

Informe nacional de Portugal

Pedro Costa Gonçalves

Catedrático de la Facultad de Derecho.
Universidad de Coimbra

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Titulares de órganos y trabajadores de la Administración pública: los “agentes” de la Administración pública. 3. Responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública. 4. Consecuencias de la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración. 5. Derecho de recurso. 5.1. Titularidad del derecho de recurso. 5.2. Sujeto pasivo del derecho de recurso. 5.3. Ejercicio del derecho de recurso. 5.3.1. Órganos competentes de la entidad pública. 5.3.2. Ejercicio obligatorio del derecho de recurso. 5.3.3. Derecho de recurso tras una sentencia judicial contra la entidad pública. 6. Bibliografía.

1. Introducción

En Portugal, la responsabilidad civil (extracontractual) del Estado y otras entidades públicas por los daños causados por sus acciones u omisiones se establece como principio general en el artículo 22 de la Constitución de la República Portuguesa. El precepto constitucional dispone lo siguiente: “El Estado y las demás entidades públicas son civil y solidariamente responsables con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes por las acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones y con motivo de dicho ejercicio que tengan como consecuencia una violación de derechos, libertades y garantías o un daño a terceros”.

Por un lado, el precepto constitucional proclama un principio que concreta el del Estado de derecho, y por otro —a pesar de la redacción objetivista— consagra un derecho fundamental de los ciudadanos a la reparación de los daños que les hayan sido causados por la acción o inacción de los poderes públicos. No circumscribe la responsabilidad de los poderes públicos al ejercicio de la *función administrativa*, pero este es el ámbito que vamos a tratar en nuestro texto (por ello, lo que aquí tenemos en mente es la responsabilidad del Estado administrativo, de la Administración pública).

Como se desprende de su redacción, la Constitución hace referencia a la responsabilidad “solidaria” entre, por un lado, el Estado y las demás entidades públicas, y, por otro, los “titulares de sus órganos”, así como los “funcionarios o agentes” del Estado y otras entidades públicas. La referencia constitucional a la idea de responsabilidad solidaria se entiende por lo general como un medio de reforzar el derecho de los ciudadanos a la reparación de daños, con el fin de definir la *responsabilidad directa* de los poderes públicos por las acciones y omisiones de las personas que actúan en nombre de dichos poderes. En este sentido, se entiende que la Constitución no tuvo intención de excluir la posibilidad de formas de *responsabilidad exclusiva* de los poderes públicos en las que, por tanto, solo los poderes públicos sean juzgados, debiendo soportar ellos mismos, de forma última y definitiva, los costes de reparación de daños. Pues bien, en los ámbitos en los que los poderes públicos siguen siendo los únicos responsables, no se plantea la cuestión de las acciones de recurso (de la entidad pública contra sus agentes).

Siguiendo en el plano constitucional, cabe mencionar el artículo 271 —sobre la *responsabilidad de funcionarios y agentes*—, que establece, en su apartado 1, que “los funcionarios y agentes del Estado y demás entidades públicas serán civil[mente] responsables por las acciones u omisiones cometidas en el ejercicio de sus funciones y por razón de dicho ejercicio que tengan como resultado una violación de los derechos o intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos”. Aunque su alcance no puede considerarse inequívoco, este precepto consagra un *principio de responsabilidad personal* de los funcionarios y agentes, correspondiendo entonces a la ley delimitar con precisión el alcance de esta responsabilidad.

De interés directo para el presente estudio es el apartado 4 del mismo artículo 271, que remite a la ley la regulación de los “términos en que el Estado y demás entidades públicas tienen derecho a recurrir contra los titulares de sus órganos, funcionarios y agentes”.

Además de la Constitución —que, como se ha señalado, proclama un principio objetivo de responsabilidad de los poderes públicos y, al mismo tiempo, consagra un derecho fundamental de los ciudadanos a la reparación de daños—, la materia de la responsabilidad civil es objeto de regulación específica en el marco del Régimen Portugués de Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado y otras Entidades Públicas (RRCEE = Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas), aprobado por la Ley 67/2007, de 31 de diciembre (con modificaciones y suplementos): es en esta ley donde se encuentra lo esencial del régimen jurídico de la responsabilidad personal de los agentes de la Administración pública.

2. Titulares de órganos y trabajadores de la Administración pública: los “agentes” de la Administración pública

De forma similar a la Constitución, el RRCEE comienza circunscribiendo su ámbito de aplicación a partir de las categorías “Estado y demás personas jurídicas de derecho público”, por un lado, y “titulares de órganos, funcionarios y agentes” y “demás trabajadores” al servicio de dichas entidades, por otro¹.

