

APORTES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA LEY PROVINCIAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Carlos Emilio Depetris¹

1. Introducción

Como es sabido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) no contiene las disposiciones que preveía el Anteproyecto de Código Civil y Comercial en sus artículos 1764 a 1766,² para regir la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil. Eliminadas por el Poder Ejecutivo al elevar el Proyecto para su tratamiento legislativo, en un giro de ciento ochenta grados se desterró del ámbito civil la problemática, prohibiéndose la aplicación directa o subsidiaria del nuevo Código y disponiéndose su regulación por el derecho administrativo nacional o local (arts. 1764 a 1766 CCyC).³

Paralelamente, se sanciona la ley 26.944 (B.O. 08/08/14) de Responsabilidad Estatal (LRE) con alcance al ámbito nacional, invitándose a adherir a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este cambio de política legislativa que ha tenido como antecedente de peso el rumbo adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso «Barreto»⁴, cuando redefiniera el concepto de «causa civil», implica una definición sobre la naturaleza atribuible a la responsabilidad estatal, zanjando la vieja discusión entre administrativistas y civilistas en detrimento de estos últimos.

¹ Abogado (UNL), especialista en Derecho de Daños (UNR-CEJ, y UNL), profesor adjunto ordinario Derecho Civil I (FCJS, UNL), profesor estable en la carrera de especialización en Derecho Administrativo (Módulo Responsabilidad del Estado, FCJS, UNL), capacitador judicial en cursos de actualización sobre el nuevo Código Civil y Comercial (convenio Infojus-Ju.Fe.Jus-Tribunales Superiores provinciales), doctorando FCJS UNL. Se desempeña como Jefe del Departamento de Responsabilidad Extracontractual (a/c) en Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe. Las opiniones y propuestas contenidas en el presente se exponen a título personal, sin que resulten expresión de voluntad institucional del Órgano al que pertenece o, en todo o en parte, reflejen opinión que pueda resultar atribuible al mismo o sus autoridades. El autor agradece a María Constanza Casim y a Aídilio G. Fabiano las sugerencias y aportes realizados en la elaboración de este trabajo.

² **ARTÍCULO 1764.- Responsabilidad del Estado.** El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. **ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. **ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita.** El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

³ **ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas.** Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. **ARTÍCULO 1765.- Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. **ARTÍCULO 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

⁴ CSJN, 21/03/2006, Fallos: 329: 759.

Cualesquiera sean las opiniones que se tengan en tal disputa, lo cierto es que desde un punto de vista pragmático no cabe hoy volver sobre ella y sí pensar en los efectos que el cambio traerá consigo y en las medidas que deberían adoptarse para afrontarlos. Finalidad esta última que, circunscripta al ámbito de la Provincia de Santa Fe, justifica esta propuesta.

2. La necesidad de un régimen propio

La transformación legislativa operada coloca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el dilema de decidir entre tres alternativas posibles: (i) abstenerse de actuar, (ii) adherir a los términos de la nueva ley nacional, y (iii) dictar su propia normativa.

La *opción (i)* implica dejar las cosas como están. De resultar elegida –tal parece hasta el momento lo decidido o el resultado de la indecisión–, la Provincia de Santa Fe no contará –en lo que refiere a las relaciones jurídicas indemnizatorias surgidas a partir de entonces– con un «régimen sistemático de responsabilidad estatal». Ciertamente, antes de la entrada en vigencia del CCyC tampoco existía tal cosa, pero indiscutiblemente podían aplicarse (y se aplicaron permanentemente, aun cuando no siempre se las mencionara) las disposiciones del Código Civil que estructuran el régimen general de la responsabilidad civil; mientras que al comenzar a regir el nuevo Código éste «no podrá aplicarse directa ni subsidiariamente» a los nuevos conflictos de este tipo. (En el punto siguiente ampliaré esta afirmación, relacionándola con lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución santafesina.)

Tal vacío, de alcances mucho más vastos de los que parece asumir la LRE –como se verá más adelante– exigiría recurrir como fuentes, exclusivamente, a la Constitución Nacional, a los instrumentos internacionales (art. 75 inc. 22), a la Constitución de la Provincia (fuentes que suministran principios importantes pero no especificidad normativa) y a los criterios elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ahora bien, estos criterios, cuya importancia no puede desconocerse en atención a que la Corte ha «construido» un sistema de responsabilidad estatal argentino, serían insuficientes porque no han sido siempre homogéneos. De tal modo que, sin normativa a la que recurrir, en ciertos supuestos (v.gr. daños derivados de la ejecución de una obra pública, de un accidente de tránsito, el uso del arma reglamentaria, etc.) se discutirían los alcances del resarcimiento, el factor de atribución e incluso la propia atribución de responsabilidad, empleándose como sustento argumentativo por ambas partes, quizá, precedentes disímiles de la Corte. Por otra parte, la construcción jurisprudencial referida siempre contó, como afirmaba antes, con las bases normativas suministradas por la legislación civil y con la interpretación doctrinaria y jurisprudencial conferida a la misma en dicho ámbito, bases que en principio, con excepción del recurso de la analogía, no podrán ya ser empleadas. Finalmente, descansar en el uso protagónico de tales criterios importaría un uso desmedido de la fuente jurisprudencial, considerando la adscripción de nuestro sistema al europeo

continental de bases romanista y la preeminencia de la ley como fuente del Derecho ratificada por el nuevo Código (arts. 1º y 2º).

La adopción de esta tesitura abstencionista, por consiguiente, generaría una creciente discrecionalidad judicial. El vacío normativo no tendría compensación suficiente en la recurrencia a principios constitucionales y convencionales y a la jurisprudencia –a veces sinuosa- del máximo Tribunal.

La *alternativa (ii)*, consistente en la adhesión a la LRE, presenta como aspecto atractivo la posibilidad de lograr una cierta uniformidad nacional en la adjudicación del derecho, muy saludable en términos de previsibilidad y, en definitiva, de seguridad jurídica, valor tan depreciado en nuestro tiempo. El problema (el «pero» mayúsculo) reside en las falencias que presenta la LRE que tornan dudosa su efectiva y estricta aplicación por los tribunales, y más dudoso aún el logro de una adhesión unánime o mayoritaria en el país.

Dejando por ahora a un lado una serie de defectos de menor talla que cabría atribuir a la norma nacional aludida, hay uno mayúsculo que parece suficiente como para descartar la adhesión: la absoluta prescindencia, como contexto condicionante, de los procesos de constitucionalización y convencionalización del Derecho.

No es una novedad señalar que las tareas de creación e interpretación de leyes de cualquier índole exigen actualmente su adaptación a directivas, principios y valores contenidos (explícita e implícitamente) en el bloque de constitucionalidad federal; e, incluso, su adaptación a las recomendaciones y sentencias dictadas en el sistema interamericano de derechos humanos. La necesidad de respetar esta exigencia, o dicho en otros términos, la necesidad de sortear en tales tareas los controles de constitucionalidad y convencionalidad, no es una cuestión opinable, algo que pueda discutirse o peor, ignorarse. Se trata de asumir el fenómeno del «constitucionalismo», tal como en el plano normativo lo han hecho más de veinte años atrás la reforma constitucional de 1994 y hoy el CCyC, cuyas disposiciones referidas a las fuentes y aplicación del Derecho (arts. 1º a 3º), vale ponerlo de resalto, tienen incidencia en todas las ramas jurídicas, incluso en las de Derecho público. Fenómeno que ha transformado el modo tradicional de operar en los sistemas jurídicos emplazando a la Constitución (y a los instrumentos internacionales jerarquizados) en su centro, de modo tal que la creación normativa y la interpretación de las normas debe ajustarse o conformarse, sin excepciones, a los principios y valores contenidos en tales normas fundamentales.

La LRE no sólo omite cualquier referencia al bloque de constitucionalidad federal (mención expresa que no resulta exigible pero sí muy conveniente en nuestros días para orientar la práctica jurídica⁵), sino que restringe severamente los alcances de la responsabilidad estatal vulnerando principios consolidados en el sistema. Exterioriza la voluntad de limitar los desembolsos indemnizatorios que debe soportar

⁵ Aída Kemelmajer de Carlucci destaca la importancia pedagógica que tienen las disposiciones que, como lo hacen los arts. 1º y 2º del nuevo Código, nos recuerden la exigencia de interpretación conforme con el bloque de constitucionalidad federal; su conferencia en el Curso de Actualización sobre el Código Civil y Comercial, FCJS, U.N.L., Santa Fe, 22 de junio de 2015.

la comunidad por los daños causados por el Estado, inspirada, seguramente, en finalidades loables: principios de justicia distributiva, protección del erario nacional y otros posibles predicados históricamente por buena parte de la doctrina publicística, fundamentalmente en tiempos en los que no se había asumido aún el constitucionalismo y sus efectos. Pero omite considerar la disonancia de algunas de sus soluciones respecto a los criterios prevalecientes en el sistema interamericano de derechos humanos y constitucional interno que, basados en la idea central de la inviolabilidad de la persona humana y del respeto a su dignidad, privilegian (en forma creciente) los principios de *no dañar*, de *reparación integral, plena o justa*,⁶ de *igualdad*⁷ y de *propiedad* de quien resulta perjudicado por el Estado. O ya, en una mirada más abarcadora, hay una desconsideración por parte de la LRE del principio *pro homine* según el cual el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma –internacional o interna-.⁸

De allí que aunque alguna limitación específica pudiera tal vez llegar a sortear los controles de convencionalidad⁹ y constitucionalidad, es altamente improbable que el elenco de restricciones contenido en la ley analizada pueda conseguirlo. Así, una cosa es que en materia de responsabilidad por actividad legítima se restrinja parcialmente la indemnización¹⁰, y otra muy distinta es que, además:

- se califique tal tipo de responsabilidad como «excepcional» (art. 5º);
- se exija que el daño sea «actual» (art. 4º inc. a) dejando sin reparación daños futuros ciertos;

⁶ Principios estos últimos que se extraen del art. 19 C.N., debiendo recordarse que la Corte ha dicho que toda la reglamentación que el Código Civil ha realizado tiene fundamentación en el principio constitucional de reparación integral que alcanza a cualquier disciplina jurídica (CSJN, “Gunther”, 05/08/86, Fallos, 308:1118). El principio se encuentra también reconocido (bajo la expresión «indemnización justa») en el art. 63 I. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeros precedentes, ha establecido que “... La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral” (CIHD, caso “Velásquez Rodríguez”, 21/07/89, Serie C N 7, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 21; caso “Godínez Cruz”, 21/07/89, Serie C N 8, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 19)

⁷ Tiene dicho la Corte, aludiendo a la responsabilidad por daños, que ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa (CSJN, “Gunther”, op. cit.).

