V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

GIOVANI DA SILVA CORRALO

MARÍA CRISTINA VAZQUEZ PEDROUZO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo, María Cristina Vazquez Pedrouzo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-220-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito administrativo 3. Gestão pública. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

Com grande satisfação participamos do V Encontro Internaciona do CONPEDI, realizado em Montevideu entre os días 8 e 10 de setembro de 2016.

Especialmente gratificante foi o congraçamento dos pesquisadores brasileiros e uruguaios das mais diversas instituições de ensino superior, assim como compartilhar da coordenação do Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública."

Os pesquisadores uruguaios foram os doutores Alejandro Borche e Sonia Sena, com o tema "Incidencia de las Leyes de Acceso y Protección de Datos Personales en la Gestión de la Administración Pública", e os doutores Miguel Larramendi y Miriam Mora, com o tema "La responsabilidad del Estado en la Constitución Uruguaya".

Na sequencia, os pesquisadores brasileiros apresentaram 13 trabalhos sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo contemporáneo: no que tange ao controle da máquina adminstrativa Carla Luana Silva teceu reflexões sobre a ação popular e o controle da Administração Pública e Alanna Maria Lima da Silva sobre a atuação das cortes de contas e as omissões administrativas nas políticas ambientais diante da inexistencia dos planos de manejo; Giovani da Silva Corralo e Bruna Lacerca Cardoso trouxeram considerações sobre a pós-modernidade e as pactuações administrativas com o terceiro setor e com o empresariado; Luiz Felipe Cirino apresentou considerações sobre a responsabilidade dos juízes no direito brasileiro; sobre as concessões e permissões de serviços públicos Marcus Venício Cavassim e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini discorreram sobre a regulação dos serviços de saneamento básico, enquanto que Fernando Gonçalves Rodrigues e Marinella Machado Araújo falaram sobre o serviço público e a exigência de ressignificação e Maria Tereza Fonseca Dias com Jairo Boechat Junior apresentaram seus estudos sobre o conflito de interesses públicos e a extinção de concessão minerária no caso concreto abrangido pelo arco metropolitano do Rio de Janeiro; acerca da governança e do planejamento falaram Marcos Pereira Anjo Coutinho e Edimur Ferreira de Faria; na temática das licitações e contratos administrativos Jean Alves apresentou sobre a compliance como meio de controle juntamente com modelos ergonométricos de identificação e Felipe Cesar Lapa Boselli com Thiago André Marques Vieira acerca do desenvolvimento sustentável e o principio da eficiência; Ana Helena Scalco Corazza e Jonas Faviero Trindade falaram sobre a complexidade dos

honorários de sucumbência dos advogados públicos; Diaulas Costa Ribeiro e Kelle Lobato Costa Ribeiro teceram reflexões sobre a reversão de aposentadorias de servidor público septuagenário; Luis Antônio Zanotta Calçada refletiu sobre os principios da Administração Pública na gestão pública; e, por fim, Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva e José Heder Benatti apresentaram sobre o usucapião e os bens da sociedade de economía mista com base na jurisprudencia do Superior Tribunal de Justiça.

As pesquisas apresentadas refletem parte do estado da arte das problemáticas concernentes ao Direito Administrativo no Uruguai e no Brasil, das quais foi possível visualizar problemas comuns e que se entrelaçam, o que deve remeter a uma atuação mais concertada dos pesquisadores da América Austral. Uma boa leitura a todos!

Profa. Dra. Cristina Vázquez - UDELAR

Prof. Dr. Giovani Corralo - UPF

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCION URUGUAYA

STATE RESPONSIBILITY IN URUGUAYAN CONSTITUTIÓN

Miriam Mora
Miguel Ángel Larramendi González

Resumo

El presente trabajo tiene por objetivo reflexionar cuándo es responsable el Estado uruguayo, a la luz de los artículos 24 y 25 de nuestra Constitución Nacional. Para ello se describen tres períodos diferentes en la historia constitucional uruguaya. El primero comprende las vigencias de las constituciones de 1830 y 1917, un segundo período considera las constituciones de 1934 y 1942, y un tercer período que transcurre desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1952 a la fecha. Asimismo se analizan las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que marcaron tendencia durante estos períodos. Por último se concluye que de la evolución de las disposiciones constitucionales que han reglamentado la responsabilidad del Estado, no surge a texto expreso cuándo está obligado a responder el Estado. Respecto a la posición seguida por nuestra jurisprudencia, se observa que los jueces, a veces, invocando el artículo 24 de la Carta, aplican el criterio de la falta de servicio. Y, en otras oportunidades, donde el causante del daño también es el Estado, se recurre a las disposiciones del Código Civil. En tal sentido se observa que la aplicación de uno u otro criterio por parte de nuestros jueces se ciñe a la valoración que los mismos realizan sobre el caso concreto que les toca resolver. Sin embargo el uso del criterio de la “falta del servicio” por parte de nuestra jurisprudencia parece basarse exclusivamente en la opinión doctrinaria del maestro Sayagués, quien considerando las elaboraciones pretorianas del derecho francés la consideró “técnicamente recomendable”. Sin embargo, en nuestro orden jurídico no existe norma alguna que establezca que el Estado es responsable cuando incurre en falta de servicio, por lo que entendemos que una opinión doctrinaria por más técnicamente adecuada que parezca, no puede hacer ceder al derecho positivo vigente.

