

# Abogacía del Estado y responsabilidad de los funcionarios del Estado.

Oscar Sarlo

## 1. Dos cuestiones vinculadas

Nuestro contertulio y colega Juan Gabito Zóboli propuso tratar en la Tertulia del jueves 26-12-2013 la cuestión de la responsabilidad de los funcionarios por juicios contra el Estado; la producción del programa creyó oportuno tratar también las críticas que el presidente Mujica dirigió contra los abogados “picapleitos” que medran a costillas del Estado<sup>1</sup>. El tema es importante y complejo, pero para poder siquiera pensarlo, hay que (a) deslindar cuestiones que deben analizarse separadamente y (b) dejar de lado la retórica del Presidente, que expresan muy claramente sus impresiones sobre el asunto (y seguramente las de algunos asesores suyos), pero que no aportan claridad analítica (tampoco le pedimos que la tenga) y desvían la atención al generalizar injustamente, y expresarse en términos figurados.<sup>2</sup> Por eso, no hay que quedarse en eso: tomemos lo importante, que es poner el tema sobre el tapete. ¿Y cuáles son los temas allí involucrados? En primer lugar, la Abogacía del Estado (en adelante: AdE), en segundo lugar la cuestión de la responsabilidad por las condenas contra el Estado, tema obviamente vinculado al anterior, que requiere consideraciones independientes, pero que sería bueno considerar dentro de una política global de mejoramiento de la calidad institucional del País. En tercer lugar, podría considerarse la existencia de esa “patología” que menciona el Presidente, y que es en buena medida independiente de los dos temas anteriores.

## 2. La Abogacía del Estado

Con la expresión AdE, como función, suele aludirse al cometido de asesoramiento, representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos. En sentido orgánico, la expresión AdE refiere a una estructura orgánica que coordina todas esas funciones bajo una dirección única o centralizada.

En nuestro país, la AdE no ha contado con una organización centralizada, siendo una vieja cuenta pendiente de nuestro Estado, sobre todo luego de experimentar un crecimiento cuantitativo y descentralizado incesante durante un siglo.

Los países que se han tomado en serio el ideal del Estado de Derecho<sup>3</sup> se dieron cuenta que el abogado aislado o inclusive los departamentos jurídicos sometidos a la jerarquía de una autoridad administrativa, los termina sometiendo a las estrategias e intereses concretos de éstas, perjudicándose así al ciudadano, al Estado de Derecho y al erario público mismo. La alternativa, pues, consistió en crear una estructura de alto nivel, con controles públicos, que tenga a su cargo el diseño de las políticas de cumplimiento del ordenamiento jurídico, y la defensa del Estado en general.

En nuestro País han existido diversas iniciativas:

---

<sup>1</sup> En su audición de M24 del 14-3-2013 el Presidente José Mujica, cuestionó a algunos abogados con oficio de picapleitos, que "viven parasitando a costillas del Estado y terminan robándole fortunas". El mandatario recordó que quien paga esos pleitos es el pueblo trabajador. En su audición radial por M24, se refirió a algunas de las patologías propias de la democracia, que tiene "el inevitable egoísmo humano que llevamos adentro, ya que tendemos a ver la realidad a través del ojo de nuestra conveniencia. Con esa perspectiva individual permanentemente nos olvidamos del interés general". Agregó: "La opinión pública debe saber que en este pequeño país hay reclamaciones de carácter jurídico contra el Estado que pueden tener la estatura de todo el capital del BROU".

<sup>2</sup> En rigor, el Presidente no podría afirmar que quienes ganan juicios al Estado, “roban” el dinero, porque entonces cualquier podría responderle ¿y por qué no hizo la denuncia del robo?. Por otro lado, tampoco es cuestión de hablar de “los abogados”: éstos casi nunca actúan por sí mismos, si no patrocinando a particulares que son los titulares del interés; ¿por qué dejarlos fuera del problema?.

<sup>3</sup> La concepción del Estado de Derecho, plantea hacer realidad la idea de que todos, incluyendo los órganos del Estado – sin excepción- deben estar sometidos a reglas y consiguientemente a la decisión jurisdiccional en caso de disputa.