⁸ BIDART CAMPOS, Germán, Las fuentes del derecho constitucional y el principio «pro homine», en Bidart Campos y Gil Domínguez (coords.), El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas, Bs.As., Ediar, 2000, p. 13.

⁹ Para dimensionar las severas exigencias que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparación de daños, v. GARCIA RAMIREZ, Sergio, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones, en La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979–2004. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, 2005; y ROUSSET SIRI, Andrés J., El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Internacional de Derechos Humanos, 2011, Año I – N° 1, p. 59, [en línea], <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf> Fecha última consulta: 30.06.15; y BAZAN, Víctor, El test de convencionalidad en sede interna como medio para proteger los derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado, en Revista de Derecho de Daños, 2015-1, Responsabilidad del Estado II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 14 y ss.

¹⁰ Limitación que aun siendo hoy también discutible, encuentra apoyo en algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia, en la doctrina administrativista mayoritaria e, incluso, en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial -v. su art. 1766-.

- se exija que el daño sea «mensurable en dinero», expresión oscura que podría dar lugar a interpretaciones más restrictivas aún;

- se limite la indemnización al «valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública», pudiendo bajo tal fórmula quedar excluido algún tipo de daño emergente que no encuadre estrictamente en esas condiciones;

- se requiera, finalmente, una relación de causalidad «directa, inmediata y exclusiva» (art. 4º inc. c) marginando de la reparación no sólo a las consecuencias mediatas previsibles sino también, la propia responsabilidad estatal en supuestos de concurrencia causal.

Tamaño nivel de limitaciones, aunque extraídas de algunos precedentes de la Corte (en forma selectiva, ya que los mismos no son actuales y menos aún, homogéneos), incuestionablemente en nuestros días no superaría los test de convencionalidad y constitucionalidad.¹¹

Más allá de la desatención de principios y criterios de observancia ineludible, la LRE omite regular algunos aspectos que deberían definirse ante el descarte realizado por el legislador nacional de las bases normativas establecidas en el Código Civil y Comercial. Bases que, vale insistir, han sido utilizadas hasta ahora en materia de responsabilidad del Estado, incluso en la construcción realizada durante décadas por la Corte Suprema de Justicia. Es que incluso tomando partido por la visión publicística en la vieja discusión sobre la naturaleza de esta responsabilidad, tal como lo ha hecho el legislador actual, el más fanático de los partidarios no podría ignorar que la institución se ha nutrido (y continúa haciéndolo) de elaboraciones normativas e interpretativas edificadas durante siglos en el ámbito del Derecho Civil. Para ser más claro, cuando en el ámbito de la responsabilidad estatal se alude a «daño», se sobrentiende su concepto, sus requisitos de resarcibilidad, sus especies y las exigencias probatorias de cada una, etc., nociones todas que provienen de la ley civil y han sido y son elaboradas y reelaboradas por la dogmática y jurisprudencia civilística.¹²

¹¹ Señala Coviello (por citar una opinión administrativista autorizada) aludiendo a la ley 26.944: "... sobre la idea de la "excepcionalidad" de la responsabilidad por la actividad legítima me viene a la mente la pregunta de si ello es tan así, sobre todo, a la luz del texto de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 63.1 reconoce el derecho a una justa indemnización cuando se afectan un derecho o libertad protegidos. ¿No podrían ser, en algún caso, esa y otras normas, atacables por vía del control de constitucionalidad y convencionalidad? Esto mismo es extensible a la cláusula de irresponsabilidad por la actividad judicial legítima (tema que merece un capítulo aparte). Ante este panorama, el lector quizás se pregunte: ¿qué pasará con esta ley? Respondo: los jueces tendrán la última palabra, y en sus decisiones confío. No hay que olvidar que los jueces tienen por sobre la ley a la Constitución Nacional y los tratados contemplados en el art. 75, inc. 22, de consuno con los principios y valores ínsitos en ellos; y creo que la opción no será dudosa (COVIELLO, Pedro J.J., Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado, en El Derecho, [en línea], <http://www.elderecho.com.ar/includes/columnaopinion/CO18092014.pdf> Fecha última consulta: 22.06.15.

¹² Enseñan García de Enterría y Fernández, en palabras que vale la pena reproducir para graficar la crítica, que "... aunque exista una distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, ello no significa, ni mucho menos, que unas y otras se encuentren en radical oposición. Esta puntualización es importante para salir al paso de quienes por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del Derecho administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros Derechos, viniendo a oponer, por ejemplo, la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil [...] como si unos y otros no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios absolutamente diferentes. Evidentemente, esto no es así ..." (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, 6ta. ed., T. II, Madrid, Civitas, 1999, p. 54.).

Razón por la cual, si se hace abandono en términos tan categóricos de las disposiciones civiles para regular esta institución de «derecho público», no es plausible concretarlo sin incorporar una serie de aspectos relevantes que han sido omitidos en la norma nacional (o en todo caso, sin remitir expresamente a la aplicación analógica de las disposiciones civiles). Entre otros aspectos, además de precisiones conceptuales que demandaría la inaplicación de la legislación civil que las contiene, cuestiones tales como la prevención del daño y los deberes atribuibles al respecto tanto al Estado como a la víctima, las causales de justificación, la asunción de riesgos, algunas cuestiones específicas sobre la relación de causalidad, la carga probatoria de los presupuestos y las facultades judiciales correspondientes, las especies de daños resarcibles, el curso de los intereses, las responsabilidades especiales que ameritarían un tratamiento particular, las causales de suspensión e interrupción del curso de la prescripción (si como lo hace la LRE, se decide regular el plazo de prescripción de las acciones), y un amplio etcétera.

Las razones hasta aquí señaladas, que podrían ampliarse con más espacio, decididamente justifican adoptar la *alternativa (iii)* y, por tanto, la construcción de un sistema de responsabilidad estatal propio en el ámbito provincial que traduzca un mayor apego a las directivas convencionales y constitucionales, corrija algunos defectos y contemple aspectos omitidos en aquélla.

La propuesta que sigue intenta contribuir a tal construcción.

3. Una cuestión previa: la responsabilidad del Estado y la Constitución de la Provincia de Santa Fe

La Constitución santafesina de 1962 prevé en su art. 18 la responsabilidad de la Provincia frente a terceros por daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen.¹³ La disposición constitucional, si bien emplaza dicha responsabilidad en la «esfera del derecho público», dispone que se regirá «por las normas del derecho común en cuanto fueren aplicables».

Distintas interpretaciones ha dado lugar la norma citada en nuestros doctrinarios, más o menos restrictivas en cuanto a las posibilidades de aplicación directa, subsidiaria o sólo analógica de las disposiciones del derecho común a la materia. La jurisprudencia local, sin ingresar mayormente en estos debates, ha hecho frecuente aplicación de tales disposiciones.¹⁴

¹³ Art. 18: “En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”.

¹⁴ Más adelante, en el desarrollo de la propuesta normativa, se hará mención de algunos precedentes que corroboran la afirmación, sin perjuicio de lo cual remito a lo expresado en tal sentido en WEDER, Rubén, La responsabilidad del Estado por su actividad ilícita en la Provincia de Santa Fe, en RAP (326), pp. 197-199.

En cualquier caso y en lo que a este trabajo estrictamente refiere, el punto de interés vinculado al texto constitucional citado se centra en determinar qué rol juega el mismo frente a la situación actual, esto es, frente al problema de las alternativas a considerar ante la entrada en vigencia del nuevo CCyC.

Podría pensarse que al disponer el art. 18 la aplicación de las normas de derecho común (en cuanto fueren aplicables) a la responsabilidad de la Provincia de Santa Fe, no habría mayores inconvenientes en adoptar la postura abstencionista identificada como *alternativa (i)* en el punto anterior. Y ello ocurriría porque el vacío legislativo derivado del destierro de la temática por parte del CCyC quedaría «neutralizado» o «subsano» por la manda constitucional local que ordena su aplicación. Desde esta perspectiva entonces, aun cuando el art. 1764 CCyC establece que las disposiciones generales sobre la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa ni subsidiaria, y el art. 1766 haga lo propio respecto a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en la Provincia de Santa Fe y por imperio del art. 18 de su Constitución, dicho régimen podría continuar siendo aplicado directa o subsidiariamente a los futuros casos. Este razonamiento, de resultarnos convincente, nos llevaría a postular la adopción de la *alternativa (i)* o, en todo caso, a concluir en que la instauración de un régimen propio para la Provincia no es imprescindible y menos aún, urgente.

Tal posición, a mi juicio, sería errónea porque omitiría contemplar los alcances del principio de supremacía constitucional sentado por el art. 31 de la Constitución Nacional, de acuerdo al cual las normas de nivel federal –Constitución, leyes de la Nación que se dicten en su consecuencia por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras- «... están por encima del ordenamiento local, que *debe* subordinarse a esa supremacía». ¹⁵ De tal manera que, ante esta contradicción o antinomia entre una ley nacional dictada por el Congreso –en consecuencia de una manda constitucional, art. 75 inc. 12- y una disposición contenida en una Constitución provincial, debería acordarse supremacía a la primera. Concretamente, la prohibición que establecen los arts. 1764 y 1766 del CCyC, no puede ser neutralizada o subsanada por el art. 18 de la Constitución de Santa Fe, y por consiguiente, no cabe predicar la aplicación directa o subsidiaria del citado Código a los casos de responsabilidad del Estado, sus funcionarios y agentes, a partir de su entrada en vigencia. La jerarquía de la norma nacional descarta la aplicación de la provincial.

