

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN URUGUAY

CRISTINA VÁZQUEZ*

Sumario. 1. La responsabilidad del Estado. 1.1 La responsabilidad como concepto histórico. 1.2 Fundamento de la responsabilidad del Estado y criterios de imputación del daño. A) Criterios subjetivos. B) Criterios objetivos. C) Teorías mixtas. D) El Estado de Derecho como fundamento de la responsabilidad del Estado. E) La teoría de la indemnización de Derecho Público. F) Un sistema articulado en una pluralidad de criterios de imputación del daño. 2. El fundamento de la responsabilidad del Estado en la Constitución uruguaya. 3. Breve referencia a la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia nacional. 4. La responsabilidad del Estado por actividad de los llamados entes instrumentales. 5. Perspectiva. Carta de México sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. 6. El acceso a la reparación y reflexiones finales.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (UDELAR-Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Universidad di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Posgrados en Gestión de las Energías Renovables y El Sector de Petróleo y sus Derivados del Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (CEDDET) y Posgrado en Defensa de la Competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia (España); Catedrática de Derecho Administrativo de la UDELAR; Directora del Instituto de Derecho Administrativo (2017 – 2021); Coordinadora del Máster de Derecho Administrativo e integrante de la Asamblea General del Claustro de la UDELAR; Profesora en el Máster de Políticas Públicas de la Facultad de Ciencias Sociales (UDELAR), en Curso «Regulación y políticas públicas»; Directora del Programa Máster de Derecho Administrativo Económico (PMDAE) (2015 y 2017), y Profesora de Procedimientos Administrativos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM); fue Profesora Invitada de Master en Economía y Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad de Barcelona (España), de los Cursos de la Asociación de Reguladores Iberoamericanos de Energía (ARIAE), y del Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresa (IREE), Brasil, en curso «A reinvenção do Direito Administrativo»; Integrante del Consejo Editorial de la Revista de Derecho y Tribunales; Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA); Integrante del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); Vicepresidenta de Legaltech (Uruguay) y Suplente de Presidencia de la Red Iberoamericana de Energía (RIDE).

1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1 LA RESPONSABILIDAD COMO CONCEPTO HISTÓRICO

La expresión «responsabilidad» proviene del latín: *responsus*, y su significado aproximado es «constituirse en garante» (1). Existe responsabilidad cuando un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro (2).

Como ya hemos expresado (3), la teoría de la responsabilidad no es patrimonio del Derecho privado o del Derecho público, sino que «pertenece a la Teoría General del Derecho»: producido un daño, corresponde su reparación, con prescindencia de la personalidad de Derecho público o de Derecho privado del productor del daño (4).

Ello no obsta a que –considerando la naturaleza de las funciones y cometidos que desarrolla y su propia posición muchas veces privilegiada en atención a su condición de titular del interés público– el Estado pueda causar «daños con características especiales» y por ende distintas de aquellas con que puede causarlo un particular a otro (5).

Lo expresado resulta de aplicación, por las mismas razones, a la responsabilidad por actos de sus entidades instrumentales.

Los «fundamentos de la responsabilidad del Estado» tienen que ver con las razones en que esta responsabilidad se apoya, por las cuales el Estado está obligado a reparar el daño, y los «criterios de imputación de esa responsabilidad» son las razones que justifican la traslación de ese daño desde quien lo sufre originariamente hacia quien corresponde que se haga cargo en definitiva, en el caso, el Estado.

La responsabilidad constituye un concepto histórico, que ha presentado soluciones diversas en la vida del Derecho (6).

Para empezar, «la noción de responsabilidad del Estado no siempre fue recibida». En el origen del Derecho Público se sostenía el principio opuesto, de su irresponsabilidad, que se sintetiza en la frase de Laferrière: «El poder de la soberanía es imponerse a todos sin compensación». Se recoge también esa idea, en la expresión del Derecho inglés: *King can do no wrong* y en la del Derecho francés: *Le Roi ne peut mal faire*. El

(1) Conf. CAPITANT, H., Vocabulario jurídico.

(2) Conf. PEIRANO FACIO, J., Responsabilidad extracontractual, FCU, Montevideo, 1954, pp. 20 y 21. Con igual latitud es definida la responsabilidad por los tratadistas franceses: MAZEAUD-TUNC Y ESMEIN, cits. por GAMARRA, J., Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XIX, V. 1, FCU, Montevideo, 1991, p. 9. En el mismo sentido: SOTO KLOSS, E., La responsabilidad pública: enfoque político, Univ. del Norte, 1982, pp. 36 ss.

(3) VÁZQUEZ, C., Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista, en Revista de Derecho Público núm. 7, año 4, Montevideo, 1995; Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad de los concesionarios, en Estudios de Derecho Administrativo núm. 4, La Ley Uruguay, 2011, pp. 201 ss.

(4) Conf. MATA, I., disertación en Congreso Internacional de Derecho administrativo, Montevideo, 1982, p. 49. En el mismo sentido: RISSO, M., Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, FCU, Montevideo, 1991, p. 18.

(5) Conf. BANDEIRA DE MELLO, C., disertación en Congreso Internacional cit., p. 65.

(6) Conf. PEIRANO FACIO, J., Responsabilidad extracontractual cit., Montevideo, 1954, pp. 131 y 132.

principio regio de la absoluta irresponsabilidad del Soberano se manifiesta en la afirmación de que este solo responde ante Dios y su conciencia (7).

Cuando el «Estado liberal» de Derecho toma el concepto de soberanía, lo hace recibiendo también como corolario, el principio de la irresponsabilidad del Estado. Este Estado liberal, juez y gendarme tiene, sin embargo, desde su actitud abstencionista, relativamente escasas ocasiones para causar daños (8).

Diferente es la situación en el «Estado social de Derecho», en el cual una actitud más intervencionista del poder público multiplica las posibilidades de daño a los particulares. Es entonces, que la responsabilidad del Estado aparece como una necesidad social.

Como señalara Hauriou (9), «hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos aforismos: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio».

Sin embargo, la afirmación de un principio general de responsabilidad del Estado ha debido recorrer un largo camino, cuyo término recién pudo vislumbrarse bien entrado el siglo xx. La ruptura del principio de irresponsabilidad tuvo lugar en cada ordenamiento, de acuerdo con sus peculiares tradiciones, siendo dos a este respecto, los modelos que ofrece el Derecho comparado, según la vía de progreso seguida en cada caso, sea legislativa o jurisprudencial. Al primer modelo responden los ordenamientos anglosajones y al segundo, el Derecho francés (10).

En el «Reino Unido», la irresponsabilidad del Estado resultaba de la combinación de dos principios obstativos, el ya mencionado: *king can do no wrong*, y el de la inmunidad judicial de la Corona, que hacía depender la formalización de la *litis* de la previa formulación de una *petition of rights*. La responsabilidad por daños del servicio recaía íntegramente sobre los funcionarios, según las reglas del *common law*, hasta la *Crown Proceedings Act* de 1947, que sometió a la Corona a la misma responsabilidad que «si fuera una persona privada con plena edad y capacidad».

El «Derecho norteamericano» sufrió una evolución similar. Dominado tradicionalmente por el principio de irresponsabilidad, sólo se quebraba dicho principio cuando el Congreso atendía peticiones de indemnización mediante la aprobación de leyes privadas (*private bills*), en supuestos singulares. El progresivo aumento de estas peticiones forzó la creación de un órgano asesor especializado (*Court of claims*), del que luego surgió un verdadero tribunal, competente para resolver por sí sobre reclamaciones de menor cuantía. Finalmente se aprobó la *Federal Tort Claims Act* de 1946, que reconoce la responsabilidad del Estado fundada en la culpa del autor del daño.

En el «Derecho francés» cabe distinguir una primera etapa, que va aproximadamente desde el año VIII hasta mediados del siglo XIX, en que el principio es la irresponsabilidad del Estado salvo en casos excepcionales de daños resultantes

(7) Conf. BANDEIRA DE MELLO, C., en conferencia dictada en Congreso Internacional de Derecho Administrativo cit., p. 62; PRAT, J., Derecho Administrativo, T. 4, V. 2, Acali, Montevideo, 1978, pp. 10 y 11.

(8) Conf. RIVERO, J., Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1977, p. 264.