Palavras-chave: Constitución, Estado, Responsabilidad, Funcionario público, Falta de servicio

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to reflect is responsible when the Uruguayan state and its officials, in light of Articles 24 and 25 of our Constitution. To do this three different periods are described in the Uruguayan Constitutional history. The first since our first Constitution of 1830 and until its reform in 1917, a second term considers the constitutions of 1934 and 1942 and a third time that elapses from the entry into force of the Constitution of 1952 to date. doctrinaire and jurisprudential positions that marked trend during these periods are also analyzed. Finally it is concluded that the evolution of the constitutional provisions which have regulated the

responsibility of the State, no express language arises when it is obliged to respond the state. Regarding the position followed by our jurisprudence, judges observed that range from applying the public law under article 24 of the Charter and applying the criterion of lack of service. Meanwhile in other opportunities where the tortfeasor is also the State, it recourse to the provisions of the Civil Code. In this regard it is noted that the application of one or other criterion by our judges adheres to the case and the assessment that they made on the case that touches them solve. However, the use of the criterion of "lack of service" by our case law seems to be based exclusively on the opinion doctrinaire teacher who Sayagués considering the praetorian elaborations of French law considered "technically advisable." However, in our legal system there is no rule stipulating that the State is responsible when incurred lack of service, we understand that a doctrinaire view more technically sound enough, can not yield to positive law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, State, Responsibility, Civil servant, Lack of service

1.- Introducción

En términos generales la responsabilidad cualquiera sea su origen, supone la ocurrencia de un evento que puede ser dañoso o no y la obligación de asumir las consecuencias originadas por el mismo, reparando el daño en caso de que exista

Nuestra Constitución consagra diferentes tipos de responsabilidades entre las que se encuentra la responsabilidad civil del Estado y sus funcionarios prevista, en los artículos 24 y 25 de la Carta.

Dichos artículos señalan:

> *Art. 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.*
>
> *Art. 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.*

La responsabilidad civil consagrada en dichos artículos ha generado diversas controversias y posiciones doctrinarias distintas, respecto de quien debe soportar el daño y cuando procede hacerlo, situación esta última sobre la que nos proponemos reflexionar en el presente trabajo.

Adelantamos que compartimos la posición del Maestro Sayagués respecto de que el actual artículo 24 de la Constitución uruguaya no regula *cuándo* el Estado es responsable, limitándose a establecer que el Estado es responsable. Lo que estableció la norma vigente, cuyo origen se remonta a la reforma constitucional de 1952, fue solo que el Estado *es* responsable del daño patrimonial que ocasione, existiendo un vacío respecto a cuándo responde el Estado.

2.- Nuestra Constitución Nacional

2.1.- La evolución de la disposición constitucional en estudio

Para poder explicar la evolución de la norma, es preciso retrotraernos a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios regulados en el artículo 24 de la Constitución de 1934 y que se inscribía en su Sección II denominada "De los Derechos, Deberes y Garantías" expresando:

> *Art. 24: Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes*

que el cargo le impone, cause perjuicio a tercero. 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.

Evidentemente que el texto presente en las Constituciones de 1934 – 1942 consagraba la responsabilidad directa de los funcionarios y no la del Estado. Pero no refería a cualquier tipo de responsabilidad sino a aquella que en ejercicio de la función pública causara perjuicio y se produjera con incumplimiento de los deberes que el cargo le imponía. Probados estos dos extremos el funcionario debía resarcir el daño causado.

Pero el Constituyente de la época, previendo que el patrimonio del funcionario no alcanzara para cubrir los daños, estableció en la disposición constitucional la responsabilidad subsidiaria del órgano público del cual dependía, de modo tal que en las demandas entabladas en la época siempre habían dos demandados: el funcionario y el Estado. Sin perjuicio de que el propio artículo establecía el derecho de la persona pública de repetir contra el funcionario lo que debió pagar en el caso de una eventual condenación.

