

ENFOQUE ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Carlos E. DELPIAZZO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Panorama comparado*. III. *Panorama nacional*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El comienzo del siglo XXI encuentra a Uruguay ante la curiosa situación de que doctrina y jurisprudencia nacionales discrepan acerca de cuándo surge la responsabilidad administrativa, es decir, si ella obedece a fundamentos de tipo subjetivo o de tipo objetivo ya que los criterios de imputación “no son otra cosa que criterios particulares que consagran el fundamento de la responsabilidad”.¹

Mientras que, según se verá, la doctrina actual del derecho público se inclina decididamente por la responsabilidad objetiva de las entidades estatales, la jurisprudencia de los tribunales se orienta prácticamente sin fisuras

* Doctor en derecho y ciencias sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho administrativo, Profesor de Informática jurídica, y director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha universidad. Profesor de Derecho administrativo, Director del Programa Master de Derecho administrativo económico (PMDAE), y profesor de Derecho informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor visitante de la especialización en Derecho administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor extraordinario visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto uruguayo de Derecho administrativo, del Instituto de Derecho administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, y del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo.

¹ Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1981, t. XIX, p. 16.

en el sentido de la responsabilidad subjetiva, acudiendo frecuentemente a la aplicación de la legislación civil.

Tal constatación sugiere la conveniencia de examinar el panorama del derecho comparado a partir de dos experiencias europeas —la francesa y la española— sustentadas en enfoques diversos —subjetivo la primera y objetivo la segunda— acerca del fundamento de la responsabilidad de las administraciones públicas.²

Con ese marco, se analizará el ordenamiento jurídico nacional, a fin de poder extraer algunas conclusiones.

II. PANORAMA COMPARADO

1. *Camino jurisprudencial de la responsabilidad subjetiva*

Según se ha destacado, tres rasgos principales caracterizan el itinerario seguido en Francia en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, a saber:³

- a) La ampliación casi constante de la responsabilidad pública.
- b) El perfeccionamiento técnico de la teoría de las relaciones entre la administración, sus funcionarios y las víctimas de los daños.
- c) La delimitación de la responsabilidad administrativa en cuanto teoría autónoma.

En primer lugar, correspondió a la jurisprudencia descartar la aplicación del Código Civil y construir una teoría autónoma de la responsabilidad de la administración. A partir de la sentencia del Consejo de Estado en el caso Rothschild (1855) y de la sentencia del Tribunal de Conflictos en el caso Blanco (1873), la responsabilidad estatal se ha extendido a todos sus servicios, ha ampliado su fundamento (originalmente asociado al concepto de falta), y ha ensanchado los campos de la evaluación del perjuicio y de la imputabilidad del daño.

En segundo lugar, fue también la jurisprudencia la que organizó las relaciones triangulares entre las víctimas, los funcionarios y la administra-

² Delpiazzo, Carlos E., “Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado actual”, *Suplemento de Derecho Administrativo de Revista El Derecho*, Buenos Aires, 2000, año XXXVIII, núm. 9975, pp. 17 y ss.

³ Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1976, pp. 270 y ss.

ción. Tomando como punto de partida el caso Pelletier (1873), se distinguió entre los conceptos de “falta personal” imputable al funcionario, y de “falta de servicio” imputable a la administración. Durante mucho tiempo se sostuvo que ambas responsabilidades eran excluyentes, no obstante lo cual la práctica llevó luego a flexibilizar tal enfoque en un doble sentido:

- a) Por una parte, la sentencia dictada en el caso Anguet (1911) postuló la acumulación de faltas cuando el daño era causado a la vez por una falta de servicio y por una falta personal.
- b) Por otra parte, la sentencia recaída en el caso Lemonnier (1918) admitió la acumulación de responsabilidades con independencia incluso de la acumulación de faltas, sin perjuicio de la posibilidad reconocida a partir de la sentencia pronunciada en el caso Laruelle (1951) de que la administración, en caso de resultar obligada debido a la existencia de una “falta personal”, pueda repetir contra el funcionario que la cometió.