Parece necesario aclarar esta cuestión complementando así la argumentación brevemente realizada a favor de la conveniencia o, más bien, necesidad, del dictado de una norma local en la problemática abordada. Cabe tan sólo agregar al respecto que en caso de dictarse una ley provincial para regir la responsabilidad del Estado, sus funcionarios y agentes, sería conveniente incluir en una futura reforma constitucional

¹⁵ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 2da. ed., Bs.As., La Ley, 2004, p. 285.

una modificación al actual texto del art. 18 armonizándolo con los impedimentos contenidos en los arts. 1764 y 1766 del CCyC.

4.- Propuesta normativa y fundamentos

Se han utilizado como fuentes principales a la propia ley 26.944, los artículos 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que fueran suprimidos al elevarse el Proyecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Proyecto de Ley de Bases de Responsabilidad del Estado de Jorge R. Vanossi (2006) y la doctrina nacional especializada. En lo formal, se titulan los artículos, se intenta utilizar un lenguaje claro y fórmulas simples, y se utiliza el tiempo presente en la redacción. Como recurso para evitar regular específicamente numerosas cuestiones, se prevé la aplicación analógica del Código Civil y Comercial como recurso de integración, requiriendo su adaptación a derecho público local.

Como método expositivo se transcriben los artículos proyectados haciéndose un breve comentario en cada caso a modo de fundamento.

Al final, como anexo, se reproduce el texto íntegro de la propuesta.

ARTÍCULO 1. Fuentes de la responsabilidad estatal. Interpretación.

La responsabilidad estatal por los daños causados a terceros en el ámbito de la Provincia de Santa Fe se rige por esta ley, interpretada conforme con el bloque de constitucionalidad federal, la Constitución de la Provincia de Santa Fe y las disposiciones de derecho público local que resulten aplicables. A tal efecto debe considerarse la jurisprudencia, en especial los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En situaciones no previstas, son aplicables por analogía las disposiciones pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, las que deberán ser adaptadas a los principios y normas del Derecho público local.

La norma contiene directivas para el intérprete, asumiendo los procesos de constitucionalización y convencionalización del Derecho. La referencia a la «interpretación conforme» podría ser estimada redundante o innecesaria -y tal vez lo sea- pero se entiende conveniente incluirla teniendo en cuenta que nos hallamos en una época de transición en la práctica jurídica y no todos los operadores han tomado aún debida nota de los efectos producidos por el tránsito hacia el «Estado constitucional de Derecho»,¹⁶ esto es, por las drásticas transformaciones que tal proceso produce en el modo de trabajar con los materiales jurídicos. Entre ellas, y en lo que puntualmente interesa para justificar la referencia aludida, el hecho de que ya no es aceptable suponer que los problemas de la realidad encuentran (siempre) respuesta

¹⁶ Caracterizado por Guastini como "... un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales." (GUASTINI, Riccardo, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en Miguel Carbonell [ed.], Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, p. 49. Puede consultarse también en línea en <http://bibdigital.flacso.edu.mx:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/3289/DI003914.pdf?sequence=1> Fecha última consulta: 20.06.2015.

jurídica suficiente en una norma contenida en el ordenamiento jurídico, apriorísticamente, que debe aplicarse al caso a través del método tradicional de la subsunción, como ocurría décadas atrás. Por el contrario, debido a una pluralidad de factores que el espacio no permite mencionar, la respuesta requiere frecuentemente de una construcción que tiene entre sus presupuestos la confrontación de las normas aplicables al problema con la Constitución y los instrumentos internacionales, a través de un proceso de interpretación coherente del sistema jurídico. Tarea tan compleja como ineludible. De allí que –siguiendo los lineamientos que en tal sentido establece el Código Civil y Comercial «para todo el sistema jurídico argentino» en el Capítulo 1 de su Título Preliminar-, se incluya la referencia aludida.

Se menciona como fuente a la jurisprudencia, y en especial la de los últimos intérpretes de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica, respectivamente.

Finalmente, tomando nota de la imposibilidad de aplicar de modo directo o subsidiario el régimen general de la responsabilidad civil establecido en el CCyC – conforme lo explicado en el punto 3.- se incluye, como recurso de integración, la aplicación analógica de tal régimen pues de otro modo la norma proyectada debería contener una serie de disposiciones específicas que conforman cualquier sistema indemnizatorio. La aplicación analógica, se prevé, debe hacerse adaptando las normas a los principios y normas de Derecho público provincial, evitándose de tal modo la utilización desmedida del recurso de la analogía.

ARTÍCULO 2. *Ámbito de aplicación.*

Las expresiones "responsabilidad estatal" o "responsabilidad del Estado" refieren a las relaciones jurídicas indemnizatorias que tienen como sujetos pasivos a la Provincia de Santa Fe, a las entidades autárquicas u otros entes descentralizados provinciales con personalidad diferenciada, a los Municipios, Comunas o demás organizaciones que, según el ordenamiento jurídico santafesino, son personas públicas provinciales o municipales. Esta ley rige también la responsabilidad de sus funcionarios y agentes.

Con la salvedad que se efectúa seguidamente, la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas; en caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Los supuestos de responsabilidad contractual derivados de relaciones jurídicas en las que el Estado ha intervenido sin poder de imperio, quedan captados por esta ley en lo que les resulte aplicable.

Las presentes disposiciones no rigen al Estado en su carácter de empleador.

La disposición establece qué relaciones jurídicas indemnizatorias quedarán captadas por sus reglas, las que se definen por el sujeto pasivo de las mismas, conformado por el Estado –en cualquiera de sus manifestaciones- y sus funcionarios y agentes.

Se reproduce el art. 10 de la LRE, entendiéndose razonable mantener la separación de regímenes de responsabilidad dadas las particularidades que asume el régimen estatal de contrataciones, como también conveniente la aplicación supletoria de la norma proyectada. Pero se realiza la salvedad de los casos de responsabilidad

contractual derivados de relaciones jurídicas en las que el Estado sea parte sin poder de imperio, en paridad de condiciones (v.gr. como inquilino de un inmueble, como donatario, etc.), a los que le serían aplicables las disposiciones proyectadas en lo pertinente.

Se margina de los alcances de la norma a los conflictos suscitados a partir de relaciones jurídicas en las que intervenga el Estado en su rol de empleador (relaciones de empleo público en general, accidentes de trabajo, etc.), las que se rigen por las disposiciones administrativas o laborales aplicables.

ARTÍCULO 3. *Presupuestos genéricos.*

La atribución de responsabilidad al Estado requiere un hecho jurídico que le resulte imputable, y la acreditación por parte del interesado de un daño cierto que guarde nexo adecuado de causalidad con el hecho.

Se prevén, como presupuestos básicos de la atribución del deber resarcitorio estatal, (i) la producción de un hecho jurídico imputable al Estado (que podrá consistir en una actividad u omisión estatal, o en un acontecimiento producido por cosas de propiedad estatal o bajo su guarda), (ii) un daño (que para ser resarcible debe reunir el requisito de certeza o certidumbre) y (iii) una relación de causalidad entre el daño y el hecho jurídico imputable al Estado (relación que debe ser «adecuada», lo que implica adoptar, conforme ha sido tradición en nuestro sistema jurídico, la teoría de la relación de causalidad adecuada que utiliza el criterio de la previsibilidad para seleccionar la causa del daño y para fijar los alcances de la reparación).

Se utiliza la expresión genérica de «hechos jurídicos imputables al Estado», evitando por una parte la referencia restrictiva a «actos ilícitos», como también la más usual de «actividad o inactividad estatal» que podría dejar poco (o en todo caso discutible) margen para la inclusión de los hechos dañosos causados por cosas de propiedad del Estado o bajo su guarda. Evidentemente, la expresión «hechos jurídicos» incluye a los hechos negativos, esto es, omisiones, silencios, abstenciones que de acuerdo a las circunstancias y al ordenamiento jurídico produzcan efectos jurídicos.

ARTÍCULO 4. *Presupuesto específico (factor de atribución)*

La atribución de responsabilidad al Estado exige, además de los presupuestos genéricos, su justificación en:

- a) Una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, en casos de actividad u omisión ilegítimas. Para su determinación se debe apreciar en concreto la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. La inactividad estatal se reputa ilegítima cuando se verifica la inobservancia de un deber de actuación específico impuesto por el ordenamiento jurídico; excepcionalmente, puede considerarse ilegítima la omisión en caso de inobservancia de mandatos impuestos de manera genérica e indeterminada, lo que requerirá por parte del juez un juicio estricto basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a adoptar.

- b) **El riesgo o vicio de la cosa, en casos de daños causados por cosas pertenecientes al Estado o bajo su guarda. El riesgo es también factor de atribución en caso de daños resultantes de actividades riesgosas imputables al Estado.**
- c) **El deber de seguridad, en casos de daños causados o sufridos por alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar de establecimientos educativos públicos, con los alcances que se establecen en el ARTÍCULO 11.**
- d) **Un sacrificio especial o anormal en beneficio de la comunidad que afecte el principio de igualdad ante las cargas públicas, en casos de daños derivados de una actividad estatal legítima**

La norma propuesta determina distintos factores de atribución, todos objetivos (lo que se afirma expresamente en el artículo siguiente), para diversos supuestos.

Para el más común o general en este ámbito, el de daños resultantes de actividad legítima o ilegítima del Estado (no captada en los supuestos siguientes), se establece el factor «falta de servicio»; no obstante, en vez de utilizar tal expresión que ha generado diversas interpretaciones (y traducciones del francés) se plasma la fórmula empleada por la Corte¹⁷ al definirlo: «violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular» fijando para su determinación las exigencias elaboradas en los precedentes citados por el Máximo Tribunal. La configuración de la ilegitimidad de las omisiones estatales requiere la inobservancia de un deber específico; en este punto la previsión se aparta de la análoga de la ley 26.944 en tanto ésta exige que el deber, además de determinado, sea «expreso», marginando sin justificación los casos en los que el deber de actuación se encuentra ínsito en el ejercicio de la actividad a cargo del Estado.¹⁸ La referencia al «ordenamiento jurídico» tiene su razón de ser en que el deber a cargo del Estado puede no hallarse en las leyes, pero sí en otras fuentes del sistema (fuentes internacionales, Constitución Nacional, principios, etc.).¹⁹ La proposición se aparta también de la citada norma nacional toda vez que admite como excepción a la especificidad del deber, sometida al juicio estricto que se impone al juzgador, el incumplimiento de deberes impuestos de modo genérico siguiendo el criterio fijado por la Corte (también en “Mosca”), menos restrictivo y más razonable a nuestro juicio.