(9) HAURIOU, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, Civitas, 1982, p. 321.

(10) Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, ob.cit., p. 324.

de la construcción de obras públicas, daños por tumultos, daños producidos por el ejército o daños de guerra, impuestos por texto legal. La única garantía era, entonces, la responsabilidad del funcionario autor del daño, en los términos del «Code Civil». Sin embargo, al libre juego de esta garantía se oponía la exigencia de una autorización administrativa previa para poder demandar al funcionario en la vía civil.

Es precisamente de dicha exigencia de autorización previa, que nacería la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, el Consejo de Estado, órgano competente para otorgar la autorización, acostumbraba a negarla salvo que apreciara la existencia de «falta personal» del agente, esto es, cuando el mismo, con sus debilidades, pasiones e imprudencia, hubiera sido el causante del daño. En los demás casos, se estaba ante una «falta de servicio», aceptándose que la acción se dirigiera contra el Estado ante los Tribunales administrativos.

Por su parte, el fallo Blanco del Tribunal de Conflictos francés, de 1.º de febrero de 1873, inicia el camino de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado, sosteniendo que dicha responsabilidad posee sus reglas particulares. Posteriormente, el fallo Pelletier, del mismo órgano, de 30 de julio de 1873, sostiene que el principio de separación de autoridades judiciales y administrativas no permite, a un tribunal judicial, conocer los actos cumplidos por administradores en la ejecución del servicio. Este temperamento implica distinguir la falta personal del funcionario, caracterizada por su ausencia de vinculación al servicio, de la que el funcionario debe responder con su patrimonio personal ante los tribunales judiciales, y la falta de servicio, no separable del mismo, atribuible a la Administración, por la que el Estado puede responder ante el juez administrativo.

En los casos de falta personal, el funcionario aparece con sus debilidades, pasiones e imprudencias, en tanto que la falta de servicio supone un «administrador más o menos sujeto a error, pero bien intencionado» (11).

Se trata de una distinción que se va afirmando con criterio empírico, incluyendo en el concepto de falta personal, a las faltas cometidas fuera del ejercicio de la función y a las cometidas en su ejercicio, pero separables por su intencionalidad o gravedad.

La falta de servicio, por su parte, se da cuando el servicio «funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente» (12).

Quienes han aplicado el criterio de la falta de servicio han observado que el concepto tiene un carácter relativo, ya que los mismos hechos pueden o no constituirlos, dependiendo de las circunstancias concretas de tiempo, lugar, etc. Así, por ejemplo, se ha señalado que, en su actividad compleja, la Administración puede cumplir determinados servicios considerados particularmente difíciles, que sólo darán lugar a responsabilidad en los casos de faltas graves (13).

(11) Conf. LAFERRIERE, cit. por PRAT, Julio A., Derecho Administrativo cit., Tomo 4, vol. 2, Montevideo, 1978, p. 21.

(12) DUEZ, La responsabilité de la puissance publique, Paris, 1938, p.21, cit. por Prat, ob. cit., p. 24.

(13) Un ejemplo lo proporcionan los servicios de policía, que hasta principios del siglo xx fueron considerados como actividad que no generaba responsabilidad (fallo Lepreux del Consejo de Estado francés, de 13 de enero de 1899).

Por otra parte, han sido establecidas como causas para exonerar o atenuar la responsabilidad del Estado, la falta de la víctima, la fuerza mayor (acontecimiento ajeno, imprevisible e irresistible), el caso fortuito o causa desconocida, y el hecho de un tercero.

1.2 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO

El análisis del fundamento de la responsabilidad del Estado nos conduce al de los criterios de imputación del daño, ya que como observa Gamarra (14) estos constituyen criterios particulares que consagran dicho fundamento.

Varios son los autores que, tanto desde el ámbito del Derecho público como desde el del Derecho privado, señalan un «cambio de perspectiva en la teoría de la responsabilidad, según el cual el rol protagónico se ha desplazado del autor del daño a la víctima» (15).

La doctrina tradicional de la responsabilidad explica el fenómeno, vinculando la obligación de reparar con la idea de sanción. Dado un determinado comportamiento contrario a Derecho, corresponde la sanción correlativa. En este enfoque, no es difícil que la noción de responsabilidad aparezca ligada con la de culpa (16). La responsabilidad es la sanción por el hecho ilícito culposo. El dogma es, pues: «no hay responsabilidad sin culpa».

La doctrina posterior, en cambio, desplaza la perspectiva desde la acción del sujeto responsable, al sujeto lesionado, definiendo a la responsabilidad como «imputación de un hecho dañoso a un sujeto» (17). La responsabilidad del Estado, en esta nueva óptica, no persigue sancionar a un Estado culpable sino reparar un daño producido a una víctima en circunstancias de realizar el Estado sus funciones de bien común, las que aún pueden haberse llevado a cabo sin malicia o negligencia de sus agentes. «La responsabilidad es concebida, pues, como un fenómeno reparatorio y no sancionador».

El daño, la pérdida, el menoscabo, el perjuicio o detrimento acaecido no desaparece con la indemnización, la que solo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables producidas, desde el patrimonio de la víctima hacia el del responsable. «La responsabilidad consiste esencialmente en transferir el daño desde la persona que lo sufrió a la persona que es designada como debiendo

(14) GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, cit., T. XIX, V. 1, Montevideo, 1991, p. 18.

(15) RISSO, M., ob. cit., p. 16.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en trabajo sobre responsabilidad del Estado en *Perspectiva del Derecho público en la segunda mitad del siglo xx*, cit., p. 886; GAMARRA, J., ob. cit., p. 15; TAWIL cit. por RISSO, ob. cit., p. 26; ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 652.

(16) La culpa ha sido definida por el artículo 1344 del Código Civil. como «la falta del debido cuidado o diligencia». La diligencia del buen padre de familia es la del hombre medio, ni excesivamente cuidadoso ni excesivamente descuidado. Por su parte, el Código Penal, en su artículo 18, utiliza un criterio enumerativo, considerando culpa, la «imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos» e incluye la imprevisión como elemento esencial.

(17) RODOTÀ, *Il problema de la responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 20, cit. por GAMARRA, ob. cit., p. 15.

soportarlo» (18). La cuestión es, entonces, determinar mediante qué criterios se realiza ese traspaso o imputación del daño.

Una clasificación posible de los criterios de imputación del daño es la que los divide en «criterios subjetivos y criterios objetivos». Los primeros serían los inspirados en la idea de responsabilidad como fenómeno sancionador, que pone el centro del fenómeno en el análisis de la conducta del agente del daño. Los segundos serían los que parten de la noción de responsabilidad como fenómeno reparador y colocan como eje de la cuestión, la figura de la víctima.

A) Criterios subjetivos

Según se expresara al analizar la evolución de la responsabilidad del Estado, esta es reconocida en el Derecho anglosajón, con fundamento en el criterio subjetivo de la culpa.

En los primeros fallos de la jurisprudencia francesa que recogen la responsabilidad del Estado a través del concepto de «falta de servicio», algunos autores (19) ven aún, una modalidad de responsabilidad fundada en criterios subjetivos, con base, sobre todo, en la idea de culpa anónima, culpa o imperfección del servicio (*culpa in comitendo*: el servicio funcionó mal; o *culpa in omitendo*: el servicio no funcionó o funcionó tardíamente).

En nuestra opinión, tales fallos se encuentran a mitad de camino entre el criterio subjetivo de la culpa y los criterios objetivos, en cuanto como señalan García de Enterría y Fernández (20) el sistema se basa en una falta objetivada, falta del servicio mismo, que no es necesario individualizar.

B) Criterios objetivos

Pueden mencionarse como criterios objetivos, los siguientes:

i. «El criterio del riesgo», según el cual la responsabilidad de la Administración queda comprometida desde que se aprecia la existencia de un daño imputable a ella, por razón del riesgo creado por su actividad (21). Como observa Entrena Cuesta (22), basta recordar las proporciones del intervencionismo administrativo para percatarse de la casi permanente situación de riesgo en que los particulares se encuentran situados.