En tercer lugar, la llamada responsabilidad pública por oposición a la privada, se fue delineando a través de la acuñación pretoriana de las características de autónoma, directa, anónima (o impersonal), concreta y general,⁴ aun cuando su independencia puede considerarse sólo parcial y determinada en buena medida por la separación de la competencia del juez administrativo de la de los tribunales judiciales propia del sistema francés, cuyo origen obedece a circunstancias históricas y su mantenimiento a razones prácticas.⁵

En función de lo antedicho, interesa detenerse en la delimitación de la responsabilidad fundada en los aludidos conceptos de “falta personal” y de “falta de servicio”.⁶

Por lo que refiere a la primera, ha dicho la jurisprudencia que, para que un funcionario sea declarado civilmente responsable frente a la víctima de un daño o frente a la misma administración, es necesario que haya cometido una “falta personal”. Más allá de la célebre fórmula según la cual “falta personal” es aquella que “revela al hombre con sus debilidades, sus

⁴ Duez, Paul y Debeyre, Guy, *Traité de Droit Administratif*, París, Dalloz, 1952, pp. 420 y ss.

⁵ Véase Auby, Jean Marie y Drago, Roland, *Traité de contentieux administratif*, París, 1975.

⁶ Rivero, Jean, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1980, pp. 281 y ss.

pasiones, su imprudencia”,⁷ una fisonomía más precisa de la noción requiere formular algunas puntualizaciones.

En tal sentido, se ha dicho que las faltas personales pueden reducirse a dos grandes categorías:⁸

- a) En algunos casos, hay “falta personal” porque se excluye que pueda haber “falta de servicio”, como cuando el acto incriminado no tiene nada que ver con el servicio, según lo postulado en los casos de la Société Standard des Pétroles (1951) y Roustan (1962).
- b) En los casos más delicados, la “falta personal” se comete en el servicio o en ocasión del mismo, frente a lo cual la jurisprudencia opera con dos criterios: el de la intención del agente y el de la gravedad de la falta.

Conforme al criterio de la intención, se ha sostenido que comete una “falta personal” el funcionario que persigue un fin malicioso, doloso o incluso puramente personal, como cuando un agente de policía incurre en malos tratos para satisfacer una venganza según lo dicho en el caso Coccoz (1951) o cuando se usan, con fines personales, vehículos confiados a los funcionarios o sustraídos por éstos según lo afirmado en múltiples fallos y especialmente en el caso Moritz (1954).

Por otro lado, de acuerdo con el segundo de los indicados criterios, puede ocurrir que la actuación de un funcionario constituya una “falta personal” aun si no hubiera mediado una intención malévolas o un puro interés personal, como cuando la falta cometida es de una gravedad tal que excede del tipo corriente de falta que cabe esperar. Si bien la frontera es difícil de trazar y todo depende de las circunstancias, a vía de ejemplo, cabe señalar que la jurisprudencia ha afirmado que constituyen faltas personales los puñetazos propinados por un agente de policía en condiciones inexcusables aun cuando no persiguiera satisfacer ningún rencor según lo dicho en el caso Delaire (1953), o el hecho de sentarse al volante en estado de embriaguez por parte de un chofer de la administración según lo postulado en el caso Delville (1951). Por el contrario, se ha entendido que no constituyen faltas personales la trasmisión de informes negativos sobre una perso-

⁷ Laferriere, Edouard, *Traité de la jurisdiction administrative*, París, 1896, t. I, pp. 648 y ss.

⁸ Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, cit., nota 3, pp. 290 y ss.

na sin animosidad ni ligereza según el precedente Société Nouvelle des Travaux Publiques (1952) o la expedición de informes erróneos bajo la forma de certificados de urbanismo según lo dicho en los casos Duffaut (1954) y Jaquet (1965).

La consecuencia principal de la “falta personal” del funcionario consiste en que éste es civilmente responsable con su patrimonio frente a la víctima. Quiere decir que, aun cuando el perjudicado disponga o no acumulativamente de una acción contra la administración, podrá siempre dirigirse contra el funcionario. Dicha responsabilidad podrá existir también frente a la administración cuando ésta es la víctima directa de la falta personal. Adicionalmente, según se desarrollará más adelante, la responsabilidad del funcionario frente a la administración puede resultar del juego de la acumulación de responsabilidades en los casos en que la administración haya debido indemnizar a la víctima.

