

hay fallos donde se alega la incompetencia de dicho fuero porque no están habilitados para estudiar la legalidad/regularidad de la actuación administrativa de donde nace el reclamo indemnizatorio (18), aunque coexistiendo con otros fallos del fuero civil donde se declaran competentes para entender la materia (aunque rechazan las demandas por otras razones) (19).

Más allá del análisis realizado, cabe tener presente que la situación planteada va en detrimento de los derechos del justiciable, quienes, habiendo sido afectados por una actuación irregular de la administración pública, no pueden ver satisfechas sus indemnizaciones debidas porque las jurisdicciones civiles, laborales y contencioso-administrativas se declaran incompetentes, respectivamente. Además, ello va en total detrimento de la seguridad jurídica, pues al final de cuentas no existe la certeza del fuero competente en la materia. Aunque se justifiquen las razones de la competencia del fuero contencioso-administrativo, si este no asume dicha competencia, el afectado es el justiciable y la consecuencia es la existencia de un daño que no se indemniza.

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si bien existe una disposición constitucional (art. 39) que dispone: «Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado», con lo cual se puede afirmar que la responsabilidad extracontractual (así como la contractual) de la Administración es directa, aun existiendo una actuación ilícita o irregular de sus funcionarios, otra disposición de la misma Constitución (el art. 106) (20) establece que esa responsabilidad del Estado será subsidiaria en casos de transgresiones, delitos o faltas de los agentes estatales en el ejercicio de una función pública.

Con ello queda declarada la responsabilidad directa de la Administración en caso de actuación lícita (contractual o extracontractual) de sus funcionarios y la responsabilidad subsidiaria o indirecta del Estado en caso de una actuación irregular de los mismos. Esto va en contra de la mayoritaria corriente doctrinaria y legis-

(18) Acuerdo y Sentencia núm. 52 de fecha 17 de junio de 2009, de la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia.

(19) Acuerdo y Sentencia núm. 96 de fecha 24 de julio de 2014, de la Cuarta Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial; Sentencia Definitiva núm. 555 de fecha 26 de agosto de 2014, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital; Sentencia Definitiva núm. 605 de fecha 17 de setiembre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital.

(20) «En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto». De igual manera, el artículo 1845 del Código Civil paraguayo prevé que «Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del estado, de las Municipalidades y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y copartícipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos».

lativa de diversos países, donde rige un sistema de responsabilidad directa de la Administración, aun en caso de actuaciones irregulares.

El obstáculo que ello presenta a los ciudadanos es la posibilidad de que los representantes de las instituciones públicas pretendan que toda acción de reparación de daños se dirija primero contra el funcionario, en juicio que puede durar mucho tiempo, para luego reclamarle al Estado en caso de insolvencia de ese funcionario, en otro juicio que puede durar igual o mayor tiempo.

Como plantea el profesor Chase Plate, Paraguay debería inscribirse en la responsabilidad directa de la Administración, aún en los casos de actuación irregular de sus agentes, sin que ello haga mella en la principal obligación del funcionario de resarcir los daños producidos con su conducta ilícita o irregular, o de que se repita contra el mismo todo cuanto el Estado abone por tal concepto. Lo que se quiere significar es que la responsabilidad del Estado debe existir allá donde se ocasione un perjuicio por falla o falta de servicio (configurada en el Derecho francés) en la actividad estatal; y que esa responsabilidad es independiente del deber principal del funcionario cuya actuación irregular o ilegal ha provocado el daño indemnizable.

El constituyente paraguayo no ha tenido la claridad suficiente para percibir que la responsabilidad directa de la Administración no implica un acto de impunidad contra el funcionario, dado que la responsabilidad principal de éste persiste y debe pagar antes o después que lo haya hecho el Estado, sino que se erige en la garantía que toda Administración debe brindar a los ciudadanos, demostrando ser el primer pagador en un régimen que pretende regirse por el Derecho, dando el ejemplo para exigir igual conducta de todas las personas dentro de su territorio. La responsabilidad directa da seguridad y allana el camino para que el particular sea resarcido por la vulneración injusta que ha sufrido sobre sus derechos; conservando el funcionario la responsabilidad principal y directa de sus actuaciones y obligado a reembolsar cuanto el Estado pague por actuar negligente.

De hecho, aun existiendo esa responsabilidad subsidiaria del Estado, lo que implica que primero debe exigirse la reparación del funcionario que obró irregularmente, el día a día de nuestro contencioso-administrativo nos refleja que, en las demandas contra actos administrativos irregulares, éstas son instauradas contra la Administración y las sentencias condenatorias conminan su ejecución contra el Estado. El funcionario que dictó el acto irregular, sencillamente, no aparece ni es mencionado en el litigio. Quien termina pagando por el acto irregular es *directamente* el Estado. El constituyente no ha vislumbrado la necesidad de establecer mecanismos más efectivos para garantizar la asunción de responsabilidades por parte de los funcionarios, perdiéndose en el camino de la objetividad o subjetividad del esquema de responsabilidad.