Puede mencionarse como ejemplo, el riesgo creado por el uso de cosas o el ejercicio de actividades peligrosas por las fuerzas de policía (*arrêt Lecomte et Daramy* del Consejo de Estado francés, de 1949).

ii. «El criterio del provecho obtenido» en la actividad que el Estado desarrolla. Constituye ejemplo de este supuesto, el *arrêt Chavat* del Consejo de Estado, de 1943, referido a colaboraciones voluntarias o expresamente requeridas por la Administración.

iii. «El principio de igualdad ante las cargas públicas», según el cual debe indemnizarse a quien soporta un perjuicio de carácter especial y anormal

(18) Conf. GAMARRA, ob. cit., pp. 15 y 16.

(19) BANDEIRA DE MELLO, C., en conferencia cit., p. 66; RISSO, M., ob. cit., p. 19.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., ob. cit., p. 329.

(21) Es la posición de autores como DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, T. 3, pp. 478 ss.

(22) ENTRENA CUESTA, R., ob. cit., p. 652.

con relación a las cargas generales que la convivencia impone a todo ciudadano. La actividad del Estado como observa Mayer (23) no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, que entran en las condiciones de existencia del Estado al que tales individuos pertenecen. Sin embargo, a partir de que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, y cuando se traducen en un daño material, habrá un sacrificio especial que debe ser indemnizado. Puede citarse como ejemplo de aplicación de este criterio, el *arrêt Thouzellier*, del Consejo de Estado, de 1956, referido a daños causados por delincuentes o enfermos mentales en situación de libertad vigilada, a las personas que soportan su vecindad (24).

iv. «El criterio que exige como fundamento de la responsabilidad del Estado, la existencia de una ley formal que expresamente la reconozca». Es el criterio seguido por Bielsa en Argentina. (25) Para este autor, la responsabilidad del Estado carece, pues, de un fundamento jurídico propio.

v. «El criterio del enriquecimiento sin causa» como principio general de Derecho, con caracteres propios en el Derecho Público según el cual el Estado debe responder por aquellas circunstancias que hacen mejor su condición, en daño de otros, sin que haya mediado intención de liberalidad. Es el fundamento sostenido por Hauriou (26). Puede ponerse como ejemplo de aplicación de este criterio, el caso en que el Estado prohíbe una actividad hasta entonces lícita, ejercida por particulares, reservándose su explotación exclusiva, que le proporcionará beneficios (27).

vi. «La aplicación analógica del principio de expropiación por causa de utilidad pública», según el criterio de que la Administración debe indemnizar cuando daña, degrada o destruye la propiedad de un particular (expropiación indirecta). Se ha objetado a este criterio, que si se expropia algo es para incorporarlo en el dominio estatal, lo que no ocurre cuando se causa un daño material.

vii. «El fundamento de la equidad», respecto del cual Bielsa observa que es tan elástico, que puede utilizarse tanto para considerar al Estado responsable como irresponsable. En tal sentido señala este autor: «La equidad es ya una panacea, ya un azote» (28), por cuanto lo equitativo es casi siempre incierto, no solo en lo que respecta a la procedencia de la reparación, sino también en la extensión de esta.

El profesor colombiano Jaime Vidal Perdomo (29) señala que, en todo caso, la evolución en el tema de la responsabilidad del Estado ha estado impulsada por un principio de equidad, con el ánimo de proteger al particular de las actuaciones del Estado que le hayan causado daño, buscando sustraerlo de esa posición de indefensión en que puede encontrarse.

(23) MAYER, cit. por GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, Bs. As., 1975, <https://kontencioso.files.wordpress.com/2014/12/tratado2.pdf>.

(24) Es la posición sustentada, entre otros, por ENTRENA CUESTA, R., ob. cit., p. 656.

(25) BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1947, T. 2, p. 417. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV., Bs. As., p. 696, cita como seguidores de esta misma tesis, a ALTAMIRA y a AGUIAR.

(26) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, cit., París, 1927, p. 302.

(27) Conf. SAYAGUÉS, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Montevideo, FCU, 1974, p. 603.

(28) BIELSA, R., ob. cit., p. 356.

(29) VIDAL PERDOMO, J., disertación en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, cit., p. 86.

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL...

viii. «El principio de la aptitud para soportar el daño a través de su distribución entre grupos o la sociedad», según el cual será responsable aquel que tenga capacidad para absorber la pérdida y difundirla socialmente (30), supuesto que resulta enteramente aplicable al Estado. En la base de este criterio subyace una concepción social o solidarista de la responsabilidad.

ix. «El funcionamiento de los servicios públicos» es analizado como principio de imputación de la responsabilidad del Estado, por García de Enterría (31), en el Derecho español. A la luz de ese Derecho positivo, el autor señala que el fundamento de la responsabilidad está situado sobre dos elementos: la lesión patrimonial y la imputación de su producción al funcionamiento de los servicios públicos. La noción de lesión implica un perjuicio que el titular que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

En realidad, más que postular un fundamento general para la responsabilidad del Estado, García de Enterría analiza los supuestos de dicha responsabilidad en un Derecho positivo concreto (32).

C) Teorías mixtas

Algunas doctrinas combinan criterios objetivos y subjetivos. Tal es el caso de Bandeira de Mello (33). Este autor entiende que, cuando el comportamiento del Estado es comisivo, se considera a la responsabilidad en términos objetivos, siendo suficiente para determinarla, el principio de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas. Puede ser que se trate de un acto ilegítimo y la simple noción de legalidad ya sería suficiente. Pero si existe el principio de igualdad ante las cargas públicas es innecesario preguntarse sobre la legitimidad o ilegitimidad del comportamiento, sobre la culpa o el dolo.

Cuando el daño proviene de una omisión, el Estado solamente responde si procedió de manera contraria a Derecho. Según Bandeira de Mello, si se admitiera la responsabilidad objetiva para este tipo de casos, el que fuera asaltado en plena calle podría oponer una acción por responsabilidad del Estado, bajo la argumentación de que el servicio no funcionó, con lo que no habría límites para dicha responsabilidad.

Por último, distingue los supuestos en que el Estado crea la situación propiciatoria del daño, en los cuales la responsabilidad es también objetiva.

D) El Estado de Derecho como fundamento de la responsabilidad del Estado

Varios autores han señalado como fundamento de la responsabilidad del Estado, el «Estado de Derecho» y sus postulados. Tal es el caso de Marienhoff, Cassagne, Mata, Brito, Soto Kloss, Maiorano (34), Gordillo (35) y Risso (36), entre otros.

(30) Vid. GAMARRA, J., ob. cit., p. 73.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en trabajo sobre responsabilidad publicado en *Perspectivas del Derecho público*, cit., p. 886.

(32) En España, el principio fue recogido en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978.

(33) BANDEIRA DE MELLO, C., ob. cit., p. 71.

(34) En conferencias dictadas en Congreso Internacional de Derecho Administrativo, cit.

(35) GORDILLO, A., ob. cit., p. xx3.

(36) RISSO, M., ob. cit., p. 41.

Marienhoff (37), por ejemplo, expresa que es de los postulados del Estado de Derecho que forman un complejo y que tienden a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del Derecho público. Entre tales principios pueden mencionarse: el respeto del derecho a la vida y a la integridad física, el respeto a los derechos adquiridos, las específicas normas sobre expropiación, la igualdad ante las cargas públicas, el afianzamiento de la justicia, el reconocimiento de derechos esenciales (a trabajar y ejercer toda industria lícita, a asociarse, a enseñar y aprender, etc.), las garantías de la libertad, la posibilidad de someter a juicio al Estado. En este sentido, responsabilidad y Estado de Derecho son conceptos correlativos. Esa responsabilidad es directa y puede resultar de su actividad lícita o ilícita.

En este enfoque puede ubicarse, asimismo, la postura de Delpiazzo (38) cuando destaca que, en un Estado de derecho no puede haber reductos de irresponsabilidad estatal. El alcance de la responsabilidad del Estado se extiende a todas las funciones, comprende tanto al hacer como al omitir y a toda actividad estatal sea ilícita o lícita, tanto directa como indirecta.