En cuanto a la “falta de servicio”, erigida como fundamento de la responsabilidad administrativa,⁹ puede definirse genéricamente como toda falta a las obligaciones del servicio; “puede consistir tanto en una acción como en una abstención, tanto en una actuación voluntaria como en una imprudencia o una torpeza. Puede estar constituida tanto por una decisión ejecutoria como por una simple operación material. Puede consistir tanto en un defecto de organización del servicio como en un fallo de su funcionamiento. Puede tener su origen en una ilegalidad en el sentido preciso de la palabra, pero también puede tenerlo en una actuación que no se puede llamar ilegal”.¹⁰

Sin embargo, no toda “falta de servicio” es susceptible de comprometer la responsabilidad de la administración ya que el Consejo de Estado ha exigido una cierta gravedad acorde a las dificultades de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Así, en tanto que una falta simple es suficiente para comprometer la responsabilidad de la administración en el caso de un servicio que no presenta particulares dificultades, en cambio será necesaria una falta grave para comprometer la responsabilidad cuando se trata de una actividad difícil, y se requerirá una falta especialmente grave cuando se trata de una actividad muy difícil. Para caracterizar el

⁹ Eisenmann, Charles, *Cours de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1983, t. II, pp. 833 y ss.

¹⁰ Vedel, Georges, *Derecho administrativo, cit.*, nota 3, pp. 303 y 304.

grado de dificultad, la jurisprudencia utiliza dos elementos: la propia naturaleza de la actividad y las concretas circunstancias del caso.

2. Camino normativo de la responsabilidad objetiva

A diferencia de lo acontecido en el caso francés, en el ordenamiento jurídico español la decantación de la responsabilidad administrativa ha sido fundamentalmente obra del legislador.¹¹

Prescindiendo de aislados precedentes de admisión normativa de supuestos especiales de responsabilidad de la administración, ésta se recoge en la Constitución republicana de 1931 y en la ley municipal de 1935, de donde pasa a la legislación del régimen local de 1945-1955.¹²

Con la promulgación de la ley de expropiación forzosa (LEF) de 1954 se amplía significativamente el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración. Conforme a su artículo 121: “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

Las limitaciones derivadas de la ubicación de dicho texto en el marco de la LEF fueron aventadas por el artículo 40 de la ley de régimen jurídico de la administración del Estado (LRJAE) de 26 de julio de 1957, a cuyo tenor “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufren en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Con la aprobación de la Constitución de 1978, se consolida la solución objetiva a través del artículo 106.2, de acuerdo con el cual: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indem-

¹¹ Luciano Parejo, Alfonso *et al.*, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1996, vol. I, p. 541.

¹² Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1989, vol. II, pp. 240 y ss.

nizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Valorando la normativa reseñada, se ha destacado¹³ que quedan incluidos en la misma no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, lo cual supone la inclusión, dentro del ámbito de la cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios, puesto que sólo se excluyen los casos de fuerza mayor, es decir, los acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza.

Tal solución de principio, desarrollada por el artículo 139 y ss. de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común (LRJAP y PAC) de 26 de noviembre de 1992, significa actualmente el reconocimiento de un sistema de responsabilidad patrimonial en favor de los particulares frente a las actividades públicas, singularizado por los caracteres de objetiva, general y directa:¹⁴

- a) Es objetiva en el sentido de que ella es consecuencia de un riesgo creado por la simple creación de servicios, “prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa, esto es, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente” (según sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1991), con la única excepción de la fuerza mayor, cénida al “suceso que está fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuere inevitable” (según la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988).
- b) Tiene carácter general porque la administración responde de todo hecho u omisión dañosa, siendo “totalmente irrelevante para la

¹³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1981, t. II, p. 336.

¹⁴ Morell Ocaña, Luis, *Curso de derecho administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1997, t. II, pp. 391 y ss.

imputación de los mismos a la administración, que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal” (según la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991).

- c) Es directa porque la administración debe responder de todo acto o hecho que le sea imputable, aun por los daños causados por las autoridades y personal a su servicio (aun en caso de delito según las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1993 y 19 de mayo de 1994), sin perjuicio de la ulterior acción de regreso para resarcirse de la cantidad abonada.

De lo que viene de decirse se infiere que el sistema de la responsabilidad administrativa en el derecho español no puede edificarse desde una perspectiva subjetiva.¹⁵

Por eso, bien se ha dicho¹⁶ que: “Al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema”.

Resulta que “la lesión resarcible es la pieza clave de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”.¹⁷ Como tal, su noción se nutre de dos elementos: daño y antijuricidad del mismo.¹⁸

En primer término, la lesión no se confunde con el simple perjuicio económico o material. Para que exista lesión resarcible se requiere que el

¹⁵ Leguina Villa, Jesús, *La responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 158 y ss., y 294 y ss.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., nota t. II, pp. 337 y ss.

¹⁷ Luciano Parejo, Alfonso et al., *Manual de derecho administrativo*, cit., nota 11, vol. I, p. 550.

¹⁸ Morell Ocaña, Luis, *Curso de derecho administrativo*, cit., nota 14, t. II, p. 397.

detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva) sino porque el sujeto que lo sufra no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).

