



COLEGIO DE ABOGADOS
DEPARTAMENTO JUDICIAL DE SAN ISIDRO

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y MUNICIPAL

Director: Sebastián Di Capua

Sub-director: Armando Verdala

Secretaria Académica: María Rosa Avila

APORTES AL ANTE-PROYECTO DE LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES¹

A partir de la puesta en vigencia el 05/08/2021 de la “Agenda Participativa GBA” -<https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/>- por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, se implementó un auspicioso mecanismo abierto a la comunidad para su aportación en la elaboración de proyectos de leyes a partir de las propuestas del Poder Ejecutivo y en relación a normas de interés público.

Esta iniciativa que contribuye sin duda a fortalecer el sistema institucional en el marco de una democracia participativa, interpela especialmente a los integrantes de los órganos administrativos, judiciales de la sociedad civil y particularmente a la colegiatura de la abogacía provincial que en representación de los abogados y abogadas está llamada a pronunciarse sobre los diversos aspectos de las futuras regulaciones normativas.

¹ Elaboración del Informe a cargo del Dr. Armando Verdala

En lo que hace al ámbito de incumbencia del Instituto de Derecho Administrativo y Municipal del CASI cabe pronunciarnos y formular algunos aportes respecto del ante-proyecto de la denominada “Ley de Responsabilidad del Estado” para la Provincia de Buenos Aires.

Resulta hoy indiscutible, con fundamento esencialmente en el Estado de Derecho y sus postulados positivizados con jerarquía constitucional y supranacional, que el Estado puede ser responsabilizado por sus actos lesivos provengan los mismos de sus funciones de legislación, justicia o administración.

Tal reconocimiento transitó desde fines del S XVIII por distintos estadios, desde la imposibilidad de demandar al Estado y a sus agentes públicos por daños a particulares a la aceptación más tarde de la responsabilidad del agente público pero no la del Estado, para finalmente admitirse la responsabilidad del Estado en forma directa².

El proceso se complementa en nuestro ordenamiento Nacional con la vigencia de la Ley 26.944 en 2014 y en el ámbito Provincial con la futura Ley que se proyecta, sentando las bases de un sistema integral de responsabilidad aplicable al Estado y sus agentes, definiendo sus instituciones y positivizando aquellas pautas fijadas a lo largo de nueve décadas por la doctrina y particularmente la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En tal cometido debe primar el principio de no retrogradación de los derechos fijados o reconocidos en tales precedentes que forman parte ya de una arraigada cultura jurídica en nuestro país, resultando previsibles futuras modificaciones en los textos legales, en su interpretación y aplicación dada su correlación con las prestaciones, funciones y servicios que presta el Estado esencialmente dinámicos y variables conforme el desarrollo económico-social y tecnológico.

² VERDALA, Armando “La reforma al Código Civil - La Responsabilidad por Daños del Estado y sus Funcionarios” publicado en: Abeledo-Perrot - SJA 2014/06/04-10; JA 2014-II cit. On line AP/DOC/809/2014

1.- Introducción y antecedentes del Ante-proyecto:

A partir de la vigencia de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación en agosto de 2015 -Ley 26.994- y en razón de la exclusión formulada por sus art. 1764° y 1766°, la Provincia de Buenos Aires carece de una normativa específica aplicable en el ámbito de la Responsabilidad por daños del Estado y sus funcionarios³.

Poco antes de la citada reforma, se había promulgado la Ley 26.944⁴ de “Responsabilidad Estatal” para regir en el ámbito Nacional y Federal, sentando un hito en el orden jurídico argentino que por primera vez contó con una norma positiva que regulara la materia.

Hasta 2015, ante la ausencia de toda mención en la Constitución Nacional o en un texto legal expreso, el debate acerca de la normativa aplicable a la Responsabilidad del Estado por daños -su operatividad, extensión y práctica-, versó en torno: a) la aplicabilidad directa de las normas y principios constitucionales (art. 1°, 16°, 17°, 18° y 19° CN), b) la legislación y/o principios administrativos -Ley de Expropiaciones- o c) los

³ Así el art. 1764° del nuevo CCyC establece *“las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*, reformulando a su vez el art. 1766° (en reemplazo al art. 1112° vigente) en estos términos *“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 rige por las normas y principio del derecho administrativo nacional o local según corresponda”*. Se impide así la aplicación de la legislación civil en la materia que en forma consuetudinaria fundara los fallos de nuestros tribunales y la doctrina de los actores basada en aquella codificación -art. 1109°, 1112° y 1113° Código Civil.

El art. 9° de la Ley 26.994 CCyC dispone como cláusula transitoria Cuarta: *“La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial.”* (en correlación a los artículos 1764°, 1765° y 1766° del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).⁴

Si bien el anteproyecto del CCyC elaborado por la comisión redactora, incluía dentro del capítulo “responsabilidad civil” y en la sección de “supuestos especiales de responsabilidad”, tres artículos específicos en torno a la Responsabilidad del Estado, tales preceptos fueron sustituidos en el proyecto definitivo elevado por el PEN al Congreso texto que fuera el finalmente sancionado.

⁴ Promulgada de hecho y publicada en el Boletín Oficial N° 32943 del 08/08/2014

preceptos del Código Civil, estos últimos aplicados en forma directa o subsidiaria -art. 1109°, 1112° y 1113 C.C.-.