E) La teoría de la indemnización de Derecho Público

Parte de la doctrina representada, entre otros, en Italia por Alessi (39), en Alemania por Giese (40), en Brasil por Bandeira de Mello (41) y en España por Garrido Falla (42) distingue dos institutos jurídicos: la teoría de la indemnización de Derecho Público y la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta distinción quiere señalar expresa Bandeira de Mello que no pueden considerarse como una unidad, los casos en que el Estado tiene el poder que le es conferido por el orden jurídico, para sacrificar o debilitar el derecho de alguien, convirtiéndolo en su equivalente expresión patrimonial (v.gr. expropiación, servidumbre o preventiva destrucción de bienes), con aquellos otros en que el Estado no viola el orden jurídico, pero como efecto secundario de su comportamiento, se ve lesionada una situación jurídicamente protegida (v.gr. la decisión de cerrar el perímetro central de la ciudad al tránsito vehicular, en cuanto puede causar grave perjuicio a los propietarios de edificios-garage).

Garrido Falla señala que la teoría de la indemnización postula un fundamento propio, que se encuentra en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas que hace odioso el sacrificio especial sin indemnización, o en el enriquecimiento sin causa, cuando el sacrificio del derecho del particular determina una transferencia coactiva de propiedad, uso o disfrute, a favor de la Administración. Observa, asimismo, que a pesar de la clarísima línea divisoria que en su

(37) MARIENHOFF, M., Tratado, cit., p. 698.

(38) DELPIAZZO, C., «La responsabilidad en el Derecho público uruguayo», *Revista de Derecho*, [S.l.], n. 3, pp. 59-83, 2016.

(39) ALESSI, cit. por BANDEIRA DE MELLO, C., en conferencia dictada en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, cit., p. 62.

(40) GIESE, cit. por GORDILLO, ob. cit., p. xx7, nota 5. (3).

(41) BANDEIRA DE MELLO, C., ob. cit., p. 62.

(42) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, V. II, Madrid, Inst. de Estudios Políticos, 1971, pp. 238 ss.

opinión separa ambos institutos, ni la legislación ni la doctrina se han preocupado de deslindarlos.

Como puntualizan Entrena Cuesta y Gordillo, desde el punto de vista jurídico-positivo, la distinción carece de relevancia y lo importante, desde luego, no es la denominación, sino que efectivamente tenga lugar la reparación (43).

Por otra parte, no parece que exista una diferencia de esencia, de fundamento o de consecuencias jurídicas, entre los dos institutos aludidos, sino más bien de carácter histórico, ya que la llamada indemnización de Derecho público es recogida antes, por el Derecho positivo, en épocas en que, a pesar de no haberse recibido aún la responsabilidad del Estado como principio general, se consagraban a texto expreso fórmulas para indemnizar los perjuicios derivados de limitaciones al derecho de propiedad, considerado entonces, como sagrado e inviolable.

F) Un sistema articulado en una pluralidad de criterios de imputación del daño

Como se adelantara, se observa en la moderna teoría de la responsabilidad, tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado, que «el centro de gravedad se ha desplazado del autor del daño a la víctima del mismo. El daño pasa a ser, entonces, el presupuesto de la responsabilidad, verdadera» «nota común» «o elemento unitario de la misma».

En este estado, la culpa deja de ser su fundamento, constituyéndose en uno de los criterios que sirven para imputar el daño, vale decir, para ponerlo a cargo de un sujeto distinto al que lo padeció originariamente. «“El juicio de responsabilidad” consistirá en decidir si el daño debe ser reparado y por quien».

Desde la perspectiva del Derecho privado, Gamarra expresa que la responsabilidad es ante todo un instrumento destinado a operar la redistribución de los daños, a repartir ciertas cargas entre los individuos (44). Ese reparto se hará según criterios que contemplen los intereses sociales y económicos en juego.

Desde la del Derecho público, Soto Kloss destaca que el Derecho implica una armónica relación de igualdad en el intercambio y reparto de bienes y servicios entre las personas, la cual es alterada en la medida en que una víctima sufre un daño en una situación jurídica, cuando jurídicamente no está obligada a soportarlo. Puesto que jurídicamente no está obligada a soportarlo, ya que ninguna ley ha puesto ese daño a su cargo, el Derecho impone una reparación, con distintas técnicas articularias, obligando al Estado a eliminar el desequilibrio producido por el daño, en la igualdad (45).

Explica Gamarra que las ideas de la doctrina tradicional se adecuaban por entero a una economía modesta y armonizaban con el individualismo reinante, no siendo sentida una real necesidad de proteger a las víctimas. En el mundo actual los

(43) ENTRENA CUESTA, R., ob. cit., p. 651; GORDILLO, A., ob. cit., p. xx7, nota 5.(3).

(44) GAMARRA, J., ob. cit., pp. 19 y 38.

(45) SOTO KLOSS, E., disertación en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, cit., pp. 133 y 134.

daños se han multiplicado, y las ideas sociales reclaman una actitud solidaria entre los hombres (46).

En el mismo sentido, se ha sostenido el principio de la obligación jurídica de asistencia pública y solidaridad social; es el fundamento invocado por Duguit, de un seguro social soportado por la caja colectiva, por razones de solidaridad nacional, en provecho de los que sufren un perjuicio a causa de la actividad estatal (47).

En las sociedades modernas, el daño pasa a ser una constante que acompaña el desarrollo del progreso; ello se vuelve inevitable y se produce necesaria y regularmente, según lo revelan las estadísticas, sean cuales fueren todas las precauciones y cuidados empleados. Como observa Gamarra: «Asistimos, entonces, en grandísima escala, al acaecer de daños inculpables, a la presencia cada vez mayor de perjuicios que no dependen de la voluntad humana. Dejar esta gran masa de daños sin reparación era demasiada injusticia» (48).

Por otra parte, el daño se vuelve «anónimo», al vincularse a datos mecánicos, industriales y técnicos, y «colectivo», en una sociedad en que predomina el trabajo en equipo.

«No existiendo posibilidad, en muchos casos, de imputar el daño sobre el fundamento de la culpa de no admitirse criterios objetivos para efectuar tal imputación se llegaría a la concepción “fatalista” de que cada uno debe soportar el daño que sufre, ya que» “el destino elige libremente su víctima”. Contra ese fatalismo se opone el sentimiento de nuestra época, de que la pérdida deben soportarla todos en general (49), preconizando que el punto focal de atención debe cambiar, colocando como protagonista de la responsabilidad, no al ofensor sino al damnificado. El principio de seguridad no tolera que ningún daño quede sin reparación solo porque sea imposible o difícil individualizar a su autor.

Conteste con esta nueva visión, hace camino la opinión que ve en la responsabilidad, la satisfacción de una exigencia que pertenece al ámbito de la justicia distributiva, subrayándose como se expresara— el aspecto social y colectivo de la responsabilidad moderna (50).

Resulta pertinente aclarar que la nueva concepción de la responsabilidad, que los autores suelen denominar «objetiva», no se resume en un criterio de atribución del daño que se individualiza en la mera relación de causalidad entre el acto y el daño, según el cual el causante material del daño (abstracción hecha de su comportamiento subjetivo) es designado como responsable. Como se adelantara, «existen varios criterios de imputación del daño, subjetivo y objetivos». Al decir de Rodotà, en la responsabilidad siempre coexiste una constante (el hecho dañoso) y algunas variantes (los distintos criterios de imputación) (51).

(46) GAMARRA, J., ob. cit., p. 40.

(47) DUGUIT, L., cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., ob. cit., p. 330.

(48) GAMARRA, J., ob. cit., p. 46.

(49) Conf. POUND R., cit. por GAMARRA, J., ob. cit., p. 51.

(50) Conf. GAMARRA, J., ob. cit., pp. 53 y 54.

(51) RODOTÀ, cit. por GAMARRA, J., ob. cit., p. 71.

2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

En la Constitución de 1934, se recoge, por primera vez, la responsabilidad subsidiaria del Estado (52).

Al analizar dicha disposición, Sayagués consideraba que la noción de falta de servicio resultaba de aplicación, aunque también cabían otros conceptos, como el enriquecimiento sin causa y aún, para casos excepcionales, la teoría objetiva del riesgo (53).

El proyecto que en definitiva constituiría el texto del actual artículo 24, incorporado en la Constitución de 1952, casi no tuvo discusión en el ámbito parlamentario, por lo que no es posible extraer de los antecedentes, información que permita determinar el preciso alcance que quiso darse a la disposición.

Parte de la doctrina nacional interpreta que el mencionado artículo no consagra en forma amplia la responsabilidad objetiva del Estado.