En segundo término, el concepto de lesión resarcible requiere un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (no en su comisión sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado), y posibilidad de imputación de imputación del mismo a una administración.

Habida cuenta de la amplitud con que se reconoce el deber de indemnizar, la doctrina ha buscado apoyarse en el principio de igualdad ante la ley: “cuando la administración, actuando como tal, es decir, sirviendo intereses generales, produce a los particulares una lesión que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infringido mediante la correspondiente indemnización, pues sería jurídicamente inadmisible que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que ésta restableciera la igualdad alterada”.¹⁹

3. *Convergencia actual de enfoques*

En el caso francés, si bien durante muchos años se consideró que la “falta personal” y la “falta de servicio” eran excluyentes entre sí, ya se adelantó que pronto la jurisprudencia advirtió que la responsabilidad del funcionario puede coexistir con la de la administración en los siguientes casos:²⁰

- a) Cuando la administración ha cometido una falta de servicio que ha concurrido con la falta personal del funcionario en la producción del daño, como cuando éste se debe a la vez a la “falta personal” del chofer que se puso al volante en estado de embriaguez y a la “falta de servicio” de la administración consistente en el mal estado de los frenos del vehículo, según lo postulado en el citado caso Delville (1951).

¹⁹ Entrera Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 656.

²⁰ Rivero, Jean, *Droit administratif*, cit., nota 6, pp. 295 y ss.

- b) Cuando la administración está obligada frente a la víctima aunque no haya “falta de servicio” distinta a la “falta personal”, para lo cual es suficiente que la falta haya sido cometida en el servicio, en ocasión del servicio o, según la fórmula usada por el Consejo de Estado, “no esté desprovista de todo vínculo con el servicio”.

La consecuencia práctica de la acumulación es permitir a la víctima del evento dañoso disponer de dos acciones de reparación, pudiendo reclamar al funcionario ante los tribunales judiciales según las reglas del derecho privado, y a la administración ante el juez administrativo conforme a las reglas del derecho público. En los casos en que ello ocurra, debe resolverse la cuestión del reparto definitivo de la carga indemnizatoria entre el funcionario y la administración, para lo cual deben considerarse tres supuestos:²¹

- a) El caso en que la responsabilidad esté repartida entre la administración y el agente como consecuencia de la acumulación de “falta de servicio” y “falta personal”, determina que la contribución definitiva a la carga indemnizatoria se regule según la parte que haya tenido la producción de cada una de las faltas en la producción del daño.
- b) El caso en que la carga definitiva de la reparación incumbe totalmente al funcionario se verifica cuando la administración sólo resulta obligada en razón de que la “falta personal” no está desprovista de todo vínculo con el servicio, y cuando la “falta de servicio” es oponible por la víctima pero no por el funcionario, como cuando éste usó indebidamente el vehículo de la administración (“Falta personal”) que causó el daño como consecuencia de un defecto de vigilancia (“falta de servicio”), según se dijo en el ya citado caso Laruelle (1951).
- c) El caso en que la carga definitiva de la reparación incumbe totalmente a la administración ocurre cuando el funcionario es llevado ante los tribunales por una “falta de servicio” sin que le sea imputable una “falta personal” separable del ejercicio de sus funciones.

Cabe agregar que, junto a la acumulación de la “falta personal” y la “falta de servicio” como criterios de imputación de la responsabilidad,

²¹ Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, cit., nota 3, pp. 298 y ss.

la jurisprudencia ha admitido también la responsabilidad sin falta en una serie de supuestos especiales,²² fundados jurisprudencialmente en la teoría del riesgo y en el principio de igualdad ante las cargas públicas, a la vez que ha extendido el campo de la falta de servicio y consagrado presunciones al respecto.²³

En el caso español, es interesante considerar la rectificación de sus anteriores enseñanzas realizada por el profesor Eduardo García de Enterría, quien en reciente prólogo a destacada obra revisionista sobre el tema, manifiesta su “juicio positivo en favor de una rectificación del sistema” de responsabilidad patrimonial de la administración, el cual, a su juicio, es disfuncional e insatisfactorio ya que, entre quienes lo promovieron —él fue uno— “nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la administración en nuestro derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización”. Contrariamente, enfatiza en la tipificación de “tres causas específicas de imputación: primera, la realización directa y legítima del daño por la administración... Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la administración... Y finalmente, en tercer lugar, los casos de riesgo creado por la administración, que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. Sólo en este último supuesto podría hablarse de la imputación de una responsabilidad objetiva”.²⁴

Coincidientemente, se ha dicho que “el principio objetivo de la responsabilidad de la administración pública tal y como está planteado... entraña problemas de entendimiento con los tiempos que vivimos. El Estado social y democrático de derecho no se compadece con este super-blindaje, super-defensa que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la administración pública”.²⁵

²² Rougevin-Baville, Michel, *La responsabilité administrative*, París, Hachette, 1992, pp. 73 y ss.

