2013, que confirma la sentencia apelada, sin especial condena en el grado, caso en el cual también el pronunciamiento de primer grado declaró la falta de legitimación pasiva del Ministerio demandado, y desestimó la demanda contra el co-accionado, sin especial condenación.

Al respecto en la Sentencia se sostiene que “En punto a la legitimación del funcionario público para ser demandado, en sentencia N° 165/2011, el Tribunal sostuvo: “Por ello, corresponde referir que, sobre la legitimación causal pasiva de la codemandada Almada, el Tribunal participa del criterio que establece que el art. 24 de la Constitución consagra el principio general de responsabilidad del Estado por acto, hecho u omisión de la Administración, a quien inviste de la calidad de titular pasivo de la pretensión reparatoria, con exclusión del funcionario interviniente, lo que impide que éste pueda ser directamente demandado, sin perjuicio de la acción de regreso o reembolso que el Estado puede intentar contra aquél (art. 25 de la Constitución) (Cf.

Sentencia Nº 158/2004 en ADCU, T. XXXV, c. 745, Pág. 363, así como sentencias Nos. 205/2005 y 216/2005 del TAC de 4º Turno en ADCU, T. XXXVI, c. 689 y 690 respectivamente Pág. 342”.

Y el Tribunal agrega que “Por tanto, la víctima no se encuentra habilitada para intentar una acción directa contra un funcionario público quien carece de legitimación causal pasiva para ser enjuiciado civilmente por hechos, actos u omisiones derivados de su función pública como viene de decirse. (...) Como ha señalado el Tribunal en sentencia nº 158/2004: ‘La legitimación causal pasiva directa del Estado es muy clara en la Constitución, como así también la exclusión de tal legitimación del funcionario frente al administrado, pues únicamente la ostenta frente al Estado, y por vía de repetición que no cabe en todos los casos, sino únicamente cuando haya habido dolo o culpa calificada como grave. Es el Estado quien puede llegar a responder ante un reclamo del administrado, y no el funcionario. Este último solamente puede ser llamado a responsabilidad en supuestos de dolo o culpa grave, y a través de acción regresiva emprendida por el Estado”.

Asimismo queremos ilustrar a los lectores con un caso en el cual el Estado, fundado en el art. 25 de la Constitución de la República, dedujo acción de regreso contra funcionario, donde en proceso ordinario previo aquél fuera condenado a abonar a los accionantes la suma de dinero en virtud de haberse constatado mala praxis médica.

Así en Sentencia Nº 121/2010, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, de fecha 21 de abril de 2010, donde se destaca que “en la hipótesis responsabilidad de los funcionarios, se reconoce a la Administración el derecho de repetir lo pagado *contra* el *funcionario* exclusivamente cuando la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, fue la determinante del daño”. No debemos olvidar la importancia sustancial de que se acredite en forma fehaciente la culpa grave. En este caso para la mayoría del Tribunal “la actora ha acreditado fehacientemente la culpa grave que alegara por lo que corresponde hacer lugar al accionamiento introducido. (...) El profesional actuó en forma irreflexiva, sin profundizar los estudios, como hubiera hecho cualquier profesional, lo que hubiera permitido determinar en definitiva en forma clara que tipo de dolencia sufría y si era o no requerible realizar la histerectomía que dio origen a la acción resarcitoria”.

Sin perjuicio de lo cual, en destacada Discordia, Alvaro José França Nebot sostuvo que “Se reclama por parte de la Administración contra el funcionario al amparo de lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución en virtud de haber sido condenado al Estado a abonar en juicio anterior por la conducta del funcionario en ocasión de realizar un acto médico. Lo que debía probar el actor (MEF) era que el funcionario (médico demandado) actuó con culpa grave lo que generó la responsabilidad del Estado en su momento. Esto no es discutido. Desde las actuaciones administrativas iniciadas en el Hospital Policial ya existen opiniones de profesionales (médicos y

letrados informantes) que entendieron que el funcionario ahora demandado no tuvo responsabilidad y que menos aún actuó con culpa grave. Era carga de la Administración probar que el demandado actuó con culpa grave para que pudiera repetir contra éste por lo pagado y lo que pagará; sin embargo su estrategia procesal fue muy pobre. (...) En suma, entiendo que no se probó la culpa grave y está bien desestimada la demanda ya que era carga de la parte probar el sustento de su pretensión y no lo hizo.

V Reflexiones finales

En la Constitución encontramos normas constitucionales expresas que refieren a la responsabilidad del Estado. Entre ellas, el artículo 24 que refiere al régimen general de responsabilidad del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales y el artículo 25 que refiere, parcialmente, al régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos (frente al Estado que debió indemnizar), como bien señalaba Risso Ferrand.

Durante largos años y también en la actualidad, el artículo 25 de la Constitución ha sido y es un permanente olvidado, salvo escasísimas excepciones pese a estar incorporado en nuestra carta magna desde 1952 (antes art. 24).