Sin embargo esta disposición constitucional suscitaba muchos problemas, también en otros órdenes en tanto se discutían cuestiones como: ¿En qué ocasión el funcionario actuaba en ejercicio de la función pública? ¿Qué alcance comprendía la expresión funcionario; a todos los empleados con independencia de su vínculo con el Estado? ¿Cuáles serían los deberes a incumplir, los taxativamente enunciados en el estatuto o reglamentación? ¿Podría responsabilizarse a los funcionarios también por sus omisiones? ¿Podría excusárseles si la culpa era leve? Sin perjuicio de la reparación patrimonial, ¿se debía reparar el daño moral? Atendiendo a estas cuestiones, también se planteaba la interrogante sobre cuando correspondía que el Estado accionara en contra de los bienes del funcionario para resarcir lo que hubiera pago en caso de condena pecuniaria.

2.2.- La reforma constitucional de 1952 vigente a la fecha

La finalidad específica entonces de la reforma del artículo 24 fue cambiar el régimen que estaba vigente hasta ese momento respecto a *quien* era responsable estableciéndose a texto expreso la responsabilidad directa del Estado, sin perjuicio de que éste podría repetir contra el funcionario -verificadas ciertas condiciones- lo pagado en reparación.

Respecto a la pregunta de *cuándo* es responsable el Estado, una prestigiosa e importante doctrina nacional, posterior al Maestro Sayagués, sostiene que el mentado artículo 24 de la Constitución consagra la responsabilidad objetiva de éste.[1]

Como ya lo expresáramos[2], los seguidores de esta posición entienden que no se requiere que se acredite ninguna culpa, ninguna ilicitud en el actuar del Estado para hacerlo responsable del daño que pueda ocasionar a terceros en la ejecución de los servicios públicos. Bastaría con que se produjera un daño, y que fuera imputable al obrar del Estado (nexo causal), para que se le genere la obligación de indemnizarlo. Sin importar si su actuar fue lícito o ilícito, sin importar si actuó con culpa o no.

No tenemos el honor de compartir esta tesis en tanto creemos que decir que nuestra Constitución en su artículo 24 regula *cuándo* el Estado es responsable[3] es hacerle decir a la Carta algo que no dice su letra ni refleja su espíritu.

Entendemos, que la disposición constitucional no consagra un régimen de responsabilidad objetiva como lo señalan los seguidores de ésta tesis cuya concepción, a nuestro entender, pone énfasis en la situación de la víctima. No establece un criterio de imputación de responsabilidad para el Estado, ni objetivo, ni subjetivo; dispone que el Estado responda patrimonialmente por el daño causado a terceros y punto, no regula *cuando* es responsable.

Creemos que no se tuvo, por parte de los constituyentes patrios, la intención de regular con una única y sola disposición –el artículo 24 de la Constitución actual- la responsabilidad que pueda causar el Estado tanto por leyes, como sentencias, actos administrativos, hechos u omisiones, derivada de contratos, etc. No se pretendió regular con treinta y nueve palabras –que son las que tiene la norma-, toda la gran amplia gama y variedad de situaciones en que pueda estar comprometida la responsabilidad civil del Estado.

3.- La Jurisprudencia Nacional

[1] Así por ejemplo Risso, Martín en "*Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*", Montevideo, 1998, p. 45, expresa: "…La Constitución establece la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados a terceros. Esto significa que bastará que en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección del Estado, se causen dañosa los terceros, para que nazca la obligación del Estado de reparar el daño ocasionado (sólo se requiere: actividad estatal, daño y, entre ambos, nexo causal)".

[2] Larramendi, Miguel "El fundamento de la responsabilidad civil del Estado" Revista de Legislación Uruguaya, Año IV, Nº 6-865, Junio 2013.

[3] Así lo sostiene en su tesis el Profesor Risso, Martín en "*Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*", cit.

3.1.- Su evolución a la luz de la disposición constitucional que se analiza

Generalmente, la jurisprudencia nacional a la hora de resolver los casos sobre la responsabilidad civil o patrimonial del Estado, oscila entre aplicar criterios de derecho público o disposiciones del Código Civil. La jurisprudencia actual -en orientación similar a la que siempre tuvo y a contrario de lo que propugna la doctrina publicista citada[4]- a veces aplica el criterio de derecho público -propiciado y patrocinado por Sayagués- de la falta de servicio. Y, otras veces, aplica el Código Civil, sin explicitar los motivos que la lleva a optar por uno u otro criterio.