²³ Guettier, Christophe, *La responsabilité administrative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1996, pp. 140 y ss.

²⁴ García de Enterría, Eduardo, prólogo a Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19 y ss.

²⁵ Rodríguez-Arana, Jaime, “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración pública” (versión escrita de la conferencia pronunciada el 6 de marzo de 2002), p. 3.

No es lógico que los tribunales se inunden de demandas “por los más sutiles e incluso nimios temas y que se pretenda vincular alguna vaga e imprecisa relación de causalidad para imputar a la administración daños reales o no tan reales, que la misma sociedad... ciega cualquier línea de responsabilidad personal para hacerla derivar y endosarla siempre al anónimo Estado”.²⁶

De ahí que se postule la limitación de la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales, haciendo del funcionamiento anormal de los servicios de la administración la regla general de la responsabilidad y delimitando estándares normativos de diligencia que permitan conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos.²⁷

Quiere decir que es posible advertir una tendencia a la ampliación del campo de responsabilidad del Estado en el caso francés y una marcada preocupación por limitar las consecuencias de la aplicación del criterio objetivo en el caso español.

Así, puede verse en la jurisprudencia francesa el avance de los supuestos de responsabilidad sin falta, a la vez que la exasperación de la prueba libertatoria que incumbe a la administración en mérito a presunciones de culpa mientras que, en España, se percibe la preocupación por el establecimiento de fronteras a la responsabilidad objetiva ya que, por muy generosa que sea la fórmula legal, la cobertura de la administración no puede ser automática e indefinida.

Como consecuencia de ello, cabe constatar una cierta convergencia de resultados, en todos los casos inspirada por el común propósito de perfeccionar el sistema de responsabilidad administrativa como un pilar básico del Estado de derecho contemporáneo.

III. PANORAMA NACIONAL

1. Evolución

La evolución constitucional uruguaya permite distinguir tres períodos en la materia.²⁸

²⁶ Rebollo, Luis Martín, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 16.

²⁷ Rodríguez-Arana, Jaime, *Nuevas orientaciones..., cit.*, nota 25, p. 21.

²⁸ Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1963, t. I, pp. 636 y ss.; y Julio A. Prat, *Derecho administrativo*, Montevideo, Acáli, t. 4, vol. 2, pp. 56 y ss.

Bajo la vigencia de las Constituciones de 1830 y 1917, nada se estableció al respecto, por lo que la responsabilidad del Estado se hizo valer jurisprudencialmente a partir del artículo 21 del Código Civil, que considera personas jurídicas “y por consiguientes capaces de derechos y obligaciones civiles”, entre otros al Estado y los municipios.²⁹

En la reforma constitucional de 1934 se produjo una significativa modificación al establecerse la responsabilidad primaria de los funcionarios y subsidiaria del Estado, cuya aplicación planteó serias dificultades interpretativas.³⁰ Decía el artículo 24: “Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a un tercero” (inciso 1o.). Y agregaba: “Responderán subsidiariamente, el Estado, los municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación” (inciso 2o.).

En la reforma constitucional de 1952 —en texto que se mantiene incambiado en la Carta vigente— se invierte la solución, consagrándose la responsabilidad estatal directa.³¹ De acuerdo con el nuevo 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”.

2. *Alcance de la responsabilidad estatal*

La referencia de la norma transcrita a “la ejecución de los servicios públicos” ha planteado vacilaciones acerca de su alcance.

Al respecto, puede decirse que existe consenso acerca de que dicha expresión está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a

²⁹ Amezaga, Juan José, *Culpa aquiliana*, Montevideo, 1914, pp. 140 y ss.

³⁰ Aparicio Méndez, “Relaciones entre la responsabilidad del Estado y del funcionario”, en *La Justicia Uruguaya*, t. I, pp. 122 y ss.; y “Sobre responsabilidad del Estado”, *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 14, pp. 337 y ss.