Esta opaca interpretación del constituyente paraguayo puede leerse en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente:

«quiero aclarar a un preopinante que la culpa objetiva del Estado ya la hemos relacionado, como bien se dijo en el artículo 37. Allí el Estado es responsable y la ley va a reglamentar esa posibilidad, no importa si hay culpa, infracción o lo que sea, del funcionario público. Estado, en uso de sus atribuciones y en actividades ilegítimas, como un daño, es responsable. ¿Por qué? Por la culpa objetiva. Ahora, lo que queremos reglamentar es la culpa subjetiva del Estado cuando el Estado legítimamente no comete un daño, sino cuando el estado por

error, o por infracción, o por dolo, o por culpa de su funcionario público, comete el daño. Entonces, no en todos los casos el estado va a ser responsable. Vamos a ser claros. Si en las actas figura que es aceptada por la Comisión Redactora la interpretación que queremos dar a la palabra 'contingente', que necesariamente va a ser una ley que va a reglamentar cuándo el Estado será o no responsable, teniendo en cuenta los distintos tipos de responsabilidad, solidaria, subsidiaria y contingente, estoy de acuerdo. Retiro mi moción y me adhiero al texto de la Comisión Redactora con ese sentido, con esa acepción, pero no comparto, y esto que quede bien claro en las actas, la tesis de un preopinante de que en todos los casos el Estado va a ser responsable... porque, señores, así vamos a crear el gran negocio. Los juicios contra el Estado. Vamos a quebrar nuestro Estado y realmente va a pasar, como en otros países muy cercanos, donde se manejaron seis mil millones de dólares en juicios irregulares contra el Estado. Yo no quiero para mi Estado esa concepción de que es el botón donde todos van a acudir en defensa de sus derechos y hacerle pagar, en todos los casos, al Estado cualquier daño que exista en cualquier lugar del país. Vamos a crear la responsabilidad del Estado pero dentro de un marco jurídico preciso, claro, donde se distinga eficazmente cuándo va a ser responsable el Estado, porque queremos un Estado responsable, pero no queremos un Estado pagador de todos los errores del mundo» (21).

«Ahora bien, nos hemos cuidado muy bien de poner una cláusula al final que dice que: sin perjuicio de la responsabilidad contingente del Estado que debe procurar su resarcimiento. ¿Qué quiere decir esto? Que el Estado no le va a dañar al tercero, pero le va a perseguir al funcionario público en procura de ese resarcimiento. Eso es que claramente queda establecido en la parte final del art. 105. Creo que queda aclarada la observación, ciudadano presidente, y muchas gracias» (22).

Como puede leerse, la aclaración no hace más que oscurecer la intención que se tenía. No se ha dimensionado que el análisis de legalidad de las actuaciones administrativas (el único que cabe en tratándose de una actividad estatal) no requiere ni permite un análisis de la voluntad del funcionario público interviniente (ni del Estado en forma abstracta). En las actuaciones de los organismos y agentes públicos nada importa la intención del agente estatal, importa solo si la voluntad de las disposiciones legales y reglamentarias se han cumplido o no con la actividad administrativa cuestionada.

Así, en la constituyente se extrapolaron indebidamente los conceptos de culpa subjetiva y objetiva, sin considerar, además, el estado de indefensión o de obstrucción que podría acarrearle al ciudadano una concepción estricta de la subsidiariedad, denostando una falta de instrucción acerca del rol de la Administración en un Estado Constitucional de Derecho. Ello, junto con la falta de certidumbre procesal (y de garantías) para hacer valer los derechos frente a la insolvencia del funcionario, nos pudiera haber llevado (como se intentó) a navegar en un mar de dificultades para los más débiles. Y es que alguien podría válidamente entender que la subsidiariedad exige que la acción se dirija de manera previa contra el deudor principal (sin la par-

(21) *Diario de Sesiones* núm. 20, Plenaria, p. 22, Convencional Bernardino Cano Radil. *Constitución de la República del Paraguay con sus Fundamentos*, Latindata, Asunción.

(22) *Diario de Sesiones* núm. 20, Plenaria, p. 23, Convencional Óscar Paciello. *Íbidem*.

ticipación del deudor subsidiario) (23), algo que puede prolongar aún más el proceso, lo que conllevaría a otro proceso igual de penoso cuando se lo quisiera hacer valer contra el Estado (por insolvencia del funcionario) y que pudiera terminar con resultado contradictorio por el hecho de que las pruebas de un juicio podrían no acreditarse en el otro, o por razones procesales, o hacer vulnerable el derecho del particular a ser indemnizado por una eventual prescripción de la acción.