Historiando la posición de nuestra jurisprudencia al respecto, nos parece oportuno analizarla desde el nacimiento de la disposición, lo que nos llevará a ver tres grandes momentos: 1) durante la vigencia de la constituciones de 1830 y 1918, 2) durante la vigencia de las constituciones de 1934 y 1942, y 3) durante la vigencia de las constituciones de 1952 y 1967 (momento actual).[5]

En cada uno de estos momentos de la evolución constitucional analizaremos dos aspectos de la responsabilidad del Estado: el ***cuándo*** se entendía que había responsabilidad y ***quien*** se entendía que era responsable.

Cuándo hay responsabilidad refiere a las condiciones o requisitos exigidos por la norma jurídica para que una persona se considere obligada a indemnizarle a otra, por los daños que le hubiere ocasionado. ***Quién*** es responsable refiere a la persona que la norma jurídica determina, que estaría obligada a indemnizarle a otra por los daños que le hubiere ocasionado.

3.2.- Primer período: Durante la vigencia de la constituciones de 1830 y 1918

Esta etapa transcurre desde la independencia en 1825 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1934. Abarcando la vigencia de las constituciones de 1830 y 1918.

A la pregunta de ¿Cuándo hay responsabilidad del Estado?, decimos que ni en la Constitución de 1830 ni en la de 1918 existieron normas expresas que refirieran a la responsabilidad del Estado. Tampoco, a nivel legislativo, existieron normas de alcance general[6].

Sayagués expresa sobre tal situación:

---

[4] Risso, Martín, ob. cit., p. 45; Durán Martinez, Augusto, "*Responsabilidad por hecho lícito de la administración",* en Casos de Derecho Administrativo, vol. I, p. 191; y otros.

[5] Conforme Sayagués, Enrique, "*Tratado de Derecho Administrativo" Tomo* I, 9ª. Edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, FCU, Montevideo, 2010, p. 628.

[6] Solo existieron leyes referidas a situaciones concretas. Sayagués, Enrique, ob. cit. p. 628.

> *"En esas condiciones la jurisprudencia dispuso de gran discrecionalidad y halló base en el art. 21 C. Civil, para extender a la administración, en la generalidad de los casos, los preceptos de dicho código sobre responsabilidad delictual o cuasi delictual."*[7]

En escasos asuntos, los jueces recurrían a criterios de derecho público. Esta discrecionalidad de la jurisprudencia, para recurrir a soluciones de derecho privado o de derecho público según los casos, Sayagués la justificaba en que no había ninguna norma en la Constitución que regulara la responsabilidad del Estado.

El maestro realiza un pormenorizado análisis de la jurisprudencia de la época y comprueba que para determinar *cuando* había responsabilidad lo corriente era que se recurriera a las disposiciones del Código Civil.

Los jueces de la época, nos dice, condenaban o absolvían al Estado invocando los artículos 1319 y 1324 del Código Civil (responsabilidad por hecho propio o de las personas o cosas que se tiene bajo la guarda), 1321 (abuso de derecho), 751 (accesión sobre bienes inmuebles), 1321 y siguientes (pago indebido), y otras normas de derecho privado.[8]

Para Sayagués, ante la falta de norma constitucional expresa, los jueces tenían libertad para establecer *cuándo* era responsable el Estado.

Sin embargo y desde nuestro punto de vista, consideramos que los jueces no tenían tal libertad. Debían de aplicar el Código Civil porque era la normativa aplicable a la situación de hecho sobre la que tenían que decidir. O, en otras palabras, la situación de hecho acaecida en la realidad, encuadraba dentro de la prevista hipotéticamente en una norma jurídica contenida en el Código Civil y en definitiva era la que la jurisprudencia de la época invocaba normalmente para determinar *cuando* el Estado era considerado responsable.[9]

El juez, a contrario de lo que expresa Sayagués, no tenía en aquella época -ni la tiene ahora-, discrecionalidad para determinar *cuando* el Estado es responsable. Tiene que aplicar la norma prevista para la situación dada.

---

[7] Enrique Sayagués, ob. cit., pp. 628-629.

[8] Sayagués, ob. cit. pp. 630-631.

[9] Ver jurisprudencia citada por Enrique Sayagués, ob. cit., pp.630-631.

Sin embargo el maestro realiza una interesante anotación comentando la orientación de aquella jurisprudencia, que consideramos clave. Anota que en la mayoría de los casos, *las situaciones de hecho* generadoras de responsabilidad del Estado, eran similares a las que surgían entre particulares, y por eso era lógico que se aplicara el derecho privado.