1946: el Fiscal de Corte Melitón Romero (1879-1955) presentó un proyecto de AdE aduciendo la “necesidad impostergable de modificar el régimen actual”, al cual calificaba de funesto, deplorable, verdadera aberración, anómalo, muy inconveniente, etc.<sup>4</sup>

1948: su sucesor, Aníbal R. Abadie-Santos (1893-1960) presentó otro proyecto, como respuesta a “la antigua data de las normas legales esenciales del servicio, lo fragmentario e inconexo (... y ...) por la completa desatención, por parte de los Poderes Públicos (...)” que ha estado “lejos de facilitar la unidad, coherencia, agilidad y eficiencia técnica de l servicio, indispensables para su funcionamiento satisfactorio” etc.<sup>5</sup>

1963: Bajo el primer gobierno nacionalista (1959-1963) el Fiscal de Corte Guido Berro Oribe presentó un proyecto de “Ley Orgánica de la Abogacía del Estado” que la consagraba como “institución encargada de la representación y la asistencia en juicio y el asesoramiento jurídico del Estado en materia administrativa”, que “dependerá del Poder Ejecutivo” por intermedio de lo que hoy es Ministerio de Educación y Cultura, y “bajo la dirección inmediata del Abogado General del Estado”<sup>6</sup>

1991: bajo un gobierno blanco, en 1991 el Poder Ejecutivo remitió al Senado un Proyecto de Ley de Abogacía del Estado, órgano dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura. De acuerdo a ese proyecto de ley este órgano tendría la representación y asistencia de la Administración Central en juicio cuando así lo disponga el Poder Ejecutivo, dice el Proyecto textualmente, pudiendo además convenir con los demás organismos estatales, y para estatales la misma tarea.

2008: Bajo el gobierno de Tabaré Vázquez se asumió nuevamente el problema, y se dio inicio a un diagnóstico con financiamiento del gobierno de España.<sup>7</sup> Ese diagnóstico primario se finalizó el 8-12-2009. Cabe señalar que el mismo fue básicamente de tipo cuantitativo-estadístico, limitado a la Administración Central (ministerios), y dejó en evidencia lo difícil que fue obtener información de los propios servicios estatales.

2013: voceros del actual gobierno volvieron sobre el tema, anunciando que “Hace dos años que estamos trabajando en una ley de AdE. No ha sido sencillo, no hubo acuerdos internos burocráticos en el Estado en las distintas instancias.(...) El Estado uruguayo tiene una enorme cantidad de juicios permanentemente y una cantidad de dinero que se va en pleitos perdidos”.<sup>8</sup>

Poco después,<sup>9</sup> el mismo vocero manifestó que “Se evalúa modificar la abogacía del Estado para que después de un terminado monto de demanda, pueda haber un organismo central con personal especialmente capacitado que asuma el juicio”, y adelantó que en dos semanas más estará finalizada prácticamente la auditoría, habiéndose relevado los datos correspondientes a todos los ministerios, aunque falta todavía saber que ocurre exactamente en intendencias y algunos entes.

---

<sup>4</sup> Romero, Melitón, Proyecto de Ley sobre la abogacía del Estado, en Revista de Derecho Público y Privado, año X, t. XVIII, n° 103, pp. 3 y ss.

<sup>5</sup> Memoria General del Ministerio Público y Fiscal, I, quinquenio 1948/1952, Montevideo.

<sup>6</sup> Ver Proyecto, en Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social, Selección de Escritos, Vistas y Dictámenes de la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación, T. II, Montevideo, 1966, pp. 415 y ss.

<sup>7</sup> El 10 de octubre de 2008 se anunció el Proyecto Abogacía del Estado con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación, en el marco del Programa de Cooperación Técnica que llevan adelante los gobiernos de España y Uruguay. Se dijo entonces, que la situación del sistema de Abogacía del Estado de nuestro país amerita un diagnóstico, el cual se efectuaría con la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional de España, que aporta en una primera etapa, la cantidad de 60.000 euros así como un conocimiento y experiencias de larga data, ya que España cuenta con una organización de la Abogacía General del Estado que es considerada como un modelo a seguir. Para llevar a cabo ese diagnóstico inicial, se contó con la labor de profesionales de la Facultad de Derecho, establecida en el convenio firmado entre el MEC y la Universidad de la República.