³¹ Martins, Daniel Hugo, “La responsabilidad de la administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 30, pp. 196 y ss.; *Constitución y administración*, Montevideo, 1993, pp. 199 y ss.

todos los daños ocasionados por sujetos de derecho público en el ejercicio de la función administrativa,³² sin perjuicio de opiniones en el sentido de que cubriría también la responsabilidad derivada del ejercicio de la función jurisdiccional,³³ o aun toda la actividad estatal.³⁴

En consecuencia, la responsabilidad de cualquier administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que occasionaren perjuicio.

Cabe añadir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley núm. 11.925 de 27 de marzo de 1953 —extendido a todas las entidades estatales por el artículo 22 de la ley núm. 16.226 de 29 de octubre de 1991— “todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles”.

Cabe observar que la norma bajo examen establece el principio general de la responsabilidad de los entes estatales pero no determina cuándo surge dicha responsabilidad, es decir, cuál es el criterio de imputación que debe seguirse. Con un enfoque subjetivo, se exige para que nazca la responsabilidad estatal que exista culpa o dolo, o se acude al concepto francés de falta de servicio, reclamando que éste no haya funcionado, haya funcionado tarde o haya funcionado defectuosamente.³⁵

Por el contrario, desde una perspectiva calificable de objetiva, que en los últimos años ha venido ganando adherentes en la doctrina nacional,³⁶

³² Sayagues Laso, Enrique, *Tratado..., cit.*, nota 28, t. I, p. 658; Martins, Daniel Hugo, “La responsabilidad de la administración...”, *cit.*, nota 31, p. 263; Deus, Sergio, “Responsabilidad civil del Estado”, *La Justicia Uruguaya*, t. XCIV, p. 35; Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, *cit.*, nota 28, t. 4, vol. 2, p. 60; Korzeniak, José, *Curso de derecho constitucional* 2o., Montevideo, FCU, 1971, vol. 2, pp. 11 y ss.

³³ Jiménez de Arechaga, Justino, *La Constitución del Uruguay de 1952*, Montevideo, CED, 1966, t. II, p. 314; Mariano R. Brito, “Responsabilidad por actividad jurisdiccional”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1984, pp. 123 y ss.; y Martín J. Risso Ferrand, *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2a. ed., Montevideo, FCU, 1998, pp. 78 y ss.

³⁴ Cassinelli Muñoz, Horacio, “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. CV, p. 321.

³⁵ Así: Sayagues Laso, Enrique, *Tratado..., cit.*, nota 28, t. I, pp. 660 y ss.; Daniel Hugo Martins, *La responsabilidad de la administración...*, *cit.*, nota 31, pp. 267 y ss.; y José Korzeniak, *Curso...*, vol. 2, pp. 17 y ss.

³⁶ Así: Jiménez de Arechaga, Justino, *La Constitución...*, *cit.*, nota 33, t. II, p. 314; Deus, Sergio, *Responsabilidad...*, *cit.*, nota 32, pp. 31 y ss.; Jorge Peirano Facio, “Res-

se afirma que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso sino en el daño causado. Para esta concepción, comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de la acción u omisión estatal, procede su reparación sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que ocasionó ese daño. Va en ello la consideración por algunos de que el artículo 24 de la Constitución, por su texto y contexto (ubicación dentro de la Sección II, “Derechos, deberes y garantías”), establece un derecho subjetivo perfecto que, por lo tanto, no puede ser limitado por ley ni por vía interpretativa.³⁷

En sentido contrario a dicha tendencia doctrinaria, la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha orientado a favor del criterio subjetivo, fundándose frecuentemente en la legislación civil.³⁸

No obstante, según se ha destacado,³⁹ “en varias sentencias se reconoce la existencia de una presunción de culpa, lo que invierte la carga probatoria, apartándose de la doctrina que se afilia a los criterios subjetivos, y beneficiando sin duda al damnificado, en una posición que parece acercar-

ponsabilidad del Estado”, *Anales del Foro*, t. II, núm. 109-120, pp. 72 y ss.; Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, cit., nota 28, t. 4, vol. 2, p. 71; Brito, Mariano R., “Responsabilidad extracontractual del Estado (administrativa, legislativa y jurisdiccional”, *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, pp. 129 y ss.; Cassinelli Muñoz, Horacio, *Informe*, cit., nota 34, pp. 323 y 324; Risso Ferrand, Martín J., *Responsabilidad...*, cit., nota 31, pp. 38 y ss.; Graciela Berro, “Responsabilidad objetiva del Estado”, *Revista de Derecho Público*, año 1992, núm. 2, pp. 89 y ss.; y Cristina Vázquez, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, *Revista de Derecho Público*, 1995, núm. 7, pp. 32 y ss.