Como apunta Augusto Durán Martínez el único artículo constitucional que regula de algún modo la responsabilidad civil de los funcionarios hacia la Administración es el 25, que sólo refiere a la hipótesis en que el Estado ha indemnizado en base al artículo 24 y pretende repetir lo pagado contra los funcionarios

Debe subrayarse que si la Administración nada pagó a terceros, nada puede reclamar al funcionario por este artículo 25. Y aun en caso de haber pagado, solo puede repetir contra el funcionario si este obró con dolo o culpa grave. Y solo puede la Administración, según Martins, reclamar lo que pagó: no puede pedir ni más, ni menos. En principio, Durán Martínez comparte la afirmación de Martins pero sostiene, que si la Administración sufre un daño moral, no existe inconveniente para acumular una acción reparatoria, por ese daño, a la de repetición.

Una interpretación contextual de la Constitución, apunta Durán Martínez, teniendo en cuenta la noción de buena administración incluida en el artículo 311 de la Carta, nos hace pensar que el término “podrá” del artículo 25 entraña un poder-deber. Si de las actuaciones administrativas seguidas como consecuencia del cumplimiento de una sentencia de condena por daños causados a terceros la Administración determina que el funcionario obró con dolo o culpa grave, no puede no iniciar una acción de repetición.

La no aplicación del artículo 25 de la Carta, en tanto acto debido, constituye sin lugar a dudas un acto de mala administración.

Como bien señala Durán Martínez, en una interpretación de y desde la Constitución, única compatible con la dignidad de la persona humana, debemos

combatir la existencia de “islas de irresponsabilidad” y de lo que Delpiazzo llamó y se propuso erradicar “sujetos irresponsables y reductos de irresponsabilidad”, evitando de este modo que los funcionarios adquieran una sensación de invulnerabilidad y de impunidad ocasionado daños a terceros y a la Administración que pudieron haberse evitado.

Una correcta, adecuada y razonable aplicación del olvidado artículo 25 de la Carta, que respete los derechos y garantías de los involucrados, fundada en la buena administración, fortalecerá el Estado Constitucional de Derecho, y sin lugar a dudas impactará positivamente en un mejor cumplimiento de sus funciones por parte de los funcionarios.

Referencias

CASSAGNE, Juan Carlos. “La responsabilidad de los funcionarios públicos y su coordinación con la del Estado”; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 275-286.

DE CORES, Carlos. *Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado*, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXII, pp. 399 y ss.

DELPIAZZO, Carlos E. “La responsabilidad en el derecho público uruguayo”; en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; Nº 3, 2008; pp. 6 y ss.

DELPIAZZO, Carlos E. *Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva*, en Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito, FCU, Montevideo, 2007, pp. 967 y ss.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Director; GUARIGLIA, Carlos -Sub- Director; Coordinadores: Pablo SCHIAVI; Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA. Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – Nº 4; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Casos de Derecho Administrativo”; Vol. 1; Universidad Católica del Uruguay – Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo”; Capítulo 28; en Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo; Editorial LA LEY URUGUAY– 1ª Edición. Buenos Aires 2012; págs. 659-683.

ETTLIN, Edgardo. “De la Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos (o De Legitimación Pasiva de los Funcionarios Públicos en Demandas de Responsabilidad Civil, por Daños causados en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión)”; en La Justicia Uruguaya, Tomo 133; Cita Online: <UY/DOC/640/2009>.

FERNÁNDEZ CEDRÉS, Makarena. Relación entre la responsabilidad del Estado y del funcionario”, en DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), Transformaciones actuales del Derecho Administrativo. Instituto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho-Universidad de la República. F.C.U. Montevideo, 2010, pp. 51 y ss.

GAMARRA ANTES, Diego. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo”; en Estudios de Derecho Administrativo; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub- Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 307-331.

GUTIÉRREZ, Adrián A.; PEREIRA CAMPOS, Santiago. “Ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero: el nuevo Régimen de la Ley 19090”; en *Revista de Derecho Público*; Año 22; Nº 44; Noviembre, 2013; pp. 105 y ss.

MARTINS, Daniel Hugo. La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio”; en *Estudios de Derecho Administrativo*; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 287-306.

PODER JUDICIAL. <<http://www.poderjudicial.gub.uy/>>.

RISSO FERRAND, Martín. “Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos”; en *Estudios de Derecho Administrativo*; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 49-66.

RISSO FERRAND, Martín. “Constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 15.859”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, núms. 63-66, p. 431.

RISSO FERRAND, Martín. “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”; en Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, pp. 16 y ss. Cita Online: <UY/DOC/95/2010>.

RUOCCO, Graciela. *Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa*”; en *Estudios de Derecho Administrativo*; Año 2011 – Nº 4; Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Sub-Director: Carlos GUARIGLIA; Coordinadores: Pablo SCHIAVI, Bruno BERCHESI y Germán GUARIGLIA; Editorial LA LEY URUGUAY; Buenos Aires 2011; págs. 121-135.

SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo. “Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y judicial”; FCU, Montevideo 2005; pp. 33 y ss.

SOLER, Graciela. “Novedades jurisprudenciales y legislativas sobre las relaciones entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario”, en DELPIAZZO, Carlos (Coordinador), *Trasformaciones actuales del Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho-Universidad de la República. F.C.U. Montevideo, 2010, pp. 64 y ss.

URIARTE ARAÚJO, Daoiz. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución”; en *Revista Transformación, Estado y Democracia* Nº 33, ONSC, pp. 93 y ss.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIAVI, Pablo. Acción de repetición contra funcionarios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 77-104, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.474.