<sup>8</sup> Declaraciones del Prosecretario Diego Cánepa, 17-05-2013

<sup>9</sup> Declaraciones del Prosecretario Diego Cánepa, Viernes 14 de junio de 2013

Una futura organización de la AdE debería resolver distintas cuestiones que hoy no tienen una regulación adecuada o armónica.

- **Organización:** es indudable que la función debería tener mayor jerarquía institucional y coordinación orgánica en toda su extensión.
- **Recursos:** la AdE debería contar con todos los recursos informáticos que hoy disponen los grandes estudios jurídicos. La coordinación de toda la abogacía permitiría evitar superposición inútil de profesionales, mejorando su competencia a través de una carrera de méritos en principio única en todo el Estado, salvando algunas pocas excepciones. Nuestro País ya ha experimentado con cierto éxito el modo de dotar de mayor autonomía profesional a una función, como en el caso de los contadores de cada organismo cuando actúan como delegados del Tribunal de Cuentas, cuyo régimen de responsabilidad ha logrado que éstos actúen con relativa independencia de la voluntad del jerarca de turno.
- **Dedicación:** los Abogados del Estado deberían tener –en principio– una dedicación exclusiva a la función pública; no es bueno tolerar formas abiertas o encubiertas de connivencia entre intereses privados y públicos en áreas tan sensibles. Una carrera profesional pública bien retribuida, jerarquizada institucionalmente, con concursos exigentes, y con incentivos para su renovación, serían las claves para fortalecer y sanear a la AdE en beneficio del Estado de Derecho.
- **Transparencia:** debería haber un sistema central y público que informe de los juicios contra el Estado, y los montos deberían afectar preventivamente la gestión donde se suscitan. El Tribunal de Cuentas exige la información de las sentencias de condena a los organismos del Estado, pero esto es tardío y según resulta de las memorias respectivas, se incumple frecuentemente.<sup>10</sup>
- **Ubicación institucional:** en principio debería funcionar en la órbita del actual Ministerio de Educación y Cultura o quizás debería pensarse en una institucionalización quizás más autónoma, como un Ministerio de Justicia u otra institucionalidad al estilo español.<sup>11</sup>
- **Las reformas estructurales no son suficientes:** será necesario cambiar una cultura muy arraigada, caracterizada primordialmente por:
  - Un general malentendido de la función de asesoramiento preventivo del Estado, que oscila entre la convicción de los jefes de que el abogado debe dictaminar de conformidad con la voluntad de aquél, y la absurda pretensión de algunos asesores letrados de una supuesta “autonomía técnica” que los autoerige en gobernantes ocultos, que condicionan cualquier política pública. La abogacía no es una práctica neutra y pura: tiene obviamente una zona técnica (saber contar los plazos!, saber qué juzgado es competente!, conocer los procedimientos!, contar los votos para legislar! Saber si una norma está vigente) pero hay toda otra zona que es opinable y que –por consiguiente– dependerá de criterios institucionales (por ejemplo, muchas veces la calificación de constitucionalidad sustantiva) donde hay un margen de apreciación que depende de convicciones filosófico-políticas más subjetivas y de una buena argumentación pública.<sup>12</sup>
  - Resistencia a la conciliación y la transacción. Los abogados del Estado recelan de estos mecanismos –sanos para evitar litigios inútiles– porque temen la acusación de “debilidad” o de “connivencia” con la contraparte. Otras veces, son los propios jefes que no admiten transar o

---

<sup>10</sup> La Ordenanza n° 85 de 2006 reguló el deber de informar sobre sentencias y transacciones que obliguen al Estado.