³⁷ Cassinelli Muñoz, Horacio, “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cuaderno de la Facultad de Derecho y C.S.*, Montevideo, 1990, núm. 13, p. 190; y Risso Ferrand, Martín J., y Pérez Pérez, Alberto, *Intervenciones en el Segundo Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Universidad, 1995, pp. 122 y 123.

³⁸ Véase Sánchez Carnelli, Lorenzo, “Responsabilidad del Estado”, Montevideo, Nueva Jurídica, s/f, pp. 31 y ss.; Carlos de Cores, “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXII, pp. 399 y ss.; Alicia Castro, “Algunos comentarios sobre la jurisprudencia contencioso administrativa de reparación patrimonial”, *Cuarto Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Nueva Jurídica, 1998, pp. 86 y ss.; Bello, Susana, “Fundamento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por acto legislativo y jurisdiccional”, *Revista de Derecho Público*, año 1995, núm. 8, pp. 53 y ss.; y Brito, Mariano R., *Responsabilidad extracontractual...*, cit., pp. 130 y ss.

³⁹ Risso Ferrand, Martín J., *Responsabilidad...*, cit., nota 31, pp. 33 y ss., y 165 y ss.

se más a las nuevas tendencias que dejan en un segundo plano la conducta del causante del daño para analizar, especialmente, la situación de la víctima. Pero esto no es otra cosa que un matiz, ya que siguen utilizándose en nuestra jurisprudencia los criterios subjetivos, aunque ya no considerando a los de carácter objetivo como inadmisibles”.

Además, es dable advertir una expansión de la noción de daño resarcible, a la vez que una presunción del nexo causal que traslada a la administración obligada la prueba de descargo⁴⁰ e incluso se ha llegado a descartar el nexo causal.⁴¹

3. Alcance de la responsabilidad de los funcionarios

Tras proclamar en el artículo 24 que las entidades estatales “serán civilmente responsables del daño causado a terceros”, el artículo 25 de la Constitución establece: “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 correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”.⁴²

A partir de la lectura conjunta de ambas disposiciones, se ha interpretado que la responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la administración, no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en caso de actos personalísimos.⁴³ Significa que, una vez hecha efectiva la responsabilidad de la entidad estatal correspondiente, será ésta la única legitimada para hacer valer la responsabilidad del funcionario, por vía de repetición, con base en un criterio definidamente subjetivo:

⁴⁰ Castro, Alicia, “Algunos comentarios sobre la reparación del daño y los criterios de actualización en la responsabilidad civil del Estado”, en *Segundo Coloquio..., cit.*, nota 38, pp. 104 y ss. y 105 y ss.

⁴¹ Rotondo Tornaria, Felipe, “Responsabilidad del Estado: criterio jurídico de imputación”, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VII, pp. 117 y 118.

⁴² Véase Delpiazzo, Carlos E., “Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, 2000, año 1, núm. 3, pp. 39 y ss.

⁴³ Así: Sayagues Laso, Enrique, *Tratado..., cit.*, nota 28, t. I, pp. 659 y 668; Hugo Martins, Daniel, *La responsabilidad de la administración..., cit.*, nota 31, pp. 277 y ss.; Julio A. Prat, *Derecho administrativo*, cit., t. 4, vol. 2, p. 65; Deus, Sergio, “Responsabilidad...”, cit., nota 32, pp. 35 y 36; y Rotondo Tornaria, Felipe, “Responsabilidad del funcionario”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, pp. 470 y ss.

debe haberse obrado con “culpa grave o dolo”, excluyéndose la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.

Sin embargo, recientemente se ha postulado aisladamente, sin respaldo jurisprudencial hasta el momento, que el particular damnificado puede optar por demandar directamente al funcionario y no al Estado o por demandar a ambos.⁴⁴ Dicha posición se funda en que no puede inferirse del texto constitucional una suerte de inmunidad de los funcionarios sino que, más bien, la eventual responsabilidad directa de los funcionarios frente a terceros es una cuestión no regulada por la Constitución.

Para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario, el Decreto del Poder Ejecutivo núm. 701/991 de 23 de diciembre de 1991 dispuso en su artículo 1o. que “toda resolución que disponga el pago de indemnización por responsabilidad civil del Estado, ordenará, además, la iniciación, una vez que se cancele la obligación, del procedimiento administrativo a fin de determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o funcionarios públicos responsables del daño”⁴⁵.