Sayagués, por ejemplo, entiende que la norma no determina en qué casos surge la responsabilidad, lo que queda a la apreciación de la doctrina y la jurisprudencia. Por su parte, adhiere al empleo de la noción de falta de servicio, aunque complementada con otros fundamentos, como el enriquecimiento sin causa, el abuso de Derecho y, en casos excepcionales, la teoría del riesgo (54).

Martins coincide con Sayagués, en que la responsabilidad que consagra la Constitución deriva de la falta de servicio y reclama que los actos o hechos que la provocan sean ilícitos o deriven de la culpa o dolo del servicio o de los funcionarios (55).

Korzeniak señala que la responsabilidad a que refiere el artículo 24 deriva de la actividad administrativa del Estado y que para que ella exista debe haber algún principio de ilicitud en la ejecución del servicio. Cuando se plantea la necesidad de determinar un criterio claro para decidir en que consiste ese principio de ilicitud, convoca los principios de falta personal y falta de servicio (56).

Brito (57) también ha sostenido que los artículos 24 y 25 de la Constitución atienden a la falta personal o a la falta de servicio. Sin embargo, admite que, al amparo de los principios supraconstitucionales inherentes a la persona humana, consagrados en el artículo 72 de la Carta, se repare independientemente de

(52) El artículo 24 decía: «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». El inciso segundo 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 aquel lo que hubieren pagado en caso de condenación».

(53) SAYAGUÉS, ob. cit., pp. 652 ss.

(54) SAYAGUÉS, ob. cit., pp. 660 ss.

(55) MARTINS, D., *La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya*, en R. D. P. y P., T. 30, pp. 269 ss.

(56) KORZENIAK, J., curso de Derecho Constitucional II, V. II, Montevideo, FCU, 1971, pp. 17 ss.

(57) BRITO, M., «Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional», en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996, pp. 129 ss.

toda referencia al elemento subjetivo el gravamen anormal o excepcional sufrido por algún componente de la colectividad, en virtud de una operación de beneficio general.

Entienden, en cambio, que el artículo 24 consagra un sistema de responsabilidad objetiva, entre otros, Jiménez de Aréchaga (58), Deus (59), Gamarra (60) y Riso (61).

Por otra parte, Gamarra (62) afirma que conviene tener presentes los artículos 7 y 72 de la Constitución, cuyas coordenadas prescriben la tutela del damnificado y la elevan a rango de principio general de Derecho.

El daño será reparable cuando quien lo sufre no tiene la obligación jurídica de soportarlo (63).

Por nuestra parte entendemos que «el texto recogido en el artículo 24 de la Constitución de la República constituye un fundamento jurídico-positivo que se adecua perfectamente a la moderna concepción de la responsabilidad del Estado, no planteando la exigencia, para que el Estado sea responsable del daño que causa, ni de culpa ni de ilicitud. Es suficiente con que, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección, se cause un daño que aquel que lo sufre, no tiene obligación jurídica de soportar». El elemento subjetivo sí es requerido por la norma constitucional para configurar la responsabilidad del funcionario (64).

En tal sentido, nuestra Constitución resulta conforme a las recomendaciones formuladas en la materia por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo reunido en la ciudad de México en 2014, que se transcribe en el apartado V.

(58) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., *La Constitución uruguaya de 1952*, T. I, p. 314.

(59) DEUS, S., *Responsabilidad civil del Estado*, en L. J. U., T. XCIV, pp. 31 ss.

(60) GAMARRA, J., ob. cit., p. 14.

(61) RISSO, M., ob. cit., p. 35. RISSO cita, en apoyo de este enfoque, la opinión vertida sobre el punto, por el Senador Fusco, durante el debate casi inexistente sostenido sobre el texto vigente, en la Cámara de Senadores: «... la responsabilidad del Estado y de sus órganos es tan absoluta que ellos responderán civilmente cuando haya daño, aunque los órganos causantes del daño hayan obrado dentro de su competencia y en interés del servicio público que atienden. No se exigen para hacer viable la reclamación, el abuso, el exceso o desviación de poder. Basta la existencia objetiva del daño, de acuerdo con el artículo 24 para que la responsabilidad del Estado exista.»

(62) GAMARRA, J., ob. cit., p. 93 y 94.

(63) Conf. RISSO, M., ob. cit., p. 39; el mismo concepto se recoge en la noción de lesión tomada por GARCÍA DE ENTERRÍA.

(64) «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.»

3. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL (65)

En la jurisprudencia nacional son observables los siguientes criterios:

i. En general, se exige la antijuridicidad de la conducta causante del daño, así como la configuración de una «falta de servicio», salvo cuando se trata de responsabilidad por acto legislativo. Pueden citarse como ejemplos de este criterio, los siguientes fallos de Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo: núm. 17/017-2 de 24 de febrero de 2017, 45/016-2 de 21 de setiembre de 2016, 37/016-2 de 18 de agosto de 2016, 55/016-4 de 4 de agosto de 2016, 49/016-4 de 28 de julio de 2016, 44/016-4 de 9 de junio de 2016, 38/016-4 de 2 de junio de 2016, SEF-0109-000024/2016-1 de 31 de mayo de 2016, 36/016-4 de 26 de mayo de 2016, 16/016-1 de 9 de mayo de 2016.

Concretamente, en el Considerando I) de la última sentencia mencionada, se expresa: «Esta proveyente se afilia a la posición doctrinaria y jurisprudencial que estima que el Estado responde civilmente a título subjetivo, excepto en los casos expresamente previstos como responsabilidad objetiva por normas especiales.»

Un supuesto de norma especial que consagra la responsabilidad objetiva es la aludida por sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo núm. 6/018-1 de 14 de febrero de 2018, referente al régimen reparatorio de la prisión en supuestos en que no medie condena (art. 4.º de la Ley núm. 15.859 de 31 de marzo de 1987). Expresa la parte expositiva de dicho fallo:

«11. El régimen reparatorio de la prisión en supuestos de que no medie condena es el previsto en la Ley núm. 15.859 art. 4 ya convocada *ut retro*, que tiene asiento en la responsabilidad objetiva del Estado y asigna un verdadero derecho a percibir en dinero la indemnización de los perjuicios materiales y morales de ella derivados.

12. Ciertamente esta es una de las excepciones legales vigentes al principio de responsabilidad subjetiva de la Administración y al caso implica que no se debe valorar si hubo o no falta en el servicio de justicia al disponer el procesamiento del Sr P. G. (ej si se reunieron los requisitos del art. 125 del C. P. P.), sino que objetivamente no recayó condena (obviando los supuestos en que ello no ocurre por alguna de las previsiones del inciso 2 del art. 4 Ley núm. 15.859).

13. Ahora bien, esta responsabilidad objetiva únicamente comprende los perjuicios materiales y morales que dimanen del hecho mismo de la prisión indebida, toda otra reclamación por otro u otros conceptos, se rige por la tesis de responsabilidad subjetiva y allí el actor debe acreditar que el servicio de justicia funcionó mal, con retardo o no funcionó conforme a derecho.»

ii. No obstante, en muchos casos se proclama el principio de la necesidad de la culpa, pero cuando la ley invierte la carga de la prueba de la culpa, se aplica tal rigor en la apreciación de la prueba del descargo, que revela una adhesión al

(65) Con mayor detalle sobre la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado, ver VÁZQUEZ, C., «Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad de los concesionarios», en *Estudios de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2011, pp. 201 ss. cit.

principio de la responsabilidad objetiva y no al de la proclamada responsabilidad por culpa.

iii. En otros casos, se alude a la responsabilidad objetiva, pero se aplican los principios generales del Derecho Privado, que incluyen también hipótesis de responsabilidad subjetiva.

iv. En los casos de responsabilidad por acto legislativo se admite la obligación reparatoria sin que se den los elementos de antijuridicidad o de configuración de falta de servicio, y con total independencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley respectiva, bastando que el acto cause un daño de características especiales: daño específico, excepcional, concreto, evaluable en dinero y que el particular no está obligado a soportar por sí solo, para la satisfacción del interés general.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD DE ENTIDADES INSTRUMENTALES

Particularmente interesante resulta, a su vez, el análisis de la responsabilidad del Estado por la actividad de las llamadas personas jurídicas instrumentales o en el marco de cualesquiera acuerdos que, incluso, puedan en adelante situarse bajo la «noción sombrilla» de Participación Público Privada (PPP).