<sup>11</sup> Una solución diversa se esbozó con la propuesta de crear una Oficina de Sumarios en la órbita de la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC), con el cometido de realizar los sumarios a funcionarios de la Administración Central, como “el germen de aquello que se llamó la abogacía del Estado y que se habló mucho de hacerla”. “Siempre hubo la idea de juntar en un solo organismo la abogacía del estado. Esto es el germen de eso”, según declaraciones de Homero Guerrero. Ver: El País Digital, 08.10.2012.

<sup>12</sup> Esto explica la circunstancia bastante frecuente de que la Suprema Corte deba decidir cuestiones que dividen a los propios académicos del derecho. Y ni que hablar, que ello explica también, que la propia Corte cambie de opinión, o muchas veces tenga votos divididos.

conciliar porque no quieren ver cargar su gestión con pérdidas que lucirían mejor en un ejercicio venidero o no quieren admitir errores en su gestión.<sup>13</sup>

### **3. Sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos.**

Si un Estado de Derecho se caracteriza porque todos están sometidos a las mismas reglas, incluyendo la responsabilidad por daño a terceros, no hay ninguna razón valedera para excluir a los funcionarios públicos (administrativos o políticos) del deber de resarcir el daño causado. Excluirlos constituye una forma de impunidad, que sólo puede alentar la actuación irresponsable.

Desde 1934 la Constitución consagra expresamente un régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, que fue modificado en 1951. En la actualidad el régimen es el siguiente:

*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.*

No obstante la claridad de dichas disposiciones, no se registran casi casos en que se hayan hecho efectivos, y no es precisamente porque no hayan existido daños...<sup>14</sup>

En 1991 el Decreto 701/991 intentó establecer un procedimiento para ejercitar la acción, sin mayores consecuencias.

A partir del año 2001 el Tribunal de Cuentas de la República comenzó a insistir en sus pronunciamientos reclamando sobre la efectiva aplicación de este artículo, y fue en el 2006 que dictó la Ordenanza N° 85 buscando regular el punto.

Al comienzo del gobierno de Tabaré Vázquez circuló un proyecto de ley que reglamentaba la aplicación del artículo 25 de la Constitución, pero no tengo conocimiento que el mismo haya sido enviado o tratado en el Parlamento.

### **4. Sobre abogados que lucran con juicios contra el Estado.**

Este es un asunto también grave y complejo, que requiere algunas precisiones previas.

En primer lugar, los abogados difícilmente actúan por sí mismos: suelen hacerlo en representación de los intereses de sus representados. Así que, en todo caso, habrá particulares que utilizan abogados para lucrar con el Estado.

Por cierto, las expresiones del Presidente pueden aludir a la posible existencia de estudios profesionales que se dedican a organizar y promover acciones contra el Estado, pues se han especializado en detectar sus debilidades, o aún situaciones más graves. Se trata de una modalidad conocida en la región, cuya única razón de ser es la debilidad de la AdE (lentitud, abogados inexperientes, escasa información, desestímulo, etc.) pudiendo llegar a la abierta connivencia o conjunción de intereses (de lo cual también existen antecedentes en nuestro País).

Pero puede haber formas más sutiles, como cuando se adoptan decisiones ilegales a sabiendas que luego el interesado podrá reclamar por indemnización, etc. En estos casos no tiene porqué ser el abogado del Estado el responsable.

El panorama de posibilidades es muy complejo y diverso; sólo la estructuración de una organización de gran jerarquía profesional, compromiso con el interés público, y dotada de los mejores recursos (informáticos, bases de datos, etc.) puede configurar un freno para esas posibles maniobras en perjuicio del Estado.

<sup>13</sup> ¿Cuántas décadas “chicaneó” el Estado el asunto del Buque Fausto (aprox. 1946), o la expropiación del grupo Cuopar (1965), o la responsabilidad por el RAVE, y tantos otros, buscando pasar el fardo a los gobiernos venideros?

<sup>14</sup> Uno de los casos más notorios correspondió, insólitamente a la órbita del Poder Judicial, cuando en setiembre de 2010 la Suprema Corte resolvió repetir contra un Juez que había provocado la condena del Estado por una sentencia errónea por culpa grave.