Mientras que, en otros casos, en que *las situaciones de hecho* eran propias de la actividad administrativa, la aplicación de las normas del Código Civil no resultaban adecuadas. Poniendo de ejemplo casos en que la Administración, ejerciendo poderes de policía industrial y sanitaria, prohibía en determinadas zonas el establecimiento de industrias que consideraba insalubres, generando perjuicio a los propietarios de algunos establecimientos que debían de trasladarse. En estas otras situaciones, las menos, la jurisprudencia recurrió a principios propios del derecho público para resolver los casos de responsabilidad del Estado.

En definitiva y durante los años 1825 a 1934 no existió norma Constitucional que estableciera la responsabilidad ni del Estado ni de sus funcionarios.

3.3.- Segundo período: durante la vigencia de las constituciones de 1934 y 1942

Este segundo momento transcurre desde la Constitución de 1934 hasta la entrada en vigencia de la de 1952. En esta etapa, se introdujo por primera vez en la Constitución de 1934 el artículo 24, disponiéndose *quién* era responsable haciéndose referencia a la responsabilidad del funcionario y del Estado.

En tal sentido el artículo 24 de la Constitución de1934 establecía:

> *"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 tercero.*
>
> *Responderán subsidiariamente, el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de*

repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación."

Su simple lectura muestra que la preocupación fue la de establecer *quién* respondía; implantando la responsabilidad directa del funcionario y subsidiaria del Estado.

Lo debatido centralmente por la jurisprudencia durante esta etapa fueron los requisitos que debían de cumplirse para que se verificara la responsabilidad del funcionario de acuerdo a la Constitución.

Sayagués nos dice que el sistema encontrado tenía cierta analogía pero no una semejanza total con el sistema francés de la "falta personal".[10]

Así, se entendió que para resultar aplicable el artículo 24, y que fuera responsable el funcionario, se requerían tres condiciones:

-Que el acto o hecho lesivo emanase efectivamente de un **funcionario público**. Se excluía el caso de los concesionarios de servicios públicos. También se excluía de la norma el caso de los jueces que estaba regulado específicamente por el artículo 23 de la Constitución de 1934.

-Que el funcionario hubiere actuado **en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada.** No importaba la naturaleza de la función de que se tratara. Y se excluían los actos del funcionario realizados durante la jornada de trabajo en los locales de la administración o en ocasión del servicio cuando fueren extraños o ajenos a la función pública confiada. Tales casos se los entendía como actos personalísimos del funcionario, no resultando aplicable el artículo 24 de la Constitución. Se consideraba que, en esas situaciones, la responsabilidad –si existía- era regulada por el derecho privado; y no había responsabilidad subsidiaria de la administración.

[10] Sayagués, ob. cit., p. 633.

-Que hubiere actuado **con incumplimiento de los deberes del cargo**. Esto era un concepto diferente al de ilegalidad, dolo, culpa, negligencia o error. Lo que se requería era que existiere algún deber del funcionario que hubiere violado.

Cuando se verificaban estos tres requisitos, se configuraba la hipótesis prevista en el artículo 24, siendo responsable directamente el funcionario. Sin perjuicio de que la Administración respondía en garantía, subsidiariamente, según lo disponía el inciso segundo de la norma.

Este sistema alteró el criterio de la responsabilidad directa de la Administración que era el que venía siendo aplicado por la jurisprudencia desde 1830.

Respecto de **¿Cuándo hay responsabilidad del Estado**?, debemos decir que el artículo 24 de la Constitución de 1934 se limitaba a establecer las condiciones requeridas para que el funcionario se entendiera responsable directamente del daño causado. Si se daban esas condiciones el funcionario respondía directamente y el Estado subsidiariamente.

La disposición creada no reguló *cuándo* había responsabilidad del Estado. Lo que reguló fue *cuándo* era responsable el funcionario.
De lo que viene de decirse surge entonces que en este período (1934 a 1952), como en el período anterior, no existía norma en la Constitución que regulara *cuando* el Estado es responsable. Lo que no significaba que el Estado fuera irresponsable, y no pudiera ser responsabilizado directamente.

Por ello es que Sayagués señala sobre este período, que: "la doctrina y la jurisprudencia mantuvieron la misma discrecionalidad de que gozaban bajo la vigencia de las Constituciones anteriores."[11]

[11] Sayagués, ob. cit., p. 638.

La creación del articulo 24 en la Constitución, que reguló *cuándo* era responsable el funcionario, llevo a un cambio en la jurisprudencia de la época, que modificó su postura respecto al *cuándo* el Estado era responsable.

Sayagués, analizando esta jurisprudencia, dice que se pasa a un uso decidido de criterios de derecho público; pero, todavía se encuentran sentencias que aplican el Código Civil a veces "llevados por el planteamiento del litigio realizado por el actor"[12].