A los efectos de este texto, vamos a circunscribir la primera categoría (el Estado y demás personas jurídicas de derecho público) al concepto de Administración pública, y la segunda, al universo formado, por un lado, por los “titulares de órganos administrativos”, y, por otro, por los “trabajadores” de la Administración pública —como trabajadores de la Administración pública, vamos a considerar a toda persona que, en el ámbito de una relación jurídica y de forma subordinada, ejerce funciones al servicio de una organización de la Administración pública—. Para facilitar la exposición, utilizaremos el concepto de agentes de la Administración pública para referirnos a las personas que asumen la condición de titulares de órganos o trabajadores de la Administración pública.

3. Responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública

A pesar de la fórmula menos clara del apartado 1 del artículo 271 de la Constitución, parece cierto que la cuestión de la *responsabilidad personal y directa* de los agentes de la Administración pública

1. El RRCEE se aplica también a la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado y de sus trabajadores, titulares de órganos sociales, representantes legales o auxiliares, por acciones u omisiones que adopten en el ejercicio de prerrogativas de poder público o que se rijan por disposiciones o principios de derecho administrativo.

recta de los agentes de la Administración pública solo se plantea en una situación específica: en concreto, el supuesto de que, “en el ejercicio de sus funciones y por razón de dicho ejercicio”, tales agentes realicen acciones o sean responsables de omisiones *ilícitas* que causen daños a terceros, y, en este contexto, actúen “con dolo o con diligencia y celo manifiestamente inferiores a aquellos a los que estaban obligados por razón de su cargo”.

Por lo tanto, en los términos del RRCEE, la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública depende de la reunión de los tres elementos siguientes:

- i) Cometer una acción u omisión *ilícita*: debe tratarse de una acción u omisión que viole disposiciones o principios constitucionales, legales o reglamentarios, o infrinja normas técnicas o deberes objetivos de diligencia, y que tenga como consecuencia la lesión de derechos o intereses jurídicamente protegidos, causando *daños* de naturaleza patrimonial o no patrimonial a terceros; la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración se limita, por tanto, a la hipótesis de responsabilidad por *acto ilícito*, excluyendo así su responsabilidad en el marco de la responsabilidad por *riesgo*², por *funcionamiento anormal del servicio* y por *actos lícitos*.
- ii) La acción u omisión debe cometerse en *el ejercicio de las funciones propias del agente y a causa de dicho ejercicio*, tal como prescribe la Constitución (apartado 1 del artículo 271). A estos efectos, solo son relevantes las conductas de los agentes de la Administración en el ejercicio de sus funciones propias como agentes de la Administración y que realicen por razón y en relación con el ejercicio de dichas funciones; quedan excluidas de este ámbito las acciones y omisiones ilícitas de los agentes de la Administración ajenas al ejercicio de sus funciones propias como agentes de la Administración, tales como las acciones y omisiones que realicen en su esfera privada.
- iii) La acción u omisión debe haber sido cometida *con dolo o con diligencia y celo manifiestamente inferiores a los que estaban obligados por razón de su cargo*. Se incluyen aquí las conductas

2. En el marco de la responsabilidad por riesgo (“daños derivados de actividades, cosas o prestaciones administrativas especialmente peligrosas”), el RRCEE prevé la responsabilidad de terceros autores de un hecho culpable que haya contribuido a la producción o agravación del daño —en este caso, el Estado y las demás personas jurídicas de derecho público son solidariamente responsables con el tercero, por lo que pueden ser demandados, en cuyo caso tienen derecho de recurso contra el tercero.

dolosas (con intención de causar daño) y las realizadas con *culpa grave*, es decir, con arreglo a estándares de diligencia y celo (cuidado, atención y prudencia) manifiestamente inferiores a los que el agente celoso y cumplidor tenía obligación de observar³; por este elemento, quedan excluidas del ámbito de la responsabilidad personal y directa las acciones y omisiones ilícitas cometidas por los agentes de la Administración con *culpa leve* (el RRCEE establece una presunción de culpa leve en la comisión de actos jurídicos ilícitos y en el incumplimiento de los deberes de vigilancia)⁴. En cuanto a los daños causados por acciones y omisiones realizadas con culpa leve, son exclusivamente responsables las entidades de la Administración pública en nombre de las cuales actuaron los agentes.