En los casos de daños causados por el riesgo o vicio de las cosas de propiedad o bajo la custodia o guarda del Estado (supuesto muy habitual configurado por accidentes de tránsito protagonizados por vehículos oficiales o causados por pozos o deficiencias de señalización en las vías de circulación, por daños causados con el uso de arma reglamentaria, por caídas de árboles en el ejido urbano y otros) no se estima consistente justificar la responsabilidad en una «falta de servicio» sino más bien en la

¹⁷ CSJN, “Zacarías”, Fallos: 321:1124; y “Mosca”, Fallos: 321:1124.

¹⁸ COVIELLO, op. cit.

¹⁹ v. en similar sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Bs. As., Marcial Pons, 2009, p. 21; y PERRINO, Pablo, La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año XII (2013) N°23, p. 56, [en línea], <http://revistaderecho.um.edu.uy/?tag=ano-xii-2013-no-23> Fecha última consulta: 30.06.15.

teoría del riesgo, la que ha tenido profusa (aunque no pacífica) aplicación jurisprudencial en este ámbito.²⁰ Por lo demás, el acudimiento a la teoría del riesgo permite, con más justicia, la utilización de un eximente específico que juega en estos casos, como lo es el del uso de la cosa en contra de la voluntad (expresa o presunta) del dueño o guardián, que se prevé en el ARTÍCULO 6 *in fine*. Se incluyen también a las actividades riesgosas imputables al Estado que pueden configurarse en diversos supuestos.²¹

En lo que refiere a los daños causados o sufridos por alumnos en establecimientos educativos de propiedad estatal, se prevé como factor de atribución el deber de seguridad. Más allá de que este factor, comúnmente denominado «obligación tácita de seguridad», ha sido utilizado en materia de responsabilidad contractual y la naturaleza de la responsabilidad estatal en estos casos se encuentra discutida,²² es razonable justificar la atribución en un deber incuestionable que tiene a su cargo el Estado de velar por la seguridad de los niños y adolescentes que se encuentren bajo el cuidado de la autoridad educativa. Ello se condice con la solución impuesta en nuestro país por el art. 1117 del Código Civil (modificado por ley 24.830, B.O. 07/07/97), mantenida en el nuevo Código (art. 1767 CCYC), y con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la ley 26.061 (B.O. 26/10/05) de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, principalmente el del interés superior del niño que exige que en todas las decisiones y medidas que deban adoptarse con relación a sus intereses, se elijan aquellas que impliquen resguardar sus derechos fundamentales, por sobre las que impliquen restringirlos o cercenarlos. Por tradición y por el imperio de los principios apuntados, se entiende razonable mantener una solución similar a la que se viene aplicando desde hace años a nivel nacional; máxime, cuando una variación en este ámbito colocaría a los niños y adolescentes que asisten a establecimientos públicos, eventuales víctimas en el supuesto de hecho previsto en la norma, en una situación menos favorable frente a los que asisten a establecimientos privados, agravando más aún las desigualdades que, en términos generales y en los últimos años, la realidad muestra entre unos y otros.

²⁰ CSJN, Fallos 311:1018, 315:2834, 317:145, 317:728; 322:1792. CNCCFed., sala III, 17.08.04, LL, 12.01.05, p. 4; v. otros precedentes que sustentan la atribución de responsabilidad estatal en el riesgo creado (art. 1113 C.C.) en Mosset Iturraspe, Jorge – Lorenzetti, Ricardo L. (dirs.), Revista de Derecho de Daños, 2015-1, Responsabilidad del Estado II, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2015, pp. 448-454, 457 (Provincia de Córdoba); pp. 469-477, 479-481 (Provincia de Santa Fe). Jurisprudencia reciente en Santa Fe: TCRE N° 4 Santa Fe, 27.09.14, Aboli, Graciela, Res. 168, F° 302, T. 14; TCRE N° 1 Santa Fe, 14.05.15, Galiasso, José Aldo, Res. N° 63, F° 125, T. 28; TCRE N° 6 Rosario, 18.06.14, Giménez, Fernando, Res. N° 1703, F° 38, T. 109,

²¹ En “Zacarías” (Fallos 321:1124) la Corte califica como «riesgosa» a la actividad de los organizadores de espectáculos o justas deportivas, más allá de que en tal caso el organizador era un privado. Han hecho aplicación del criterio de «actividad riesgosa» al Estado, extendiendo la aplicación del art. 1113 2do. párrafo C.C. a estos supuestos: CNCiv., sala D, 03.12.02, R.C.y S., 2003-576 y ss. (persona dañada por una pelota de golf proveniente de una cancha de titularidad de la C.A.B.A.) y CCATrib. de C.A.B.A., sala I, 16.03.09, R.C.y S. N° 8, 2009, p. 8 (persona contagiada de virus HIV por transfusión de sangre); CFed.Apel.Córdoba, Sala B, 26.02.14, “Gritti de Dalmaso, Ana Elba”, L° 1, F° 62/65, Año 2014 (personas perjudicadas por la explosión de la fábrica militar de Río Tercero. Si bien no se hace aquí un desarrollo de la teoría de la actividad riesgosa, se sostiene que “la actividad llevada a cabo por la Fábrica Militar de Río III, esto es, fabricación de proyectiles y almacenamiento de los mismos, objetivamente debe ser considerada de naturaleza riesgosa, y potencialmente riesgosa, máxime tratándose de un establecimiento enclavado en una ciudad.”).

²² En la Provincia de Santa Fe prevalece la postura extracontractual, sobre la base del precedente “Coronel” de la Corte Suprema de Justicia (A. y S., T. 230, p. 234-236).

Más que una irregularidad del servicio que justifique incluirlos en el inc. a) de la norma proyectada, hay en estos supuestos un incumplimiento del deber de seguridad que en orden al cuidado de los niños y adolescentes confiados a la autoridad educativa, tiene a su cargo el Estado a modo de obligación de resultado. La disposición se complementa con el ARTÍCULO 11 donde se precisan los alcances de esta responsabilidad especial.

Finalmente, se determina como factor de atribución para los daños resultantes de la actividad legítima estatal, la configuración de un sacrificio especial o anormal en beneficio de la comunidad que afecte el principio de igualdad ante las cargas públicas, reproduciendo la fórmula utilizada –aunque no siempre expresada en idénticos términos- en numerosos pronunciamientos de la Corte.²³ No se incluye la referencia relativa a la «afectación de derechos adquiridos» prevista en el inc. e) del art. 4° de la LRE, por entenderla restrictiva al marginar intereses legítimos y legítimas expectativas que, de acuerdo a las circunstancias del caso, podrían ser afectados y merecer una reparación.²⁴

ARTÍCULO 5. *Carácter de la responsabilidad.*

La responsabilidad del Estado, acreditados dichos presupuestos según el caso, es objetiva y directa.

Aun cuando pudiera resultar redundante (puede extraerse la idea de los factores de atribución previstos en la norma anterior), se deja claramente establecida la naturaleza objetiva y directa de la responsabilidad del Estado provincial, siguiendo la opinión mayoritaria en doctrina y la línea trazada por la Corte.

ARTÍCULO 6. *Eximentes.*

Son eximentes totales o parciales de la responsabilidad estatal el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de la víctima y el de un tercero por quien no tengan el Estado o sus funcionarios y agentes el deber de responder. Cuando el daño se cause por el riesgo o vicio de una cosa, constituye factor eximente adicional la demostración de su utilización contraria a la voluntad estatal, expresa o presunta.

Se prevén como causas eximentes de responsabilidad al caso fortuito o fuerza mayor, al hecho de la víctima y al de un tercero por quien no se tenga el deber de responder. Se deja aclarado que los mismos pueden ser totales o parciales, previendo la situación de concurrencia causal que justificaría una atribución parcial de responsabilidad al Estado (y en su caso, a sus funcionarios y agentes), proporcional a la incidencia causal determinada. La aclaración no es redundante, en tanto el texto del art. 2° de la LRE (que no dice nada al respecto) podría interpretarse en el sentido de que en caso de concurrencia causal (v.gr. un daño causado por el Estado pero también por la conducta de la víctima) el Estado se vería eximido, injustamente, del deber de responder.²⁵

²³ CSJN, 308:2626, 317:1233, entre otros, más recientemente “Malma Trading S.R.L.”, 15/5/2014.

²⁴ Puede verse la observación hecha por COVIELLO sobre este punto; op. cit.

²⁵ Ibidem.

Se alude al «hecho de la víctima» y no a su «culpa», por entender más precisa la expresión, en tanto pueden existir hechos atribuibles a la víctima aunque no a su culpa, que contribuyan a la producción del daño y no sean por tanto imputables al Estado o sus funcionarios y agentes.

Se agrega, como eximente específico para el caso de daños causados por el riesgo o vicio de las cosas, su utilización en contra de la voluntad estatal, expresa o presunta; tal eximente específico justifica adicionalmente la inclusión del factor de atribución previsto en el ARTÍCULO 4° inc. b).

La norma se complementa con el ARTÍCULO 11 que regula situaciones especiales.

ARTÍCULO 7. *Modos de reparación.*

La víctima puede demandar la reparación en especie y en dinero, conjunta o indistintamente, excepto que la primera sea parcial o totalmente imposible o excesivamente onerosa.

La norma propuesta contempla tres posibilidades, a opción de la víctima: (i) la reparación en especie; (ii) la reparación en especie y en dinero, y (iii) la reparación en dinero.

La reparación en especie no es frecuente en nuestro sistema, aunque es previsible que paulatinamente pueda darse con mayor asiduidad a través de la asimilación de los criterios que en la materia viene estableciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁶

Tal tipo de reparación puede consistir en la reparación o reposición de cosas dañadas o destruidas por el hecho jurídico atribuible al Estado, en la imposición del deber de prestar determinados servicios (médicos, psicológicos, kinesiológicos, etc.), de cubrir determinadas prácticas, de publicar la sentencia, de retractarse públicamente u otras modalidades posibles cuya implementación podría solicitar la víctima y evaluar el juez. El límite que se establece para tal pretensión es la imposibilidad total o parcial de concretarla, o la excesiva onerosidad que la misma demandaría.