Por otro lado, en un fallo citado por Sayagués[13] -correspondiente a este momento- en que se trató de un accidente entre un automóvil particular y un camión municipal; el juez aplicó el Código Civil, no utilizando los criterios de derecho púbico para resolver el caso.

Esta situación es llamativa en tanto perfectamente el mismo hecho podría ocurrir entre particulares. Recordemos que en el primer momento la jurisprudencia actuaba de la misma manera. Cuando las *situaciones* de hecho generadoras de responsabilidad para el Estado eran similares a las que se podían dar entre particulares, aplicaban el derecho privado. Y cuando las *situaciones* eran propias de la actividad administrativa se aplicaba el derecho público.

En este segundo momento, parece haber pasado lo mismo: aplicación del derecho público ante *situaciones propias de la Administración*; y aplicación del derecho privado ante *situaciones similares a las de los particulares.*

Como expresáramos respecto al primer momento. El hecho de que se apliquen normas de derecho público o de derecho privado para regular la responsabilidad patrimonial no va a depender de que se halle o no involucrado el Estado. Va a depender de la *situación* generadora del daño. Más concretamente, del tipo de actividad o acontecer que generó el daño.

[12] Sayagués, ob. cit., p. 638, especialmente nota 3.

[13] La Justicia Uruguaya, T. 2, p. 218, No. 477.

Pero, lo cierto es que, como dice Sayagués respecto a este momento: *"…la gran mayoría de los fallos penetraron decididamente en el derecho público y dejaron de lado, expresa o tácitamente, el derecho privado."*[14]

Los criterios que siguió la jurisprudencia de la época, fueron diversos. Lo más usual fue analizar si había habido ilegalidad que lesionara, o atacara un derecho de quien reclamaba. Si había ilegalidad se entendía responsable a la Administración. También se acudió a las ideas de abuso de derecho, enriquecimiento sin causa, culpabilidad, a la teoría objetiva del riesgo, y otros.

Finalmente y como lo señala Sayagués la jurisprudencia imperante entre los años 1934 – 1952 tendió a generalizarse dictando un importante número de sentencias orientadas al concepto francés de la "**falta de servicio"** que a su juicio era lo técnicamente recomendable.

Insiste el maestro así, en sostener para ésta época, como lo sostenía para la anterior, que, como el derecho positivo no regulaba *cuándo* había responsabilidad estatal, la jurisprudencia y la doctrina tenían discrecionalidad para elegir el criterio a aplicar. Y el mejor criterio a acudir, para el autor, era el de la falta de servicio por el prestigio de la jurisprudencia francesa, que era de donde provenía.

Sin embargo a nuestro criterio, el artículo 24 de la Constitución de1934 solo refiere a la falta del funcionario; pero en ninguna parte refiere a la falta del servicio. Asimismo la circunstancia de que la Constitución no estableciere *cuando* el Estado era responsable, no les daba libertad a los jueces para decidirlo, en tanto y si bien la Constitución no lo regulaba, lo hacía la ley ordinaria. En realidad, la Constitución de 1934 no modificó el régimen vigente hasta el momento en este aspecto. La regulación del *cuando* era responsable el Estado siguió estando dada por el Código Civil.

3.4.- Tercer período: durante la vigencia de las constituciones de 1952 y 1967 (momento actual).

[14] Sayagués, ob. cit., p.p. 638 y 639.

Este tercer momento transcurre desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1952 hasta la actualidad. Según expresa Sayagués[15] la razón determinante de la reforma Constitucional fue invertir el sistema respecto a *quien* era responsable, estableciéndose a partir de la misma la responsabilidad directa del Estado (artículo 24), sin perjuicio de que éste pudiera repetir contra el funcionario en caso de que se verificara la hipótesis del artículo 25.

Sin embargo la nueva disposición sigue sin establecer *cuando* hay responsabilidad del Estado, manteniéndose incambiada la situación vigente durante el período de 1825 a 1942. La diferencia, en éste aspecto, entre un régimen constitucional y otro es que en la Constitución de 1934 no se establecía que el Estado fuera responsable directamente –ni que no lo fuera-, mientras que en la Constitución de 1952 se establece.

Por ello, siguiendo a éste autor[16], consideramos que el artículo 24 de la Constitución actual, introducido en la reforma de 1952, no refiere a *cuando* es responsable el Estado. Simplemente se limita a establecer que es responsable patrimonialmente de los daños que cause a los particulares. Ergo, establece el criterio general de responsabilidad del Estado.

4.- Conclusión

El análisis de la evolución de las normas constitucionales que han reglamentado la responsabilidad del Estado, demuestra que en ningún momento la Constitución uruguaya, reguló *cuando* el Estado es responsable.