Además, no se tuvo en cuenta la posición desventajosa en que se encuentra el particular para conocer si un acto dañoso es regular o irregular, lo que recién será determinado por el juez. (24) Así, en el supuesto de demandar una reparación por un actuar regular, pero luego determinado irregular o ilícito por el juez civil, el afectado tendrá que iniciar un nuevo proceso contra el funcionario, si éste no formó parte de la litis donde se decretó su irregularidad; todo lo cual hace más tortuoso y oneroso el peregrinar del particular afectado en busca de su indemnización.

En una fuerte crítica, el Dr. Luis de Gásperi, en su Anteproyecto de Código Civil y criticando una redacción similar de la Constitución anterior a la vigente manifestó: «nadie sabe en qué puede consistir la responsabilidad indirecta del Estado, a menos de estimar como la de un fiador civil con derecho a negar su responsabilidad sin la previa excusación de los bienes del deudor principal (...) bien se ve que los compiladores de esa Constitución estaban ayunos de la doctrina civil moderna relativa a la responsabilidad de los entes autónomos del Derecho Público, el primero de los cuales es el propio Estado...».

Los constituyentes no han podido vislumbrar que sin la redacción del artículo 106 constitucional se mantenía la responsabilidad directa del Estado sin desaparecer la obligación principal del funcionario y su obligación de repago en caso que la Administración tenga que pagar por su actuación irregular, ya que esa responsabilidad directa no es eximente de la responsabilidad personal del funcionario, para cuya ejecución solo se deben arbitrar las reglas procesales pertinentes (que entonces ya existían y continúan vigentes, pero sin los dientes necesarios para asegurar su cumplimiento).

Afortunadamente, con sano juicio, la doctrina nacional y la jurisprudencia de los tribunales le han dado un cariz congruente a la interpretación constitucional que, aunque no se refleje en un análisis estricto del término, se orienta en la intención del constituyente y en un análisis sistemático de la Constitución y del Derecho para darle un trato adecuado a la responsabilidad del Estado por la actuación ilícita o irregular de sus funcionarios. Con ello, se ha corregido una definición que, con una interpretación sesgada, pudo habernos llevado por caminos tortuosos.

Producto de ese análisis doctrinario y jurisprudencial, no sin trastraballo (25), en las demandas civiles planteadas contra acciones ilícitas o irregulares de los funcionarios públicos, se admite que sean demandados en forma conjunta el funcionario y el Estado, de modo que éste participe del proceso y pueda hacerse responsa-

(23) Cfr. GONZÁLEZ PALACIOS, Alfredo, «La responsabilidad civil del funcionario o agente público y la intervención del Estado en el proceso», pp. 583-603, en *La Ley Revista jurídica paraguaya*, Año 37 núm. 4, mayo de 2014.

(24) RÍOS AVALOS, Bonifacio, «El Código Civil y la Responsabilidad del Estado», pp. 841-858, *Derecho Privado*, La Ley, Paraguay (Asunción), 2007.

(25) Acuerdo y Sentencia núm. 84/08, de fecha 8 de febrero de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Primera Sala.

ble de manera inmediata ante la falta de pago del agente infractor (responsable directo), con lo cual se evita el doble juicio y desechan las eventuales excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción. Como manifiesta el profesor Bonifacio Ríos: «En nuestro sistema, para el caso de duda de si se trata de acto regular o irregular de los funcionarios, la acción deberá dirigirse contra ambos, es decir, contra el funcionario y el Estado. Solo se suspenderá la ejecución de la sentencia contra el Estado, hasta acreditar la insolvencia del funcionario. Esta solución es la menos gravosa para la víctima en la actualidad, hasta tanto se tenga una regulación más prolija de la materia». (26)

En otro fallo, se ha afirmado que: «la Municipalidad de Villarrica omitió, contra derecho o antijurídicamente, el deber concreto de fiscalización, que pesaba sobre ella como concedente del servicio de distribución de energía eléctrica y alumbrado público. Por lo tanto, corresponde declarar la responsabilidad por los daños sufridos por el menor V. V. en la misma medida de la responsabilidad de la concesionaria, por cuyas conductas ilícitas debe responder en lo atinente al caso concreto, por los motivos ya explicitados. Por otra parte, antes de determinar el monto del resarcimiento debido por la Municipalidad de Villarrica, corresponde realizar las siguientes precisiones: El artículo 1841 establece la responsabilidad solidaria de todas las personas imputables del acto ilícito dañoso. Establece, además, la gradación de la culpa y la importancia de la misma para la correspondiente repetición entre los agentes del acto perjudicial». (27)

Este último precedente es importante para determinar que la Administración debe responder siempre por el daño que ocasione su actuación o que el perjuicio sea causado por un tercero por encargo de la Administración. Queda entonces garantizada la indemnización por *falta de servicio* o servicio defectuoso, aún en los casos en que se recurra a formas privadas para prestar un servicio debido por el Estado (concesión o alianza público-privada) (28).