Citando a Ballesteros Fernández (66), Delpiazzo (67) define a los entes instrumentales como «personas jurídicas constituidas o creadas por una administración pública, dotadas de personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidades del ente matriz.»

Esta nueva modalidad de actuación de la Administración a través de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público es objeto de análisis doctrinario, ya en 1950 en España, por Villar Palasí (68), quien hace referencia a la crisis de los conceptos tradicionales del Derecho administrativo. En cualquier caso, a juicio de este autor, es inadmisibles montar ese régimen sobre una pura exención del régimen general, dando lugar a serios problemas referidos a los controles y responsabilidad estatales.

Desde diversos ámbitos de aquel país se ha señalado que la variada tipología de entidades instrumentales para la prestación de cometidos de interés público no puede suponer la elusión de normas aplicables ni la merma de garantías que el ordenamiento jurídico tiene establecidas con independencia de las variadas formas de personificación que se pueden adoptar. Tales entidades deben respetar las reglas

(66) BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., «La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 300-301, Madrid, 2006, p. 565.

(67) DELPIAZZO, C., «Responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho», en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 32, núm. 5, 2009, pp. 324 ss.

(68) VILLAR PALASÍ, J.L., «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración pública*, núm. 3, 1950, pp. 54 a 130. *Vid.*, asimismo, DEL SAZ CORDEIRO, S., «La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en *Revista de Administración pública*, núm. 133, enero-abril, 1994.

de actuación de la Administración Pública y el derecho de los ciudadanos a una buena administración (artículo 149.1.18 de la Constitución española) (69).

Con el clásico gracejo español, y refiriendo a la «fundación» –una de las figuras de entidad instrumental pergeñadas por su ordenamiento jurídico– el profesor Sosa Wagner expresaba: «Con la moderna fundación no se produce una simple “huida” del Derecho administrativo: más allá, todo permite pensar que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yazca en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el Derecho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el Derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante pero siempre fiel» (70).

Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 154/1986 de 31 de enero, analizando la actuación de la Administración pública mediante entidades personificadas bajo formas de Derecho privado, afirmaba que: «Parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.»

Como señala del Castillo Vázquez, «de acuerdo con esta línea de concepción, la personalidad jurídica se manifiesta plenamente *ad extra*, es decir, en sus relaciones con los terceros; pero resulta deficiente *ad intra*, o sea, en las relaciones internas que ligan al ente personificado con su Administración fundadora, en una tacha que se constata en la caracterización del ente fundacional como mero instrumento en manos de la Administración pública, por ella creado, manejado, utilizado y –cuando así conviene–, extinguido, con el propósito de asegurar la eficacia en la gestión de determinadas funciones que les transfiere, marginando de esta guisa al Derecho administrativo y buscando fórmulas de actuación más aptas, que de ninguna manera suponen una mengua en sus poderes de dirección y control...» (71).

Para superar las deficiencias en materia de control y responsabilidad, derivadas de este tipo de entidades, aparece como solución de origen jurisprudencial que procura iluminar la realidad detrás del disfraz, el mencionado *disregard of legal entity* o «técnica del corrimiento del velo», de origen norteamericano, que procura «desenmascarar» la real titularidad estatal más allá de la personificación del ente instrumental (72).

(69) Así, por ejemplo, en el dictamen núm. 396/2005 del Consejo Consultivo de Andalucía.

(70) SOSA WAGNER, F., «Cuando la máquina de legislar ruge (a propósito del Código de Fundaciones)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 576, Parte Opinión, Edit. Aranzadi, 2003.

(71) DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C., Actuando en Fundación (La «Tierra Prometida» en los entes instrumentales), ponencia elaborada por Isabel-Cecilia del Castillo Vázquez, http://www.unileon.es/info_gral/congresos/gerencia/ponencias/dia22_3_4.pdf.

(72) OLIVERA GARCÍA, R., y OLIVERA AMATO, J.M., «El *disregard of legal entity* en la jurisprudencia», en *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, 2004, T. 10, pp. 360 ss.; PAREJO ALFONSO, L., «El juego de la técnica del levantamiento del velo; el caso de personas jurídicas creadas por o en mano de la Administración pública», cit. por DELPIAZZO, C., *Responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho*, cit.

En su trabajo sobre el *disregard* o inoponibilidad de la personería jurídica, Nuri Rodríguez y Carlos López (73) llaman la atención sobre el modo en que la técnica de la personería jurídica puede ser utilizada con fines distintos a los tutelados o con fines ilícitos: «En efecto, como la creación de la personería jurídica societaria es fruto de la libre voluntad de los particulares, ha sucedido y puede seguir sucediendo que se cree, por ejemplo una sociedad persona jurídica, con el solo fin de ocultarse detrás de ella, como detrás de una máscara, actuando en el mundo de los negocios en forma encubierta.»

Ante tal circunstancia, como señalan los autores mencionados, surge como creación de la jurisprudencia norteamericana, la solución de prescindir de la personería jurídica que supone un uso indebido del negocio societario.

Dicha jurisprudencia norteamericana fue luego adoptada de modo sucesivo en Europa y Latinoamérica, incluyendo Argentina y nuestro país, en particular.

Nuri Rodríguez y Carlos López proporcionan diversos ejemplos de empleo indebido de la personería jurídica, tales como el caso de creación de una sociedad testaferro para limitar responsabilidad o ejercer actividades prohibidas por cuestiones personales; para defraudar derechos del cónyuge o de los herederos forzosos; para eludir acreedores; para crear conjuntos económicos, traspasando utilidades o distribuyendo bienes y deudas entre sociedades que lo integran; etc.

A modo de síntesis, expresan: «Las maniobras posibles son tantas como las que el ingenio humano puede elaborar.» Y mencionan la multiplicidad de denominaciones que el instituto recibe –*disregard of legal entity* en el Derecho americano, prescindencia o desestimación de la personería jurídica, penetración de la personería jurídica, o superación de la personería jurídica, entre otras– justificándolo en la necesidad de descender el velo o quitar la máscara de la personería jurídica, para evitar el abuso de esta.

Esta perspectiva procura sincerar aquellas «situaciones en que la técnica de la personería jurídica se utiliza en oposición a los fines que llevaron al legislador a consagrarla», prescindiendo de la forma jurídica adoptada o corriendo el velo de esa forma engañosa, para constatar la realidad enmascarada, a efectos de aplicarle el Derecho que corresponde (74).

En nuestro Derecho positivo, el instituto es recogido en la Sección XV «De la inoponibilidad de la personalidad jurídica» de la Ley de Sociedades Comerciales núm. 16.060 de 4 de setiembre de 1989.

El primer inciso del artículo 189 (Procedencia), primero de dicha Sección, dispone que: «Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.»

(73) RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C., *¿Qué es el disregard o la inoponibilidad de la personería jurídica?* en <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespSociedadesPersonI-nop01.htm>.

(74) RODRÍGUEZ Y LÓPEZ mencionan doctrina moderna que, siguiendo a ASCARELLI, objeta la necesidad de acudir a la teoría del “disregard of legal entity” por entender que, en realidad, no se prescinde de la personería jurídica. Lo que en realidad ocurre es que no se aplican las normas de sociedades comerciales con la diferenciación del patrimonio de la sociedad y de los socios y con toda su estructura de responsabilidades, porque se trata de casos en que faltan requisitos específicos para la existencia del negocio societario. Así, RIPERT refiere a la existencia de una simulación.

Existen otros ejemplos en que el ordenamiento permite prescindir de la personería jurídica, como es el caso de la Ley núm. 13.426, en que es la propia ley la que regula la prescindencia con alcances generales, a diferencia de la solución de la Ley núm. 16.060 que regula una desestimación jurisdiccional, a través de un proceso que culmina con una sentencia con efectos para el caso concreto que no afecta a terceros de buena fe. Sin perjuicio del fallo de inoponibilidad, la sociedad subsiste como contrato y como persona, aunque no es oponible al accionante.