La situación es diferente respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos. Las Constituciones de 1934 y 1942 establecieron que estos son responsables *cuando* hubieren actuado en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes del cargo (directamente). Y en las constituciones de 1952 y 1967 *cuando* el Estado

[15] Sayagués, ob. cit. p. 647.

[16] Sayagués, ob. cit., pp.644 y siguientes.

hubiere sido condenado a pagar y repita contra el funcionario; requiriéndose que hubiera actuado: en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, y haber obrado con culpa grave o dolo (indirectamente).

Es de sentido común pensar que, así como las constituciones quisieron regular *cuando* es responsable el funcionario estableciéndolo expresamente; de la misma manera, no quisieron regular *cuando* era responsable el Estado al no establecerse ninguna previsión expresa.

La evolución Constitucional uruguaya analizada, demuestra que el constituyente no tuvo nunca intensión de regular *cuando* el Estado es responsable, bastando con remitir a la disposición actual (artículo 24 de la Constitución).

Respecto a la posición seguida por nuestra jurisprudencia actual observamos que los jueces oscilan entre, resolver los casos según un pretendido régimen de derecho público invocando el artículo 24 de la Constitución Nacional y aplicando el criterio de la *falta de servicio.* Y en otras oportunidades aplicando directamente el Código Civil para resolver los casos de responsabilidad extracontractual, cuando el causante del daño es el Estado.

Sin embargo, las razones por las que se opta por uno u otro criterio, permanecen desconocidas en tanto las sentencias no lo expresan, utilizándose a nuestro entender un criterio circunstancial que se ciñe al caso concreto.

El uso del criterio de la falta de servicio por parte de nuestra jurisprudencia parece basarse exclusivamente en la opinión doctrinaria de Sayagués, quien otrora lo consideró como el "técnicamente recomendable".[17]

En efecto, fue su obra la que originó y propició la orientación de la jurisprudencia hacia el uso del concepto de "falta de servicio" para la decisión de *cuando* había responsabilidad del Estado. Basta realizar una compulsa de cualquier repertorio jurisprudencial para comprobar cómo las

[17] Sayagués, ob. cit. p.p. 647-648.

sentencias parten de una transcripción textual de las palabras del maestro. Y, a partir de ellas, analizan si en el caso se dieron los elementos requeridos por la doctrina francesa para que se configure la falta de servicio, fallando que hay responsabilidad del Estado cuándo se configuraba aquella, y que no la hay cuándo no se configuraba.

Esta posición resulta reprochable si se considera que el maestro extrae la noción de "falta de servicio" de las elaboraciones pretorianas del derecho francés y se transforma prácticamente en una norma de derecho positivo, cuando no lo es. Dicho en otras palabras, una creación de la jurisprudencia francesa, de su Consejo de Estado, se utiliza frecuentemente como fuente de derecho en el Uruguay.

En efecto, no existe ninguna norma de derecho positivo que establezca que el Estado es responsable cuándo incurrió en falta de servicio. Más aún, ninguna norma estatuye qué se requiere para que se configure la falta de servicio. Peor aún, no hay ninguna disposición que, si quiera, utilice la expresión **"falta de servicio"**. Sin embargo la jurisprudencia no cesa de invocarla como criterio de imputación de responsabilidad al Estado.

Esta situación nos permite observar y de cierta forma rechazar el uso del criterio de la falta de servicio porque no surge de nuestro derecho positivo, no existiendo norma alguna que establezca que el Estado es responsable *cuando* incurra en una falta de servicio.

Su uso, como ya se mencionó, es exclusivamente jurisprudencial basado en la elaboración doctrinaria de Sayagués. La que a la vez se basa en la doctrina francesa y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en donde se origina.

El maestro Sayagués dice que del artículo 24 de la Constitución no resulta cuando el Estado es responsable y de allí extrae que los jueces tienen libertad en ese sentido. Y él considera técnicamente adecuado el uso del criterio de la falta de servicio. Es cierto que el artículo 24 no regula *cuando* es responsable el Estado pero entendemos que el tema está regulado por el ordenamiento inferior a la Constitución, o sea por el Código Civil.

De lo que viene de expresarse concluimos que los jueces no tienen la libertad que señala Sayagués. Deben aplicar el Código Civil por ser derecho positivo, y no un criterio como el de la *falta de servicio* que no es positivo, que es una mera opinión doctrinaria, por más "técnicamente adecuado" –como dice el maestro- que sea. A nuestro entender, lo técnicamente adecuado cede ante el derecho positivo.