Adicional o alternativamente podría la víctima demandar una reparación en dinero.

ARTÍCULO 8. *Extensión del resarcimiento.*

La reparación debe ser plena y adecuada a la entidad del daño resarcible acreditado. Alcanza los daños patrimoniales y no patrimoniales que resulten consecuencias inmediatas o mediatas previsibles del hecho dañoso.

El juez puede atenuar la indemnización si es equitativo en función de la situación personal de la víctima, las circunstancias del hecho y las consecuencias generalizables de la decisión a adoptar.

²⁶ Remito a la bibliografía mencionada en la Nota al pie n° 9.

La disposición proyectada, en consonancia con el art. 19 C.N. y el art. 63.1 del Pacto de San José de Costa Rica sienta el principio de la reparación plena, y establece los alcances de la reparación tomando como pauta la previsibilidad, tal como lo predica la teoría de la relación adecuada y lo estableció originalmente, incluso antes de la elaboración de la misma, Vélez Sarsfield en el régimen de imputabilidad fijado en los arts. 901, 903 a 906 del Código Civil. Por lo tanto, se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediatas (previsibles) del hecho generador.

No se establecen limitaciones según el tipo de daños, como sí lo hacen los arts. 4° y 5° de la ley 26.944, exigiendo que el daño además de cierto sea «actual» (marginando el daño futuro cierto), «mensurable en dinero» (fórmula anómala que podría marginar daños no patrimoniales que al no existir unidad de medida en puridad no serían «mensurables»), requiriendo una relación de causalidad «inmediata y exclusiva» (marginando del deber resarcitorio consecuencias mediatas previsibles o ya, como hemos dicho antes, impidiendo la responsabilidad estatal en supuestos de concurrencia causal), y descartando por lo demás la indemnización del lucro cesante, del daño moral e incluso, tal vez, dependiendo del criterio interpretativo que se use, de daños emergentes que exceden el valor objetivo del bien dañado. Tales cercenamientos, aun cuando en parte puedan fundarse en algunos precedentes de la Corte (principalmente en “Ledesma”, 1989, Fallos: 312:2022, y “Columbia”, 1992, Fallos: 315:1026), lo cierto es que no resultan actualmente defendibles. A partir de “El Jacarandá” (2005, Fallos: 324:2654), y contando con antecedentes destacables,²⁷ la Corte fijó criterio respecto al resarcimiento del lucro cesante, y no aparecen restricciones en precedentes posteriores, análogas a las previstas en ley nacional. Dejando al margen la doctrina civilista que ha reaccionado ante este tipo de criterios restrictivos, prestigiosos administrativistas se han manifestado categóricamente en igual sentido.²⁸ Por último, como ya hemos señalado, estos cercenamientos (considerados en conjunto o, incluso, individualmente) no podrían en la actualidad, luego de las transformaciones operadas en el sistema jurídico por los fenómenos del constitucionalismo y convencionalismo ya aludidos, superar los test que los mismos respectivamente demandan, al afectar, entre otros principios y derechos fundamentales que podrían ponerse en juego, los de reparación plena, igualdad y propiedad.

²⁷ “Boccará” (Fallos: 277:225), “Sánchez Granel” (Fallos: 306:1049), “Juncalán Forestal S.A.” (Fallos: 312:2266), “Cachau” (Fallos: 316:1335), entre otros.

²⁸ MERTEHIKIAN, Eduardo, La responsabilidad pública, Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema, Bs. As., Abaco, 2001, pp. 56, 135; COVIELLO, op. cit.; PERRINO, Pablo E., Lineamientos principales de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios y Agentes Públicos, [en línea] http://www.calp.org.ar/uploads/docs/lineamientos_principales_de_la_ley_de_responsabilidad_del_estado_y_de_los_funcionarios_y_agentes_publicos_pablo_esteban_perrino.pdf, Fecha última consulta: 30.06.15; el mismo autor, La extensión del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad legítima en la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos, en Rosatti, Horacio (dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 263 y ss.; BIANCHI, Alberto, La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (a propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado), en Rosatti, op. cit., pp. 195 y ss.

Se prevé la potestad judicial de atenuar la extensión del resarcimiento teniendo en cuenta la situación personal de la víctima, las circunstancias del hecho y las consecuencias generalizables de la decisión a adoptar, fundada en razones de equidad. Tal posibilidad se halla contemplada por el art. 1069 C.C. en consideración a la situación patrimonial del deudor, y por el art. 1742 CCYC que atiende al patrimonio del deudor, a la situación personal de la víctima y a las circunstancias del hecho.

Siendo deudor el Estado –aun con las consabidas dificultades económico-financieras en las que suele estar inmerso- no parece razonable considerar su situación patrimonial para la atenuación prevista. Pero sí, en cambio, los otros dos parámetros considerados por la última norma citada. Así, parece razonable realizar distinciones según la víctima fuese una persona jurídica o humana, según su situación económica fuese holgada o no, según el grado de relevancia del sacrificio especial, según qué tipo de necesidades de la comunidad estaban en juego al decidirse la actuación estatal para satisfacerlas, según se trate de un supuesto de responsabilidad por actividad legítima o no, etcétera. La norma proyectada contempla también como pauta para evaluar una atenuación equitativa, la apreciación de las consecuencias generalizables de la decisión, lo que implicaría una mirada prospectiva sobre los efectos sociales, económicos y jurídicos que una réplica generalizada de la decisión proyectada tendrían, y que podría en ciertos casos determinar una atemperación del *quantum* que, lógicamente, deberá argumentarse debidamente.

ARTÍCULO 9. Legitimación para reclamar consecuencias no patrimoniales.

Sólo la persona directamente damnificada se encuentra legitimada para reclamar la reparación de las consecuencias no patrimoniales. Si del hecho resulta su muerte, tienen legitimación para reclamar reparación de sus propios daños, a título personal, los hijos, los padres, el cónyuge y la persona conviviente por un período no inferior a dos años. De acuerdo a las circunstancias del caso y sólo si se acredita la convivencia con la víctima al momento del hecho, pueden también indemnizarse las consecuencias no patrimoniales sufridas por los hermanos menores de edad o con discapacidad, los abuelos y los nietos.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales de la persona legitimada si es interpuesta por ésta.

Se establecen limitaciones respecto a la legitimación para el reclamo de *consecuencias no patrimoniales* (se utiliza esta expresión, en vez de daños morales o espirituales por ser la empleada en el nuevo Código Civil y Comercial, entendiendo razonable evitar diferencias terminológicas que podrían generar confusiones o variaciones interpretativas estériles).

Conforme lo hacen el art. 1078 C.C. y el art. 1741 CCYC (como principio, este último) se fija como primer límite, imprescindible para el sistema, la legitimación exclusiva del damnificado directo para reclamar este tipo de daños.

En caso de muerte, pueden reclamar sus propias consecuencias no patrimoniales los hijos, los padres, el o la cónyuge, la persona conviviente -requiriéndose un plazo mínimo de dos años continuados de convivencia-, y (siempre que convivieran con la víctima al momento del fallecimiento) los hermanos menores, los hermanos mayores con discapacidad, los abuelos y los nietos. Hay en esto una adaptación a los criterios doctrinarios y jurisprudencia mayoritaria que a lo largo de los años ha venido ampliando la legitimación penetrando la valla que suponía el mencionado art. 1078 C.C. en múltiples supuestos. Se tiene en cuenta, además, que una solución restrictiva en este punto (que impediría a seres tan cercanos a la víctima como los mencionados acceder a la reparación de sus padecimientos) no superaría los controles de constitucionalidad y convencionalidad. De todos modos, la norma comienza con la fórmula «De acuerdo a las circunstancias ...», que confiere al juez un margen de apreciación en cada caso para determinar la procedencia de la reparación y en tal caso, su alcance.

Para la transmisión de la acción que a título personal tenía la persona damnificada directa a sus sucesores, se exige que en vida la hubiera ejercitado.

ARTÍCULO 10. Responsabilidad del funcionario y del empleado público.

Los funcionarios y los empleados públicos son responsables por los daños causados por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Las responsabilidades de los funcionarios o empleados públicos y del Estado son concurrentes.

Si la demanda se entabla exclusivamente contra el Estado, éste debe citar como terceros a los funcionarios y agentes a los que considere responsables del daño de acuerdo a las circunstancias, a fin de evitar la excepción de negligente defensa en la acción de repetición posterior que en su caso habrá de entablárseles.

Se regula la responsabilidad de funcionarios y agentes por los daños derivados de su actuación irregular en el desempeño de sus cargos.

La norma aclara el carácter concurrente (indistinto o conexo) de las obligaciones de los funcionarios y agentes y las del Estado, esto es de aquéllas que presentan identidad de acreedor y de objeto, pero diversidad de deudor y de causa²⁹ lo cual tiene consecuencias relevantes en su comparación con las obligaciones solidarias. Se sigue en este punto la previsión contenida en el art. 1765 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

El segundo párrafo contempla la situación de que sólo fuera demandado el Estado, disponiendo para tal eventualidad la citación -bajo la modalidad de denuncia de *litis*- a los funcionarios o agentes causantes del daño, si de las circunstancias del hecho correspondiese hacerlo. Una previsión similar contiene el art. 10 de la ley provincial 7234, pero sin expresar el tipo de citación de terceros requerida, ni su finalidad. Por tanto la presente norma complementa a dicho artículo.

²⁹ CALVO COSTA, Carlos A., Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes. Similitudes y diferencias, [en línea] <http://ccalvocosta.com.ar/ARTÍCULOS/Obligaciones%20solidarias%20y%20concurrentes.pdf> Fecha última consulta: 22/06/15.

ARTÍCULO 11. *Supuestos especiales.*

El Estado es responsable por daños causados o sufridos por alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar de establecimientos educativos públicos. En todos los casos deberá contratarse un seguro de responsabilidad civil. Esta disposición no es aplicable a daños producidos en establecimientos de educación superior, terciaria o universitaria.