4. Consecuencias de la responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración

La identificación que se acaba de hacer de la esfera de responsabilidad personal y directa de los agentes de la Administración pública conduce a dos consecuencias definidas en la ley.

En primer lugar, en este contexto, la ley define la *responsabilidad solidaria* de la entidad pública a la que pertenece el agente y en cuyo nombre desempeñó sus funciones: esto es precisamente lo que prescribe el apartado 2 del artículo 8 del RRCEE: “El Estado y las demás personas jurídicas de derecho público responderán solidariamente con sus respectivos titulares de órganos, funcionarios y agentes si las acciones u omisiones a que se refiere el apartado anterior han sido cometidas por ellos en el ejercicio de sus funciones y por razón de ellas”. Es decir, la responsabilidad por acción y omisión, en los términos analizados anteriormente, recae sobre el agente de

3. Según los términos del RRCEE, la culpa de los agentes de la Administración debe juzgarse por la diligencia y aptitud que sea razonable exigir, a la luz de las circunstancias de cada caso, a un agente celoso y cumplidor.

4. La única finalidad de establecer estas presunciones de culpa leve es facilitar al perjudicado la prueba de que cumple los requisitos para tener derecho a la indemnización (requisito de la culpa). Como consecuencia de estas presunciones, en una acción judicial de indemnización podrá no determinarse si la actuación ilícita se llevó a cabo con dolo o culpa grave (se trata de una cuestión que solo es pertinente en cuanto a las relaciones internas entre la entidad pública y el agente, y no en cuanto a las relaciones externas entre la Administración y el perjudicado). Por ello, el RRCEE –en el caso de la presunción de culpa leve en la práctica de actos jurídicos ilícitos– establece la regla según la cual siempre que una entidad pública sea condenada a responsabilidad civil con base en el comportamiento ilícito adoptado por su agente, sin que se haya constatado el grado de culpa de este, la respectiva acción judicial continúa en el propio proceso, entre la entidad pública y el agente, “para constatar el grado de culpa de este y, en consecuencia, el posible ejercicio del derecho de recurso por parte de aquella”.

la Administración. Sin embargo, para operar en el plano de las *relaciones externas* (entre la Administración y el perjudicado), el RRCEE —en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución— atribuye a la entidad pública la obligación de indemnizar al perjudicado. La finalidad de esta imposición de *solidaridad pasiva* es proteger los intereses patrimoniales de los ciudadanos perjudicados, garantizándoles una indemnización por daños que de otro modo no tendrían.

En segundo lugar, y como consecuencia de la institución jurídica de esta obligación solidaria, el perjudicado puede *elegir* frente a quién quiere hacer valer su derecho a la indemnización: frente al agente, frente a la entidad pública, o frente a ambos (en este último caso, estamos ante un supuesto de litisconsorcio voluntario). Sea como fuere, en caso de ejercicio judicial, la acción debe interponerse ante los tribunales de la jurisdicción administrativa: de hecho, en virtud de la ley de procedimiento judicial administrativo, estos son los tribunales competentes para apreciar los litigios en materia de responsabilidad civil de las entidades públicas, así como de la responsabilidad civil “de los titulares de órganos, funcionarios, agentes, trabajadores y demás empleados públicos”.

En caso de que el perjudicado solo demande directamente al agente de la Administración, si este es condenado al pago de la indemnización, se le considerará personalmente responsable; naturalmente, no se planteará aquí la cuestión del derecho de recurso contra el agente⁵.

En el supuesto de que el perjudicado entable una acción judicial únicamente contra la entidad pública, si esta es declarada culpable, el derecho de recurso se ejercerá en una acción separada (“acción de recurso”) que la entidad pública entablará contra el agente; en esta acción deberá probarse la conducta dolosa o la falta grave del agente.

Por último, en caso de que la acción se haya interpuesto simultáneamente contra la entidad pública y el agente, y la primera sea condenada, la acción continuará entonces únicamente entre la entidad pública y el agente, con el fin de determinar el grado de culpabilidad de este último y, en consecuencia, el posible ejercicio del derecho de recurso.

5. Si en esa acción no se prueba que el agente actuó con dolo o culpa grave, la responsabilidad será exclusiva de la entidad pública (no hay obligación solidaria) y la acción se extinguirá por ilegitimidad del demandado (absolución de la instancia).