Sin perjuicio de lo antedicho, el artículo 211, lit. 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.⁴⁶ Asimismo, el artículo 213 alude a “las responsabilidades y garantías a que quedarán 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 ésta⁴⁷ dedica el Título VI (artículos 119 y ss.) al tema de la responsabilidad funcional, incluyendo 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.⁴⁸ En

⁴⁴ Así: Risso Ferrand, Martín J., “Responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, en *Segundo Coloquio...*, cit., nota 33, pp. 17 y ss.; y *Derecho constitucional*, cit., nota 33, t. III, p. 51.

⁴⁵ Hugo Martins, Daniel, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la administración”, en *Segundo Coloquio...*, cit., nota 31, pp. 146 y ss.

⁴⁶ Delpiazzo, Carlos E., *Tribunal de Cuentas*, A.M.F., Montevideo, 1982, p. 76.

⁴⁷ Delpiazzo, Carlos E., *TOCAF*, 2a. ed., Montevideo, FCU, 2001, pp. 65 y ss.

⁴⁸ Martins, Daniel Hugo, “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daños causados a la administración”, *Tercer Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Montevideo, Universidad, 1997,

tal sentido, en materia financiero-contable, el mencionado Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) prevé que “la responsabilidad alcanza mancomunada y solidariamente a todos los que resuelvan, dispongan, ejecuten o intervengan en la formación de actos u ocurrencia de hechos” que se aparten de la normativa aplicable (artículo 121), debiendo el jerarca respectivo promover el procedimiento de investigación que corresponda (artículo 122), al cabo del cual, si no existieran responsabilidades, se archivará el expediente. En cambio (artículo 129), si se hubiere configurado responsabilidad pero no hubiere perjuicio para el erario, se dispondrán las medidas disciplinarias adecuadas; y si se hubiere configurado responsabilidad y perjuicio, se adoptarán medidas disciplinarias y se promoverá acción judicial de reparación. “A los efectos de la acción civil —termina diciendo el artículo 129— el testimonio de la resolución administrativa y en coincidencia con el dictamen del Tribunal de Cuentas, constituirá presunción simple de la entidad del perjuicio a reclamar”.

Cabe agregar que “el cese de funciones no exime de responsabilidad civil al ex funcionario” (artículo 126) y que “las responsabilidades específicas en materia financiero-contable y las civiles emergentes... prescriben a los diez años a contar de la fecha del acto o hecho que diera origen a las mismas” (artículo 127).

IV. CONCLUSIÓN

Frente a la esbozada realidad comparada y nacional, parece importante destacar que “prácticamente no hay figuras jurídicas propias ni del derecho público ni del derecho privado: la responsabilidad, la propiedad, el contrato, los bienes, etcétera, son instituciones que permanecen inmutables, más allá de la disciplina a la cual se apliquen... Se trata de instituciones del derecho que trascienden las distintas parcelas científicas en que puede dividirse el análisis del derecho y se convierten en verdaderos institutos propios de la teoría general, susceptibles por lo tanto de ser analizados desde distintos ángulos o perspectivas”.⁴⁹

pp. 155 y ss.; y Rotondo Tornaria, Felipe, *Responsabilidad del funcionario*, cit., pp. 474 y 475.

⁴⁹ Delpiazzo, Carlos E., *Manual de contratación administrativa*, 3a. ed., Montevideo, Universidad, 1996, t. I, p. 19; y *Contratación administrativa*, cit., nota 2, p. 10.

Siendo así, parece prudente tener en cuenta la enseñanza que, desde el derecho privado, nos dice que no es posible pretender dar una solución monista al problema de la responsabilidad patrimonial de la administración,⁵⁰ y desde el derecho público actual, nos previene que “ningún sistema de responsabilidad extracontractual del Estado ha asumido en forma coherente un modelo de responsabilidad objetiva”.⁵¹

Como bien se ha destacado, el moderno régimen de la responsabilidad “desemboca finalmente en un sistema policéntrico”⁵² y “pasa a ser múltiple ya que resulta compuesto por diversos criterios de imputación, cada uno dotado de su propia y específica razón justificante, y también con un propio y específico campo de aplicación”.⁵³

⁵⁰ Cores, Carlos de, *Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado*, cit., p. 401.

⁵¹ Letelier Wartenberg, Raúl, “Un estudio de los efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, 2001, núm. 17, p. 141.

⁵² Gamarra, Jorge, *Responsabilidad contractual*, Montevideo, FCU, 1997, t. II, p. 341.

⁵³ Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, cit., nota 52, t. XIX, p. 42.