La responsabilidad estatal por error judicial requiere una actuación judicial irregular o ilegítima que sea declarada por un pronunciamiento posterior que remueva la autoridad de cosa juzgada y determine su naturaleza y magnitud. Los magistrados judiciales son responsables por los daños derivados de su actuación irregular o ilegítima, sin necesidad de suspensión o remoción previa, en los términos establecidos por el art. 93 inc. 7 de la Constitución provincial.

El Estado no responde por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada. Excepcionalmente es responsable, principal o subsidiario, cuando el daño resulta, directa e ineludiblemente, del acatamiento de órdenes o cláusulas impuestas por el Estado o del irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico pone a su cargo de un modo específico.

La disposición contempla supuestos que por sus particularidades ameritan un tratamiento especial.

En primer término, el de los daños producidos en establecimientos educativos estatales a cuyo factor de atribución ya se hizo referencia. La norma establece la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil, práctica que se encuentra cumplimentada en la actualidad en los establecimientos provinciales. Y se excluye de los alcances de la disposición a los entes de educación terciaria y universitaria.

Se regula la responsabilidad estatal por error judicial, receptando el criterio excepcional de la Corte –asumido también por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia.³⁰ Afirma la Corte local, remitiéndose a lo sostenido por la doctrina administrativista mayoritaria y por la jurisprudencia, que la razón de dicha excepcionalidad radicaría en "... que la paz social y la vida comunitaria exigen de los individuos el sacrificio de soportar la acción del Estado cuando éste actúa en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales". En esa línea se descarta la atribución de responsabilidad por actuación judicial legítima o lícita.³¹ Por lo demás, el criterio se adapta a las directivas previstas en los arts. 9º (6to. párrafo) y 18 de la Constitución Provincial. En este ámbito y en lo que respecta a los magistrados, se recepta la manda contenida en el art. 93 inc. 7 de la Constitución Provincial, cuya validez y

³⁰ "Aragón" (A y S t 219 p 140-150).

³¹ CASSAGNE, Juan C., Derecho Administrativo, 5ª. ed. actualizada, Bs. As., Abeledo Perrot, 1996, T. I, pp. 212 y ss.

constitucionalidad ha sido reafirmada por la Corte Provincial,³² en pronunciamiento luego avalado por la Corte Nacional.³³

En materia de daños causados por concesionarios o contratistas públicos se sigue la solución de la LRE, pero se atenúa su estrictez previendo como excepción la responsabilidad estatal, principal o subsidiaria, si el daño deriva –sin margen de dudas- del cumplimiento de órdenes o cláusulas contractuales impuestas por el Estado, o del deficiente ejercicio por parte de éste de las funciones de contralor que tiene impuestas de un modo específico.³⁴

ARTÍCULO 12. *Daños causados por entidades autárquicas u otros entes descentralizados.*

No es demandable el Estado cuando el daño resulte de la actividad o inactividad imputable a entidades autárquicas u otros entes descentralizados que gocen de personalidad diferenciada de la Administración central, únicos legitimados pasivos en tales supuestos. Sólo en caso de que la condena no fuese atendida en tiempo y forma por la entidad pública demandada, podrá requerirse su cumplimiento a la Administración central en los términos previstos por la legislación vigente para el cumplimiento de sentencias firmes.

Cuando el ente descentralizado careciera de servicio jurídico permanente o cuando la importancia del asunto lo justificara, puede asumir la defensa del mismo Fiscalía de Estado de la Provincia, las Fiscalías Municipales o el servicio jurídico de las Comunas, según el caso.

La disposición establece que en los supuestos de daños producidos por entidades autárquicas u otros entes descentralizados con personalidad propia, la Administración Central no debe ser demandada. Siguiendo el camino homogéneamente trazado por la Corte a partir del caso "Boccará",³⁵ y continuado por precedentes emitidos en integraciones más recientes³⁶ que hicieron lugar a las defensas de falta de legitimación pasiva interpuesta por el Estado apartándolo del proceso, se determina en tales supuestos la ausencia de legitimación pasiva de la Provincia de Santa Fe, Municipalidades o Comunas, según el caso.

No obstante, para el supuesto de incumplimiento de condenas por parte del ente descentralizado con personalidad diferenciada, la disposición propuesta establece la exigibilidad de la misma a las Administraciones Centrales correspondientes, a través del régimen legal vigente para el cumplimiento de sentencias firmes contra el Estado. De tal modo se concilia la postura de la Corte con la opinión doctrinaria dominante

³² CSJSFe, "Marincovich", 27.06.07, A. y S. t. 220 pp. 271-277.

³³ CSJN, "Marincovich" (M.424.XLV),01.08.13.

³⁴ PERRINO, Pablo E., Responsabilidad del Estado, pp. 17-18, [en línea], Colegio de Abogados Departamento Judicial Trenque Lauquen, <http://www.catl.org.ar/archnovedades/DictamenPerrino.pdf> Fecha última consulta: 29.07.15.

³⁵ Fallos: 277:224.

³⁶ CSJN, "Galiano, Clara Noemí" (10.05.05, G. 3090. XXXVIII); se sostuvo allí que "... frente a la autarquía de la entidad de que se trata, la que la hace titular de derechos y obligaciones en forma independiente del Estado provincial, resulta que éste carece de legitimación pasiva como para permanecer en el proceso". Se reitera el criterio en "Argencard" (13.02.07, Fallos: 330:103), "I.B.M." (20.02.07, Fallos: 330:173), "Sofía, Virginia" (29.04.08. S. 703. XLIII) y "Morales, Jorgelina" (29.04.08, M. 881, XL), entre otros. Idéntica postura adoptó la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en "Pozo", 07.05.08).

que postula en estos casos la responsabilidad subsidiaria del Estado, posición que fuera avalada por la Corte Provincial en el caso "Zorzoli"³⁷

Asimismo se contempla la posibilidad de que la defensa jurídica del ente descentralizado sea ejercida por Fiscalía de Estado, las Fiscalías Municipales o los servicios jurídicos de las Comunas, cuando la importancia del pleito pudiera justificarlo o cuando el ente careciera de servicio jurídico propio a tal efecto.

ARTÍCULO 13. Acción resarcitoria y decisión administrativa dañosa.

El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

La norma reproduce el art. 8º de la LRE. Se tiene en consideración que cuando el reclamo indemnizatorio deriva de la ilegitimidad de un acto administrativo o de la inconstitucionalidad de una norma, se trata de una pretensión accesoria que exige la previa declaración nulidad o inconstitucionalidad. Por tanto la acción puede entablarse conjuntamente con la impugnación, o una vez culminado el proceso generado por ésta.

ARTÍCULO 14. Prescripción.

La acción indemnizatoria prescribe a los tres años de producido el daño.

La reclamación administrativa previa suspende el curso de la prescripción por seis meses o el plazo menor que corresponda para que opere la misma. La interposición de pronto despacho, nuevas reclamaciones o recursos contra decisiones administrativas carecen de efectos sobre el cómputo del curso de la prescripción.

La iniciación del incidente de declaratoria de pobreza, de medidas preparatorias o cautelares, interrumpen el curso de la prescripción, reanudándose automáticamente el mismo a partir de la interposición. La interrupción se produce una sola vez, con el inicio del primero de cualquiera de los trámites aludidos por el interesado.

La acción del Estado para repetir lo abonado contra el funcionario o empleado causante del daño, prescribe a los tres años contados desde la fecha del pago.

Aun resultando discutible la competencia provincial para regular temática relativa a la prescripción de las acciones,³⁸ se ha decidido hacerlo en la presente propuesta por muchas razones: (i) porque el criterio de la Corte reseñado en la nota anterior no ha sido acatado unánimemente, existiendo doctrina y jurisprudencia que ha sostenido la autonomía local para regular el instituto de la prescripción en materias reservadas por las Provincias, como por ejemplo la tributaria, lo que podría trasladarse

³⁷ ZORZOLI, Roberto contra PROVINCIA DE SANTA FE y/u otro – Juicio Ordinario- (Expte. 174/08) sobre QUEJA" (Expte. C.S.J. nro. 227, año 2010), 15.02.11.

³⁸ No es un dato menor que la Corte reiteradamente haya sostenido el criterio según el cual la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (Fallos: 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795, 320:1344, "Filcrosa" (30.09.03), "Casa Casmma SRL" (2009) "Fisco de la Provincia de Córdoba" (01.11.11).

a este ámbito; (ii) porque «el destierro» de la responsabilidad estatal del Código Civil y Comercial, considerando sobre todo los términos categóricos en que se plasmó el mismo, permiten suponer que podría incluir lo referido a la regulación de la prescripción de las acciones resarcitorias y constituir un argumento como para que la Corte varíe su criterio en este ámbito; (iii) porque en lo principal (plazo de tres años de prescripción), la norma proyectada no se aparta de la disposición de fondo análoga (art. 2561 2do. párrafo CCYC); (iv) porque un camino análogo adopta la LRE (art. 7º); y, finalmente, (v) por considerar necesario, además de fijar el plazo (que, como se dijo, es análogo a los previstos por el CCYC y la LRE), precisar cuestiones accesorias que eviten confusiones comunes en la práctica y sus consiguientes conflictos interpretativos, en un ámbito tan sensible como lo es el de la prescripción liberatoria.

Así, intentando despejar incertidumbres habituales en este campo, se regula el efecto de la reclamación administrativa previa, equiparando la situación a la interpelación fehaciente prevista en el art. 2541 CCyC. Se hace lo propio respecto a la promoción de los trámites de declaratoria de pobreza, preparatorios y cautelares, disponiendo su efecto interruptivo, como también que la interrupción opera por única vez con la iniciación de cualquiera de dichos trámites y que el plazo comienza a correr a partir de la iniciación de los mismos, siguiendo en este punto el criterio adoptado respecto al efecto de la interposición de declaratorias de pobreza por la jurisprudencia local.³⁹

Finalmente, se establece también el plazo de prescripción de la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño, fijándose también el de tres (3) años, contados desde el momento del pago hecho por aquél.

ARTÍCULO 15. *Pautas para la determinación y cuantificación de daños.*

Los jueces deben justificar la cuantificación de los rubros indemnizatorios reconocidos. A tal efecto deben ser tenidas en cuenta las circunstancias del caso y las decisiones adoptadas por otros tribunales provinciales en casos similares o análogos, procurando evitar disparidades que traduzcan un trato desigual a los justiciables.