Arratibel Arrondo (75) expresaba al respecto que, en España, los tribunales vienen reconduciendo poco a poco la huida del Derecho público, a sus justos términos. «Y es que, pese al disfraz que adopta, detrás de esas empresas se encuentra un poder público responsable de la prestación del servicio, que nombra y cesa a los directivos de esa empresa, que aprueba o autoriza las decisiones más relevantes, que financia sus actividades, en suma, que se sirve de esa organización para el cumplimiento de sus fines. Como poder público está sujeto por una serie de mandatos constitucionales de los que no puede separarse; a lo sumo de manera transitoria, lo que tarde en responder el sistema jurídico.»

La doctrina del Tribunal Constitucional español responde a este fenómeno, refiriendo a la «relación de dependencia» de esas entidades respecto de los poderes públicos (STC 35/83), aludiendo a su instrumentalidad en cuanto «remiten su titularidad final a una instancia administrativa, inequívocamente pública» (STC 14/86); y señalando que el régimen de Derecho privado adoptado para algunos aspectos de su actuación no exonera del deber de respetar el orden constitucional (STC 52/94).

La jurisprudencia comunitaria muestra avances en el mismo sentido, como resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96), en que —a los efectos de determinar la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre contratación pública— se define como organismo de Derecho público cualquier organismo con personalidad jurídica creado para servir necesidades de interés general y cuya actividad dependa de una entidad pública territorial o de otro organismo de Derecho público.

En Uruguay, uno de los aspectos objeto de preocupación para los legisladores, con ocasión de la discusión de la Ley de Participación Público Privada, fue precisamente el referido al control de los contratos celebrados en su marco, tanto respecto del control parlamentario como del asignado al Tribunal de Cuentas de la República.

En reunión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes del día 16 de febrero de 2011, el Presidente del Tribunal de Cuentas, Siegbert Rippe, aludía al fenómeno de la «huida del Derecho administrativo».

Como señala Martín-Retortillo (76), dicha «huida» constituye una de las cuestiones a las que mayor atención dedica la doctrina jurídico-administrativa de nuestros días. Empleando palabras de Fleiner, con ella se designa la circunstancia de

(75) ARRATIBEL ARRONDO, J.A., en <http://noticias.juridicas.com/articulos/25-Derecho%20Sanitario/200701-1115155193931644.html>.

(76) MARTÍN-RETORTILLO, S. (Profesor de la Universidad Complutense de Madrid), Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo, en *Revista de Administración Pública*, núm. 140, mayo-agosto, 1996, pp. 25 ss. La cita a Fleiner refiere a *die Flucht ins Privatrecht* (FLEINER, F., *Derecho administrativo*, Barcelona-Madrid, 1993, 263).

abandono progresivo de procedimientos propios del Derecho público, para dar paso a la utilización de fórmulas de Derecho privado.

El autor analiza el fenómeno previo –de afirmación del Derecho administrativo como Derecho propio de las Administraciones Públicas– basado en la idea de que el Derecho privado resulta institucionalmente inservible a la Administración, en cuanto «Poder público» que actúa para el cumplimiento de fines públicos; idea esta que implica la insuficiencia de las instituciones civiles para atender los objetivos de dicha Administración. En esta perspectiva fuertemente juspublicista, el Derecho administrativo se presenta como un ordenamiento derogatorio del Derecho común, caracterizado por prerrogativas (presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, inembargabilidad de los bienes públicos) y sujeciones (publicidad, controles y régimen especial de responsabilidad de la actuación administrativa) exorbitantes de dicho Derecho común.

A partir de estas consideraciones, detrás del «disfraz» de las entidades instrumentales, los autores han procurado –en opinión que compartimos– afirmar la aplicabilidad de tales controles y responsabilidad del Estado, postulando la «comunicabilidad» de la responsabilidad y adoptando, para este ámbito, la teoría del «disregard of legal entity».

En tal sentido, entonces, también en este caso resultan de aplicación los principios de la responsabilidad del Estado consagrados en el artículo 24 de nuestra Constitución. Adicionalmente a los argumentos que puedan utilizarse en el contexto de la teoría del «disregard», corresponde tener en cuenta que el texto de dicho artículo hace al Estado responsable por los daños causados a terceros, no solo en la ejecución de los servicios públicos confiados a su «gestión» sino también cuando han sido confiados a su «dirección».

5. PROSPECTIVA. CARTA DE MÉXICO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

A continuación, se transcribe la Carta de México sobre responsabilidad patrimonial del Estado, en la que se recoge la perspectiva de los especialistas iberoamericanos de Derecho Administrativo, en la materia:

«El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, reunido en la Ciudad de México los días 13 y 14 de octubre de 2014, tras el debate de sus miembros sobre los aspectos relevantes de la responsabilidad patrimonial del Estado en los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica, con el fin de contribuir a la construcción de un Derecho Administrativo Global, deliberó en torno a los siguientes aspectos relativos al tema en los Poderes Públicos de los países iberoamericanos:

1. La responsabilidad patrimonial del Estado como principio fundamental del Estado de Derecho. La responsabilidad patrimonial del Estado en el ejercicio de las funciones públicas consiste en un principio fundamental inherente al Estado de Derecho, como consecuencia directa de la sumisión del poder público al sistema normativo y elemento imprescindible para garantizar la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Por lo tanto, se recomienda que los Estados iberoamericanos incorporen a sus ordenamientos jurídicos de manera expresa el deber de los Poderes Públicos de reparar los daños causados a las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

2. El Estado Constitucional de Derecho debe excluir la irresponsabilidad del Poder Público, sin admitir espacios de impunidad estatal que afecten el deber de reparar los daños injustos causados por el ejercicio de sus funciones, no solo de la administrativa sino también de las demás funciones estatales, con inclusión de los casos de su funcionamiento regular, siempre que ocasionen una violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

De conformidad con dicho principio, se recomienda que los Estados iberoamericanos adopten reglas legales atributivas de responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio de todas sus funciones, eliminando de sus ordenamientos jurídicos las previsiones normativas y prácticas jurisdiccionales que acepten espacios de irresponsabilidad estatal.

3. Autonomía de la responsabilidad patrimonial del Estado frente al régimen del Derecho Civil. El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un perfil propio y diferente de la disciplina que el Derecho Civil confiere al tema de la responsabilidad patrimonial entre sujetos privados, habida cuenta de la posición vulnerable del ciudadano en su relación con el Estado y la existencia de múltiples actividades estatales que pueden afectar a la ciudadanía. Los requisitos para la configuración del deber estatal de reparar los daños causados, no son los mismos exigidos para generar la responsabilidad patrimonial en los términos del Derecho Privado.

En esa línea, se recomienda que los Estados iberoamericanos establezcan un régimen jurídico específico y autónomo para la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños causados a los particulares, que tenga en cuenta las peculiaridades de la relación existente entre los sujetos privados y el Estado, especialmente: (i) la dificultad del particular de comprobar quien fue el agente público autor de los daños sufridos; (ii) la dificultad del particular para comprobar la culpa o dolo del comportamiento estatal; y (iii) la necesidad de garantizar la solvencia para la reparación de los daños y, por ende, la ejecución de la condena judicial.

4. El Estado no responde patrimonialmente solo por sus conductas ilícitas, sino también por sus actividades lícitas, siempre que el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas sea afectado, independientemente de la existencia de culpa o dolo en las conductas de los agentes públicos. En términos de Derecho Público, el Estado responde por sus actos ilícitos siempre que: (i) actúe contrariamente a la ley o al Derecho; (ii) ocasione un daño material o moral a las personas; (iii) exista un nexo causal entre la conducta imputable al Estado y el perjuicio generado. En el ejercicio de su actividad lícita, el Estado también puede provocar perjuicios injustos, cuando genera un daño especial y anormal sobre la esfera jurídica de quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, creando con ello una situación de desigualdad de las personas frente a las cargas públicas. Así, ni la antijuridicidad, entendida como actuación contraria al Derecho, ni la culpabilidad, concebida como la exigibilidad de adoptar conductas distintas, constituyen elementos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos, ya que lo fundamental es la producción de un daño injusto causado por una conducta imputable al Estado.