5. Derecho de recurso

En virtud del establecimiento de la responsabilidad solidaria, la entidad pública puede ser demandada en una acción de indemnización basada en daños causados por la acción u omisión ilícita e intencionada o falta grave de uno de sus agentes; en tal acción, dicha entidad puede ser condenada a pagar una indemnización a la parte perjudicada.

Pues bien, siempre que el Estado y otras personas jurídicas de derecho público paguen alguna indemnización, “gozarán de un derecho de recurso” contra los titulares de los órganos, funcionarios o agentes responsables (apartado 3 del artículo 8 del RRCEE). El derecho de recurso de la entidad pública apunta, en principio, al reembolso íntegro de la cantidad que ha sido condenada a pagar a la parte perjudicada⁶.

Los términos para el ejercicio del derecho de recurso se establecen en el RRCEE, por lo que es el régimen aquí expuesto el que explicaremos y analizaremos a continuación.

5.1. Titularidad del derecho de recurso

Como ya se ha señalado, el derecho de recurso —para exigir el reembolso de lo pagado— corresponde a la entidad pública que abonó la indemnización debida al perjudicado por los daños causados por sus agentes.

Por lo tanto, deberá ser esta entidad la que ponga en marcha los mecanismos procesales destinados a hacer valer el derecho de recurso (véase el punto 5.3). Sin embargo, al menos para determinados casos, la legislación portuguesa prevé una *alternativa* al ejercicio del derecho de recurso por parte de la entidad pública.

De hecho, en cuanto a la denominada responsabilidad financiera, la Ley de Organización y Procedimiento del Tribunal de Cuentas (*Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas*) establece lo siguiente: “Cuando la violación de las normas financieras, incluso en el ámbito de la contratación pública, dé lugar a una obligación de indemnización por parte de la entidad pública, el Tribunal podrá condenar a los responsables al pago de las cantidades correspondientes” (apartado 5 del artículo 59). En estos términos,

6. Si el agente responsable del daño incurre en dolo o culpa grave, es improbable que la obligación de indemnizar se reparta entre la entidad pública y el agente; pero, si hay “conurrencia de culpas”, la obligación de indemnizar recaerá, en cuotas a definir, tanto en la entidad pública como en el agente.

la responsabilidad de una entidad pública en términos de responsabilidad civil (indemnización por daños causados a terceros) podría dar lugar a la *responsabilidad personal de los agentes de esa misma entidad* en términos de responsabilidad financiera reintegradora. Se trata de un sustituto del derecho de recurso, que puede ejercer el Ministerio Fiscal presentando un caso de responsabilidad financiera ante el Tribunal de Cuentas⁷.

5.2. Sujeto pasivo del derecho de recurso

Hemos visto en el apartado anterior que el titular del derecho de recurso es la entidad pública que pagó la indemnización al perjudicado. Ahora se trata de saber quién es el sujeto pasivo de la acción de recurso.

La respuesta se encuentra en el RRCEE: el derecho de recurso se ejerce “contra los titulares de los órganos, funcionarios o agentes responsables” (apartado 3 del artículo 8), es decir, contra los agentes “responsables” de las acciones u omisiones ilícitas. Por regla general, no hay duda de quién es responsable: será el “agente de la acción” o el agente que, teniendo un deber institucional de actuar, no actuó y causó daños por su omisión (llamémosle “agente de la omisión”). Sin embargo, en determinadas situaciones puede no ser fácil identificar al agente responsable. Pensemos en las situaciones en que una entidad pública es condenada a indemnizar a un tercero por los daños causados por un acto jurídico ilegal realizado por un organismo, pero basado en una propuesta oficial de otro organismo (por ejemplo, la adjudicación de un concurso en un procedimiento de formación de un contrato por un ayuntamiento basado en la propuesta del jurado). En situaciones como esta, que podemos considerar de *separación de poderes dentro del procedimiento administrativo*, la solución pasa por determinar primero el órgano responsable —al que debe atribuirse el acto lesivo— y después identificar al agente o agentes responsables. Aunque se trata de una solución prevista para distintos casos, un posible criterio que puede movilizarse a tal efecto es el que figura en la Ley de Organización y Procedimiento del Tribunal de Cuentas, en relación con la atribución de responsabilidad financiera a los funcionarios y agentes que no informen a los órganos decisorios sobre asuntos de su competencia de conformidad con la ley⁸. En la medida en

7. Aunque la cuestión no está resuelta por ley, nos parece que esta responsabilidad financiera solo debería ser posible en caso de dolo o culpa grave del agente, requisito del que el RRCEE —que es la ley general de responsabilidad civil pública y de responsabilidad de los agentes públicos— hace depender la responsabilidad personal de los agentes públicos.