Los daños no patrimoniales deben cuantificarse según la gravedad de la afectación, autónomamente, evitando fijarlos en un porcentaje de los daños patrimoniales. Debe atenderse a lo decidido en casos similares o análogos, y ponderar las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar a la víctima las sumas reconocidas.

La indemnización por pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. Su cuantificación requiere considerar el valor de la oportunidad o chance frustrada por el hecho dañoso. A tal efecto debe estimarse el valor del beneficio esperado o de la pérdida que se esperaba evitar, y aplicarse un porcentaje en función de las probabilidades que en el caso concreto la víctima tenía de obtenerlo o evitarla, respectivamente.

³⁹ CCCSFe, Sala Primera, 03.10.08, Cravero Jorge Néstor c. Aimone De Cinquni Celita. LL Litoral 2009, febrero, p. 99; Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 1 de Rosario, 28.12.10, Herrera c/ Millan Olga s/ Daños Y Perjuicios; Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 1 de Santa Fe, 31.03.14, Loza, Eduardo Pascual c/Provincia de Santa Fe s/Indemnización de Daños y Perjuicios.

Se ha estimado conveniente incluir algunas directivas para la tarea de cuantificación de los daños, en tanto constituye un ámbito en el que habitualmente se advierten deficiencias argumentativas y notorias desigualdades en casos que por su similitud no las justifican.

En tal sentido se establece el deber del juez en orden a justificar la decisión cuantificadora, lo que implica exponer claramente (de modo comunicable y controlable) las razones que lo llevaron a establecer un valor x en la cuantificación de un cierto rubro. Esta motivación es muchas veces omitida en la práctica o sorteada a través de meras afirmaciones dogmáticas, vacías de contenido, y se generan así serias dificultades para conocer las verdaderas razones, si las hubo, y para impugnar una decisión cuyos fundamentos se ignoran. Como pautas a considerar al efecto, la norma propuesta remite a las circunstancias del caso, pero también a la jurisprudencia local en casos similares o análogos que contribuyan como referencia y, adicionalmente, permitan gradualmente lograr una cierta uniformidad de criterios que mitiguen las profundas distorsiones que la realidad muestra a diario.⁴⁰

Se prevé expresamente la autonomía de las consecuencias no patrimoniales respecto a las patrimoniales. A esta altura parece ser ello una obviedad, pero deja de serlo cuando se advierten fallos recientes⁴¹ que continúan fijando la cuantía de las primeras en un porcentaje de las segundas, sin contemplación de sus resultados. Para su cuantificación la regla remite (también) a lo resuelto en situaciones similares y, siguiendo la previsión contenida en el art. 1741 *in fine* del CCYC, exige ponderar las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar a la víctima las sumas reconocidas. Se trata de dos pautas que posiblemente permitan obtener algún grado de razonabilidad en los argumentos exigibles para fundar la cuantificación de un rubro complejo ante la ausencia de unidad de medida que permita mensurarlo en términos matemáticos.

El último párrafo alude a otro rubro de difícil cuantificación en el que abundan criterios encontrados y confusiones: el de la pérdida de chances, estableciéndose una pauta que se entiende razonable –tal vez la única posible– para determinar y justificar el *quantum*.

ARTÍCULO 16. Intereses.

El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio. En caso de que el capital de un rubro resarcitorio determinado se determine según valores

⁴⁰ En trabajos anteriores destacué la relevancia de este problema graficándolo con precedentes que patentizaban las desigualdades en la adjudicación; v. Incertidumbre y Derecho de Daños. La discrecionalidad en las decisiones y sus consecuencias, en revista Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, 2015-VI, p.16; Cuantificación de daños y desconcierto, DPI Diario, Sección Doctrina en dos páginas, [en línea], <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/civil-doctrina-2015-03-09.pdf> Fecha última consulta: 01.07.15; y Conocimiento judicial del daño y cuantificación, en Revista de Derecho de Daños, 2013-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 119 y ss.; en particular, pp. 134, 135, 149 y 150.

⁴¹ Por mencionar sólo casos locales: Juzg. 1ra. Inst. Civ. y Com. Venado Tuerto, 12.02.09, "Mazzini, Francisco y otros c/Superior Gobierno de la Provincia de Santa Fe s/Daños y Perjuicios" (Expte. 210/92); Juzg. 1ra. Inst. Civ. y Com. 3ra. Nom. Santa Fe, 08.09.14, "Medina, Sinforoso c/Provincia de Santa Fe s/Ordinario" (Expte. 372 – Año 2010); sentencias no firmes.

vigentes al momento de practicarse una pericia o del dictado de la sentencia, al período anterior sólo se le aplicará una tasa de interés puro.

La norma intenta zanjar discusiones relativas al cómputo y al tipo de intereses a aplicar a los reconocimientos indemnizatorios.

En cuanto al cómputo, se establece como regla que su curso comienza desde la producción del daño, descartando posicionamientos restrictivos que fijan el inicio en la fecha de la intimación fehaciente (o en el caso, reclamación administrativa previa) o de la demanda, y siguiendo de tal modo criterios mayoritarios y por lo demás, de mayor razonabilidad y ajuste al principio de reparación integral.

En lo que refiere al tipo de intereses, se prevé la hipótesis (muy frecuente en la práctica), de que la cuantificación se realice según valores vigentes con posterioridad a la producción del daño, esto es, a la fecha de la pericia cuando la valoración es hecha por un perito (v.gr., costos de reparación de un vehículo o de reposición de un bien estimados a la fecha de producción del dictamen pericial), o de la sentencia (cuyo caso más frecuente es la cuantificación del daño moral). Hipótesis que ha generado la discusión respecto al tipo de interés a aplicar a tales cuantías por el período comprendido entre la producción del daño y su valuación. En el entendimiento de que en tales supuestos, a diferencia de lo que ocurre con rubros cuya estimación se hace a valores vigentes a la fecha del daño (v.gr., cuando la sentencia reconoce como daño emergente una factura abonada por la víctima antes o a la época de la demanda), la cuantificación contiene una actualización del crédito, se prevé la aplicación de una tasa de interés puro (que supone, exclusivamente, el pago de un precio o compensación por el uso de un capital), pues lo contrario implicaría, además de un tratamiento desigual injustificado con rubros no actualizados, una repotenciación del crédito inadmisibles. Aunque la cuestión es muy discutida en la jurisprudencia provincial, la norma proyectada sigue los lineamientos del precedente "Gianelli" en el que la Sala 2da. de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe sostuvo: "... en materia de daños y perjuicios ... cuando se establece la indemnización correspondiente a rubros tales como incapacidad y daño moral, se determina en moneda actual, esto es a valores a la época en que el Tribunal ha ponderado la entidad del perjuicio para el período comprendido entre la fecha del hecho y la de la sentencia, corresponde la aplicación de un "interés puro" [...] la obligación de indemnizar es una deuda de valor, es decir que se encuentra constituida por un valor abstracto, y no por una suma de dinero ... Por tal razón ... las obligaciones de valor deben ser liquidadas respetándose o conservándose a su respecto la misma aptitud patrimonial que tuvieron en origen, aunque ello se traduzca en una cantidad numéricamente mayor que la adeudada al tiempo del nacimiento de la obligación, siempre que en definitiva ambas sumas tuviesen idéntico poder adquisitivo...".⁴²

ARTÍCULO 17. Competencia.

⁴² 20.12.11, Res. 293-Fº 152-Libro 13. Tal criterio ha sido adoptado por la Corte Nacional ("Badiali", Fallos 329:2088), por la Corte Provincial ("Suligoy", A. y S., T. 171/191), por la Sala 2da. de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario ("Galatiotto", 31.03.11), y por la Sala 1ra. de la misma Cámara ("Calabrese", 10.11.09).

Hasta tanto se dispongan por ley posterior las modificaciones necesarias para que los casos regidos por la presente se sustancien ante la justicia contenciosa administrativa o ante otros tribunales especiales a crearse, se seguirán tramitando por ante los tribunales y juzgados con competencia civil, o en los que en el futuro los reemplacen, a través de los procedimientos previstos en cada caso por la legislación de forma.

En consideración al enfoque publicístico que cabe acordar a la responsabilidad estatal luego de las reformas legislativas operadas, se considera que la competencia para resolver los conflictos indemnizatorios no puede seguir siendo la civil como tradicionalmente lo ha sido.

No obstante, la modificación inmediata en este ámbito traería aparejados enormes problemas de implementación, puesto que se necesitarían reformas legislativas (entre otras posibles, a las leyes 10160, 11330 y 11331) que además de fijar las nuevas competencias y establecer los procedimientos rituales, deberían también contemplar la creación de nuevos tribunales especializados (o ya asignar nuevas competencias a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, las que en tal caso deberían ampliarse) que sean capaces de dar respuesta al cúmulo adicional de trabajo que el cambio aparejaría. Por tal motivo, como disposición transitoria se prevé que hasta tanto tales reformas puedan concretarse las causas captadas por la norma seguirán tramitando por ante los jueces hoy competentes y por las vías procesales correspondientes.

ARTÍCULO 18. *Derecho transitorio.*

Esta ley rige para las relaciones jurídicas indemnizatorias que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia, con excepción de las reglas de índole procesal que son de aplicación inmediata.

Teniendo en cuenta que la relación jurídica indemnizatoria se consolida con la producción del daño, la aplicación de la norma a relaciones anteriores a su entrada en vigencia constituiría una pretensión inconsistente de retroactividad que encontraría límites muy concretos en la afectación de derechos amparados por la Constitución Nacional (art. 3º C.C. y 7º CCYC).

Se dejan a salvo previsiones de índole procesal que, como tales, podrían resultar de aplicación inmediata.

No obstante su falta de vigencia, podría ser utilizada en términos argumentativos en cuestiones que son actualmente objeto de debates.

ARTÍCULO 19. *Derogación.*

Derógase la ley 7658 y toda otra norma incompatible con la presente.

Se dispone la derogación de la ley referida, que prevé una indemnización para casos de error judicial, cuando prosperara el recurso de revisión interpuesto a favor de una persona condenada a pena privativa de la libertad o a inhabilitación de cumplimiento efectivo. Se ha entendido que no tiene razón de ser su subsistencia ante el dictado de una ley general que captaría el supuesto previsto en la misma.