Con igual inteligencia de responsabilidad del Estado, ante la imposibilidad de determinar la identidad del funcionario negligente, se debe admitir una demanda contra el Estado. Como lo ha manifestado la profesora Buonghermini: «Una decisión en el sentido de privar de acción al particular que se encuentra en el predicamento de desconocer la identidad de su agresor y de no poder establecerla debido a las circunstancias que rodean el hecho significaría una violación a los derechos humanos reconocidos por el Estado Paraguayo, en relación con el acceso a la justicia y a una reparación adecuada por los actos del Estado o sus agentes, consagrado en instrumentos internacionales vigentes, Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 1.º, 2.º, 5.º, 8.º y 25.º, así como la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en sus artículos 3.º, 7.º y 10.º» (29).

Como puede apreciarse, en el plano doctrinario y jurisprudencial se ha ido moldeando la responsabilidad del Estado con criterios que la tornan ecuánime,

(26) *Ibidem*, p. 858.

(27) Acuerdo y Sentencia núm. 114/07, de fecha 26 de marzo de 2007, dictado por la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia.

(28) TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MEZA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 51.

(29) BUONGHERMINI PALUMBO, María Mercedes, «El actuar dañoso del Estado y las formas de responsabilidad civil», pp. 203 a 220, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad nacional de Asunción, Paraguay, 2013, p. 215.

siguiendo la suerte del Derecho administrativo nacional; el que, escasa y algunas veces mal regulado en normas positivas, construyó su base sólida con los principios de su ámbito.

5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PARAGUAY Y CONVERGENCIAS GLOBALES

Ya sabemos que el Derecho, caracterizado como un medio al servicio de la sociedad y, por tanto, en evolución constante, va mutando y se va adaptando con el transcurrir del tiempo (30). De igual manera, el Derecho administrativo (especie del género Derecho) debe adaptarse a esa evolución de la sociedad y ofrecer herramientas válidas para evaluar y tomar decisiones, para realizar un debido control (administrativo y judicial) del mismo, para encontrar y generar espacios de participación y colaboración, así como para tratar de mejor manera los diferentes desafíos que nos depara la realidad (como los avances tecnológicos, los eventos extremos, como una pandemia, el nacimiento de nuevos negocios que aparentemente escapan de los diversos organismos reguladores y caben en diferentes ámbitos, como las fintechs, etc.) (31).

La evolución del Derecho administrativo ha sido evidente y suficientemente destacada en doctrina (32), con las siguientes características:

De una frontera bien delimitada al principio entre el derecho público y el derecho privado, donde a las instituciones estatales correspondía tutelar el interés público (y el ejercicio del poder coercitivo) y a la empresa tutelar su interés patrimonial, se ha pasado a un estado de cosas donde las fronteras ya no son nítidas y existen ámbitos comunes que varían según las circunstancias y el sector regulado. Así, el Estado ha adoptado formas privadas de gestión y organización, como los incentivos por resultados y la creación de organismos instrumentales que se rigen por el derecho privado pero adoptan formas públicas o mixtas de organización; al tiempo que la empresa privada se ha visto obligada a tutelar también el interés público en la prestación de sus servicios (pensar en las empresas de telecomunicaciones, las entidades financieras, etc.).

Con la crisis del Estado liberal del siglo XIX (33), que concebía al Estado y la sociedad como dos sistemas independientes, cada uno con su propia lógica de funcionamiento, y la llegada del Estado democrático, éste pasa a cumplir una función

(30) Aunque su concepción varíe en función del enfoque (positivista o no positivista, realista o normativista, etc.) del que se parte. NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 175 y ss.

(31) RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, octava edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 13 ss.

(32) GIANNINI, M., *El poder público. Estados y Administraciones públicas*, traducción de Ortega Álvarez, L., Civitas, Madrid, 1991; Barnes, J. (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006.

(33) M. S. GIANNINI lo denomina Estado de clase única y subraya como su base política era censitaria, en tanto en cuanto solo atribuía derechos políticos a los ciudadanos más pudientes económicamente –en sus comienzos– (únicamente un 2-3% de la población; a finales del siglo, los porcentajes se situaban en torno al 10%– (*Derecho Administrativo*, traducción de ORTEGA ÁLVAREZ, L., Ministerio para las Administraciones públicas, Madrid, 1991, pp. 65 ss. Ver también, del mismo autor, *El poder*