En este aspecto, se recomienda que los Estados iberoamericanos no exijan en sus ordenamientos que la víctima del daño producido por el Estado

tenga que probar la culpa o el dolo como requisito para generar el deber estatal de reparación, ni tampoco el requisito de una conducta estatal ilícita. En otras palabras, debiera ponerse énfasis sobre el daño sufrido y no sobre su causante para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. En los sistemas jurídicos que establecen la responsabilidad patrimonial directa del Estado, si sobreviene la condena del Poder Público para reparar el daño, este tiene el deber –y no la mera facultad– de repetir contra el agente responsable, cuando este actúa de manera dolosa o culposa. La responsabilidad patrimonial directa del Estado, si bien representa muchas veces una garantía para la víctima del daño, no puede conllevar la impunidad de los agentes negligentes o malintencionados. Para evitar que la conducta dañosa se reitere, es necesario que la Administración, una vez condenada a reparar el perjuicio, repita contra el agente público que lo generó, cuando se pueda comprobar que su actuación fue culposa o dolosa, evitando que la responsabilidad directa del Estado funcione como un escudo protector ante la ineficiencia o mala fe del servidor público.

Por lo tanto, se recomienda que los Estados iberoamericanos establezcan en sus ordenamientos jurídicos que, una vez condenado el Estado a reparar un daño provocado por sus agentes, este tiene el deber de repetir contra los responsables en los casos de su dolo o culpa.

6. La transgresión estatal de la Constitución o de los tratados y convenciones internacionales por acción u omisión genera la responsabilidad patrimonial del Estado. El principio de buena administración impone al Estado el deber –y asegura a las personas el derecho– de reparación de todos los daños injustos causados por violación de los mandatos constitucionales y convencionales, incluso en los casos de omisión en el cumplimiento de deberes positivos de actuación. No solo la actuación comisiva contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, sino también la inactividad en su implementación efectiva pueden traer perjuicios injustos a la ciudadanía.

En consecuencia, se recomienda que los Estados iberoamericanos adopten todas las medidas necesarias para el cumplimiento real y efectivo de los principios y normas constitucionales y convencionales, incluyendo en sus ordenamientos la responsabilidad patrimonial del Estado y adhiriendo a los sistemas de responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos.»

6. EL ACCESO A LA REPARACIÓN Y REFLEXIONES FINALES

En trabajo reciente, de investigación de la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado (77), se recuerda que –en el «Democracy Index» de *The Economist*, que clasifica a los países en cuatro categorías (democracias plenas, democracias defectuosas, sistemas híbridos y sistemas autoritarios)–, solo dos países de América aparecen como democracias plenas: Canadá y Uruguay.

Sin perjuicio de ello, los participantes en dicha investigación lamentan que la jurisprudencia se haya inclinado mayoritariamente, en Uruguay, por exigir el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo a la acción reparatoria. Tal

(77) *Revista de Derecho* (UCUDAL, Facultad de Derecho), núm. 16, Montevideo, dic. 2017, Versión impresa issn 1510-3714, Versión online ISSN 2393-6193, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1479>.

sesgo obedece a una lectura del artículo 312 de la Constitución de la República, que se aparta del realizado por la doctrina casi unánime en este punto.

El artículo 312, con redacción modificada en Reforma Constitucional aprobada por plebiscito de 8 de diciembre de 1996, dispone:

«La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y solo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.

El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por este causado.

En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación.»

Como bien destaca la investigación, existen diversos tipos de argumentos para afiliarse a la posición doctrinal mayoritaria respecto al artículo 312, que rechaza la exigencia de la prejudicialidad (exigencia del agotamiento de la vía administrativa), entre los que menciona las razones de interpretación del propio texto desarrolladas por dicha doctrina, así como los antecedentes de la modificación, «que demuestran en forma inequívoca qué se quiso hacer con esta disposición (la posición minoritaria implica ir contra la voluntad de los redactores): un texto con un sentido claro, redactado por especialistas y que consagrara, plenamente y sin prejudicialidades, el derecho de acceso efectivo a la justicia (o tutela judicial efectiva)» y, por supuesto, la única lectura de la norma que lleva a la solución compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Queda, entonces, como primer logro pendiente para garantizar una tutela jurisdiccional efectiva en materia de responsabilidad del Estado en Uruguay, la adecuación de la jurisprudencia a la recta interpretación del artículo 312 de la Constitución, de modo que habilite el acceso a la reparación sin el previo agotamiento de la vía administrativa.

En lo que tiene que ver con el principio de responsabilidad del Estado desarrollado en los apartados anteriores, también se esperarí un avance de la jurisprudencia hacia lecturas del artículo 24 de la Carta, con ampliación de los supuestos en línea con la visión de la doctrina, incluidos los casos de responsabilidad por actividad de las entidades instrumentales.

Sin perjuicio de lo expuesto –teniendo presente lo expresado respecto a que el concepto de responsabilidad es un concepto histórico– corresponde preguntarse si podrán mantenerse incambiadas las conclusiones, en circunstancias excepcionales como la de emergencia sanitaria que hemos atravesado, u otras similares que determinen el empleo de potestades que exorbitan reglas normales de competencia y contenido de los actos.

Quizás las consideraciones en favor de los criterios objetivos de imputación del daño puedan sostenerse para los supuestos de responsabilidad *in comitendo*, en que el Estado adopta decisiones –como las antes mencionadas– que causan daños al restringir o de alguna manera afectar derechos fundamentales.

Más complejo resulta –como incluso antes de estas nuevas circunstancias señalaba Bandeira de Mello– el caso de responsabilidad *in omitendo*. En efecto, cabe plantear que, en circunstancias de tan enorme dimensión y alcance tan extendido como las disparadas por una pandemia, sea razonable morigerar conclusiones demasiado radicales, admitiendo para algunas situaciones el quiebre del dogma de la responsabilidad objetiva del Estado, siquiera en lo que tiene que ver con los supuestos de daño resultante de omisión.

Ollis salus populi suprema lex esto (Sea la salud del pueblo la ley suprema), nos alertaba Cicerón; y es difícil concebir que el Estado pueda honrar tal mandato, si se ve desbordado por una responsabilidad a la que circunstancias tan extraordinarias delinean ribetes casi infinitos.

Resulta interesante mantenerse atentos observando la respuesta de la justicia a diversos planteos. En particular, interesa, por ejemplo, el caso de demandas presentadas por familiares de víctimas de COVID-19 ante la justicia de Bérgamo (norte de Italia), con fecha 10 de junio de 2020, por negligencia y errores en el manejo de la pandemia que causó la muerte de más de 34.000 personas. Entre las acusaciones se incluye la demora en declarar la ciudad «zona roja», anteponiendo razones económicas de esa próspera zona industrial, a las sanitarias.

También ha trascendido el caso de demandas contra el Estado, por la demora en el cierre de bares, hoteles y remontes mecánicos en las pistas de esquí de Ischgl, en los Alpes de Austria. En este caso, la accionante principal ha sido la organización austríaca de consumidores Verbraucherschutzverein (VSV) en Viena, organizadora de una acción colectiva contra las autoridades del Tirol. La organización ha recibido consultas de más de 2.500 turistas, la mayoría alemanes, además de personas provenientes de Dinamarca, Suiza, Austria e incluso en los Emiratos Árabes. Muchos de esos turistas llevaron consigo el COVID-19 y dispararon un brote de cierta magnitud.

Por otro lado, tenemos el caso de la sentencia del Consejo de Estado francés de 18 de mayo de 2020, instando al Estado a «cesar sin demora» el uso de drones para vigilar el cumplimiento de las reglas de desconfiamiento en París, señalando que dicho uso «constituye una violación grave y manifiesta al derecho al respeto de la vida privada». La acción se había planteado por la Liga de los Derechos Humanos (LDH) y la asociación de defensa de los derechos y las libertades en internet (La Quadrature du Net).

Los ejemplos mencionados revelan que –en un escenario como el que ha dibujado la pandemia– la responsabilidad del Estado puede cobrar dimensiones espectaculares y nunca vistas. Puede ser llamado a responsabilidad, tanto por la adopción de decisiones que se entienden lesivas de derechos –como la del uso de drones para vigilancia en París– como por la omisión en tomar acciones preventivas o correctivas, según lo demuestran las demandas de Bérgamo y de las pistas de esquí austríacas.

Estas realidades nos obligan, entonces, a observar y repensar toda la Teoría de la Responsabilidad del Estado, que creíamos suficientemente madura, pero que, nuevamente y haciendo honor a su condición de concepto histórico, deberá terminar adecuándose a las nuevas circunstancias.