8. En el mismo sentido, véase el artículo 80-A del Régimen Financiero de las Entidades Locales y de las Entidades Intermunicipales (*Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais*).

que el jurado o, en general, el responsable de la dirección del procedimiento tiene la misión de proponer una decisión al órgano decisorio, se exige que la propuesta se redacte de conformidad con la ley. Si esto no ocurre, la responsabilidad del daño causado por la *decisión que se ajusta a la propuesta* debe recaer en los titulares del órgano que la elaboró.

5.3. Ejercicio del derecho de recurso

El derecho de recurso es ejercido por los órganos competentes de la entidad pública, que están obligados a ejercerlo.

5.3.1. Órganos competentes de la entidad pública

Por regla general, el ejercicio del derecho de recurso es responsabilidad de los titulares de poderes de gestión de la entidad pública. En caso de que los agentes responsables sean, a su vez, titulares de poderes de gestión, la ley atribuye la responsabilidad de entablar un recurso a los titulares de los órganos con poderes de superintendencia o de tutela sobre la entidad pública a la que pertenecen los agentes (así, corresponderá al Gobierno entablar un recurso contra los gestores de un instituto público, de una asociación pública profesional o incluso de un organismo regulador independiente).

En virtud del RRCEE, la secretaría del tribunal que ha condenado a la entidad pública debe enviar el certificado de la sentencia condenatoria (tan pronto haya adquirido firmeza) a los organismos competentes para ejercer el derecho de recurso.

5.3.2. Ejercicio obligatorio del derecho de recurso

Los órganos competentes para ejercer el derecho de recurso deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho: en virtud del RRCEE, el ejercicio del derecho de recurso es, en este caso, obligatorio.

En el plano procesal, el ejercicio del derecho de recurso varía en función de que el agente haya sido o no demandado en la acción de responsabilidad. Si el agente fue parte en esta acción y en ella se demostró su dolo o la negligencia grave, la sentencia condenatoria puede constituir un título en una acción ejecutiva entablada contra el agente. Si el agente no fue parte en la acción de condena, el derecho de recurso deberá ejercerse mediante la presentación de una acción declarativa (una acción de recurso propiamente dicha), en la que deberán demostrarse las condiciones previas para

el derecho de recurso, como la existencia de dolo o culpa grave por parte del agente.

Dado que es obligatorio ejercer el derecho de recurso, no hacerlo expone a los responsables (titulares de los órganos competentes) a sanciones: la Ley de Organización y Procedimiento del Tribunal de Cuentas prevé, en el contexto de la responsabilidad financiera sancionadora, la imposición de multas como consecuencia de “no activar los mecanismos legales relativos al ejercicio del derecho de recurso”.

5.3.3. Derecho de recurso tras una sentencia judicial contra la entidad pública

El derecho de recurso analizado en este estudio es el instituto previsto y regulado en el sistema de responsabilidad civil pública. Se trata del derecho de recurso ejercido a raíz de una acción de realización de la responsabilidad civil de una entidad pública, que presupone la condena judicial, en esta acción, de la entidad pública —el vínculo secuencial entre esta acción condenatoria y el ejercicio del derecho de recurso se explicita en el apartado 2 del artículo 6 y el apartado 4 del artículo 8 del RRCEE—.

Así, el RRCEE no prevé ni autoriza el ejercicio del derecho de recurso en situaciones en las que una entidad pública asuma voluntariamente —por acto unilateral o por acuerdo— la indemnización de los daños causados a terceros por sus agentes. Aunque en este caso existe el derecho de recurso, al tratarse de una obligación solidaria (apartado 2 del artículo 8 del RRCEE), en la acción de recurso podrán valorarse los términos de la asunción de la obligación de indemnizar por parte de la entidad pública (por ejemplo, la cuantía de la indemnización), además, claro está, del grado de culpabilidad del agente.

6. Bibliografía

- Amado Gomes, C. y Pedro, R. (2022). *Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual Administrativa: Questões Essenciais*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Amado Gomes, C., Pedro, R. y Serrão, T. (coords.). (2022). *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência* (3.^a ed.). Lisboa: AAFDL Editora.

- Fernandes Cadilha, C. A. (2011). *Regime da Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Anotado* (2.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Medeiros, R. (org.). (2013). *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Serrão, T. (2015). *O direito de regresso na responsabilidade administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Vieira de Andrade, J. C. (2011). A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3969, 345-363.