5. Anexo: texto de la ley proyectada

Ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Santa Fe

ARTÍCULO 1. *Fuentes de la responsabilidad estatal. Interpretación.*

La responsabilidad estatal por los daños causados a terceros en el ámbito de la Provincia de Santa Fe se rige por esta ley, interpretada conforme con el bloque de constitucionalidad federal, la Constitución de la Provincia de Santa Fe y las disposiciones de derecho público local que resulten aplicables. A tal efecto debe considerarse la jurisprudencia, en especial los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En situaciones no previstas, son aplicables por analogía las disposiciones pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación, las que deberán ser adaptadas a los principios y normas del Derecho público local.

ARTÍCULO 2. *Ámbito de aplicación.*

Las expresiones "responsabilidad estatal" o "responsabilidad del Estado" refieren a las relaciones jurídicas indemnizatorias que tienen como sujetos pasivos a la Provincia de Santa Fe, a las entidades autárquicas u otros entes descentralizados provinciales con personalidad diferenciada, a los Municipios, Comunas o demás organizaciones que, según el ordenamiento jurídico santafesino, son personas públicas provinciales o municipales. Esta ley rige también la responsabilidad de sus funcionarios y agentes.

Con la salvedad que se efectúa seguidamente, la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas; en caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Los supuestos de responsabilidad contractual derivados de relaciones jurídicas en las que el Estado ha intervenido sin poder de imperio, quedan captados por esta ley en lo que les resulte aplicable.

Las presentes disposiciones no rigen al Estado en su carácter de empleador.

ARTÍCULO 3. *Presupuestos genéricos.*

La atribución de responsabilidad al Estado requiere un hecho jurídico que le resulte imputable, y la acreditación por parte del interesado de un daño cierto que guarde nexo adecuado de causalidad con el hecho.

ARTÍCULO 4. *Presupuesto específico (factor de atribución)*

La atribución de responsabilidad al Estado exige, además de los presupuestos genéricos, su justificación en:

- 1) Una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, en casos de actividad u omisión ilegítimas. Para su determinación se debe apreciar en concreto la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. La inactividad estatal se reputa ilegítima cuando se verifica la inobservancia de un deber de actuación específico impuesto por el ordenamiento jurídico; excepcionalmente, puede considerarse ilegítima la omisión en caso de inobservancia de mandatos impuestos de manera genérica e

indeterminada, lo que requerirá por parte del juez un juicio estricto basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a adoptar.

2) El riesgo o vicio de la cosa, en casos de daños causados por cosas pertenecientes al Estado o bajo su guarda. El riesgo es también factor de atribución en caso de daños resultantes de actividades riesgosas imputables al Estado.

3) El deber de seguridad, en casos de daños causados o sufridos por alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar de establecimientos educativos públicos, con los alcances que se establecen en el ARTÍCULO 11.

4) Un sacrificio especial o anormal en beneficio de la comunidad que afecte el principio de igualdad ante las cargas públicas, en casos de daños derivados de una actividad estatal legítima

ARTÍCULO 5. *Carácter de la responsabilidad.*

La responsabilidad del Estado, acreditados dichos presupuestos según el caso, es objetiva y directa.

ARTÍCULO 6. *Eximentes.*

Son eximentes totales o parciales de la responsabilidad estatal el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de la víctima y el de un tercero por quien no tengan el Estado o sus funcionarios y agentes el deber de responder. Cuando el daño se cause por el riesgo o vicio de una cosa, constituye factor eximente adicional la demostración de su utilización contraria a la voluntad estatal, expresa o presunta.

ARTÍCULO 7. *Modos de reparación.*

La víctima puede demandar la reparación en especie y en dinero, conjunta o indistintamente, excepto que la primera sea parcial o totalmente imposible o excesivamente onerosa.

ARTÍCULO 8. *Extensión del resarcimiento.*

La reparación debe ser plena y adecuada a la entidad del daño resarcible acreditado. Alcanza los daños patrimoniales y no patrimoniales que resulten consecuencias inmediatas o mediatas previsibles del hecho dañoso.

El juez puede atenuar la indemnización si es equitativo en función de la situación personal de la víctima, las circunstancias del hecho y las consecuencias generalizables de la decisión a adoptar.

ARTÍCULO 9. *Legitimación para reclamar consecuencias no patrimoniales.*

Sólo la persona directamente damnificada se encuentra legitimada para reclamar la reparación de las consecuencias no patrimoniales. Si del hecho resulta su muerte, tienen legitimación para reclamar reparación de sus propios daños, a título personal, los hijos, los padres, el cónyuge y la persona conviviente por un período no inferior a dos años. De acuerdo a las circunstancias del caso y sólo si se acredita la convivencia con la víctima al momento del hecho, pueden también

indemnizarse las consecuencias no patrimoniales sufridas por los hermanos menores de edad o con discapacidad, los abuelos y los nietos.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales de la persona legitimada si es interpuesta por ésta.

ARTÍCULO 10. *Responsabilidad del funcionario y del empleado público.*

Los funcionarios y los empleados públicos son responsables por los daños causados por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Las responsabilidades de los funcionarios o empleados públicos y del Estado son concurrentes.

Si la demanda se entabla exclusivamente contra el Estado, éste debe citar como terceros a los funcionarios y agentes a los que considere responsables del daño de acuerdo a las circunstancias, a fin de evitar la excepción de negligente defensa en la acción de repetición posterior que en su caso habrá de entablárseles.

ARTÍCULO 11. *Supuestos especiales.*

El Estado es responsable por daños causados o sufridos por alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar de establecimientos educativos públicos. En todos los casos deberá contratarse un seguro de responsabilidad civil. Esta disposición no es aplicable a daños producidos en establecimientos de educación superior, terciaria o universitaria.

La responsabilidad estatal por error judicial requiere una actuación judicial irregular o ilegítima que sea declarada por un pronunciamiento posterior que remueva la autoridad de cosa juzgada y determine su naturaleza y magnitud. Los magistrados judiciales son responsables por los daños derivados de su actuación irregular o ilegítima, sin necesidad de suspensión o remoción previa, en los términos establecidos por el art. 93 inc. 7 de la Constitución provincial.

El Estado no responde por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada. Excepcionalmente es responsable, principal o subsidiario, cuando el daño resulta, directa e ineludiblemente, del acatamiento de órdenes o cláusulas impuestas por el Estado o del irregular ejercicio de las funciones de control o vigilancia que el ordenamiento jurídico pone a su cargo de un modo específico.

ARTÍCULO 12. *Daños causados por entidades autárquicas u otros entes descentralizados.*

No es demandable el Estado cuando el daño resulte de la actividad o inactividad imputable a entidades autárquicas u otros entes descentralizados que gocen de personalidad diferenciada de la Administración central, únicos legitimados pasivos en tales supuestos. Sólo en caso de que la condena no fuese atendida en tiempo y forma por la entidad pública demandada, podrá requerirse su cumplimiento a la Administración central en los términos previstos por la legislación vigente para el cumplimiento de sentencias firmes.

Cuando el ente descentralizado careciera de servicio jurídico permanente o cuando la importancia del asunto lo justificara, puede asumir la defensa del mismo Fiscalía de Estado de la Provincia, las Fiscalías Municipales o el servicio jurídico de las Comunas, según el caso.

ARTÍCULO 13. *Acción resarcitoria y decisión administrativa dañosa.*

El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

ARTÍCULO 14. *Prescripción.*

La acción indemnizatoria prescribe a los tres años de producido el daño.

La reclamación administrativa previa suspende el curso de la prescripción por seis meses o el plazo menor que corresponda para que opere la misma. La interposición de pronto despacho, nuevas reclamaciones o recursos contra decisiones administrativas carecen de efectos sobre el cómputo del curso de la prescripción.

La iniciación del incidente de declaratoria de pobreza, de medidas preparatorias o cautelares, interrumpen el curso de la prescripción, reanudándose automáticamente el mismo a partir de la interposición. La interrupción se produce una sola vez, con el inicio del primero de cualquiera de los trámites aludidos por el interesado.

La acción del Estado para repetir lo abonado contra el funcionario o empleado causante del daño, prescribe a los tres años contados desde la fecha del pago.

ARTÍCULO 15. *Pautas para la determinación y cuantificación de daños.*

Los jueces deben justificar la cuantificación de los rubros indemnizatorios reconocidos. A tal efecto deben ser tenidas en cuenta las circunstancias del caso y las decisiones adoptadas por otros tribunales provinciales en casos similares o análogos, procurando evitar disparidades que traduzcan un trato desigual a los justiciables.

Los daños no patrimoniales deben cuantificarse según la gravedad de la afectación, autónomamente, evitando fijarlos en un porcentaje de los daños patrimoniales. Debe atenderse a lo decidido en casos similares o análogos, y ponderar las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar a la víctima las sumas reconocidas.

La indemnización por pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. Su cuantificación requiere considerar el valor de la oportunidad o chance frustrada por el hecho dañoso. A tal efecto debe estimarse el valor del beneficio esperado o de la pérdida que se esperaba evitar, y aplicarse un porcentaje en función de las probabilidades que en el caso concreto la víctima tenía de obtenerlo o evitarla, respectivamente.

ARTÍCULO 16. *Intereses.*

El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio. En caso de que el capital de un rubro resarcitorio determinado se determine según valores vigentes al momento de practicarse una pericia o del dictado de la sentencia, al período anterior sólo se le aplicará una tasa de interés puro.

ARTÍCULO 17. *Competencia.*

Hasta tanto se dispongan por ley posterior las modificaciones necesarias para que los casos regidos por la presente se sustancien ante la justicia contenciosa administrativa o ante otros tribunales especiales a crearse, se seguirán tramitando por ante los tribunales y juzgados con

competencia civil, o en los que en el futuro los reemplacen, a través de los procedimientos previstos en cada caso por la legislación de forma.

ARTÍCULO 18. *Derecho transitorio.*

Esta ley rige para las relaciones jurídicas indemnizatorias que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia, con excepción de las reglas de índole procesal que son de aplicación inmediata.

ARTÍCULO 19. *Derogación.*

Derógase la ley 7658 y toda otra norma incompatible con la presente.