Lo que sucede con los daños ocasionados por el Estado es que existen variaciones de régimen jurídico según *lo que* ocasionó el daño. Más concretamente aún, según sea el causante del daño un acto jurídico, un hecho u omisión, y dentro de los actos jurídicos, según sea su naturaleza.

Esto da origen a regímenes de responsabilidad con matices diferentes al general del Código Civil; el que se aplicará en lo no regulado especialmente. Pero en ningún caso esa diferencia está fundada en la naturaleza pública o privada de la persona, sino en las características del elemento generador de la responsabilidad. El régimen jurídico diferente, que se le pueda aplicar al Estado, no es porque sea el Estado, sino por el tipo de actividad que ocasionó el daño. Actividad que, en muchas ocasiones, solo puede ser realizada por el Estado; por ejemplo, una sentencia, una ley, un acto administrativo.

Respecto a los diferentes actos jurídicos del Estado que eventualmente pueden generar daño, nos vamos a encontrar con actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos. Cada uno de ellos puede dar lugar, y ha dado, a la aplicación de normas o principios propios especiales. Lo mismo en el caso de la responsabilidad que pueda derivar de contratos que celebre la Administración. Pero en lo no regulado cobra plena vigencia el Código Civil.

En fin, es de sentido común que el Estado responda igual que cualquier otra persona por los daños que causa. Y si hay diferencias en algún aspecto en cuanto a su régimen de responsabilidad no es porque sea el Estado, sino porque el tipo de actividad que provoca el daño así lo justifica.

BIBLIOGRAFÍA

BELLO, Susana; “Fundamento Jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por Acto Legislativo y Jurisdiccional”, en Revista de Derecho Público, No. 8.

BERRO, Graciela; “Responsabilidad objetiva del Estado”, en Revista de Derecho Público, No. 2.

BRITO, Mariano; “Responsabilidad extracontractual del Estado (administrativa, legislativa y jurisdiccional),” en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; “Apuntes sobre la noción “servicio público” en la Constitución uruguaya”, en Estudios Jurídicos en homenaje del profesor Daniel Hugo Martins, FCU, Montevideo, 2008.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; “Reflexiones sobre las transformaciones en el “sector público” y el derecho administrativo”, en Sobre Derecho Administrativo, t. I, FCU, 1ª ed., Montevideo, 2007.

CASSINELI MUÑOZ, Horacio; Derecho Público, Versión de las clases del curso de Derecho Público dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República, FCU, Montevideo, 1999.

CASSINELI MUÑOZ, Horacio Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo, en La Justicia Uruguaya, tomo CV.

DE CORES, Carlos; “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XXII.

DELPIAZZO, Carlos; Responsabilidad del Estado y de los concesionarios de servicios públicos, en Anuario de Derecho Administrativo, t. VII.

DEUS, Sergio; “Responsabilidad civil del Estado”, en La Justicia Uruguaya, tomo XCIV.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; "Responsabilidad por hecho lícito de la Administración", en Casos de Derecho Administrativo, vol. I.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Justino, "La Constitución del Uruguay de 1952" Cámara de Senadores Uruguay, Montevideo, 1988.

LARRAMENDI, Miguel; "Un caso de responsabilidad del Estado: el RAVE", Anuario de Derecho Administrativo, t. X, FCU, Montevideo, 2003.

LARRAMENDI, Miguel, "Aplicación del Código Civil en el caso de la responsabilidad por hechos de la Administración", en Transformaciones actuales del Derecho Administrativo, FCU, Montevideo, 2010.

LARRAMENDI, Miguel; "Responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos en forma directa," en Nuevos Aspectos de las relaciones administrativas, FCU, Montevideo, 2011.

LARRAMENDI, Miguel "El fundamento de la responsabilidad civil del Estado" Revista de Legislación Uruguaya, Año IV, Nº 6-865, Junio 2013.

MARTINS, Daniel Hugo; "La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya," en Constitución y Administración.

PEIRANO FACIO, Jorge; "Responsabilidad del Estado", en Anales del Foro, tomo II.

RISSO FERRAND, Martín "Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional" FCU. Montevideo, 1998.

ROCCA (coord.), LANGONI, LORENZO, MORA, SAIZAR: "Teoría de la Constitución y del Estado" La Ley, Montevideo, 2015.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe; Manual de Derecho Administrativo, Ediciones del Foro, 7ª, ed., ampliada y actualizada a junio de 2009.

SAYAGUÉS LASO, Enrique; Tratado de Derecho Administrativo, t.I, FCU, 9ª edición puesta al día a 2010 por Daniel Hugo Martins, Montevideo, 2010.

VÁZQUEZ, Cristina; "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista", en Revista de Derecho Público, No. 7.