Superada la discusión a principios del siglo XX acerca de la necesidad y la posibilidad jurídica de hacer responsable al Estado por daños y reconocido que el fundamento u origen de dicha responsabilidad no es otro que el “Estado de Derecho” y sus postulados, fue recién a partir de 1933 por los precedente de la CSJ⁵ que la cuestión se centró en la determinación de los factores de “imputación” y de “atribución” de responsabilidad respecto de la actividad u omisión Estatal lícita e ilícita, sus alcances, ítems reconocibles y extensión del daño adoptándose diversas soluciones en sucesivas etapas.

Iniciada la positivización a nivel Nacional y plasmadas tales doctrinas en la Ley 26.944, el Poder Ejecutivo Pcial. a través del pre-proyecto en comentario se hace cargo del vacío normativo y abre esta instancia a los fines de recoger aportes, debatir y confrontar las distintos criterios que surgen de los precedentes y de la opinión de doctrinarios y juristas a los fines de sancionar una norma que reúna los mayores consensos y consecuente legitimidad, acerca de una materia de relevancia indiscutible, el reconocimiento de los derechos de los particulares y las obligaciones que debe asumir el Estado por los daños causados por su actividad lícita e ilícita.

2.- Propuesta de sistematización del articulado del ante-proyecto (a-proy.)

A los fines metodológicos analizaremos los diversos institutos conforme el orden preestablecido por la iniciativa, sin perjuicio de a priori dejar a salvo que a nuestro criterio el articulado no resulta sistemático.

Ello a consecuencia entendemos, de seguir los lineamientos plasmados por la Ley Nacional 26.944 -conforme el postulado del art. 11° de esta última norma, invitación a la adhesión a las Provincias y la Ciudad Autónoma- lo cual si bien contribuye a ganar coherencia y uniformidad

⁵ CSJN sent. del 22/09/1933, “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación”, Fallos, 169:111 publicado en: “Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo” - COMADIRA, JULIO RODOLFO, 1135, LL online: AR/JUR/4/1933.

con dicho régimen jurídico, lo cierto es que el a-proy. introduce modificaciones en alguno de los institutos que ganarían en sistematicidad si se los agrupara conforme los géneros y temáticas que se abordan.

En efecto siguiendo la clásica distinción se regula a partir del art. 5° la responsabilidad por “actividad u omisión ilegítima” para continuar en el arts. 6° y 7° con los postulados de la responsabilidad por “actividad legítima”, para luego volver a institutos subsumidos en la responsabilidad por “actividad ilegítima” en los art. 9° -establecimientos escolares-, 10° -responsabilidad como dueño y guardián y por el dominio público-, 11° reconocimiento de daños en sede administrativa, el que regula a su vez cuestiones de prescripción particular cuando debió incluirlas en el régimen general del art. 12.

Conteste a ello proponemos esquematizar la norma en Capítulos, readecuando la numeración y que en forma tentativa podrían resultar⁶.

Capítulo I. Parte General. Actual -art. 1° -alcance, clasificación, exclusión normativa- 2° -fuentes- 3° -sanciones disuasivas y conminatorias- 4° eximición de responsabilidad-

Capítulo II.- Responsabilidad por Acción u Omisión Ilegítima. Actual -art. 5° -presupuestos y alcance- , 9° -responsabilidad en establecimientos educativos- 10° -responsabilidad por daños por vicio o riesgo de las cosas, dominio público, art. 11° -reclamos en sede administrativa-, 8° -exclusión por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario⁷-.

Capítulo III.- Responsabilidad por Acción Legítima. Actual -arts. 6° -presupuestos- , 7° -carácter, alcance de la reparación-

Capítulo IV.- Responsabilidad de los Funcionarios. Actual art. 13° - alcances

Capítulo V.- Prescripción -. Actual art. 12°

⁶ Citamos los contenidos agrupados de los actuales artículos del ante-proyecto

⁷ Se incluye en este Capítulo por cuanto postulamos la necesidad de reconocer la Responsabilidad del Estado por fallas u omisión de control determinantes del daño, como Falta de Servicio

Capítulo VI.- Responsabilidad Contractual.- Actual art. 14° - aplicación subsidiaria- exclusiones-

Capítulo VII- Disposiciones Complementarias y Modificadorias
Artículos a incluir⁸. 1.- Aplicación del CCA en los reclamo de esta ley. 2.- Modificación del Código Contencioso Administrativo: – 2.1- Jurisdicción territorial excepción- 2.2.- Exclusión del Agotamiento de la vía administrativa en los daños y perjuicios-

3. Análisis del contenido del ante-proyecto

Artículo 1: (Según texto ante-proyecto)

Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

Las disposiciones de esta Ley son de aplicación al sector público de la Provincia de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. También resultan de aplicación a los Municipios.

En el caso de los entes descentralizados, cuando no ejerzan función administrativa, quedan excluidos de los términos de la presente ley.

La responsabilidad del Estado es directa y objetiva

Las disposiciones del Capítulo 1, del Título V, del Código Civil y Comercial (Ley Nacional N° 26.994 y modificatorias) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Artículo 1, 2do párrafo.-

Alcance de la Norma.

Se establece el ámbito de aplicación de la Ley extensiva a los tres poderes del Estado Provincial, siguiendo el criterio de la ley Nacional que, al hacer referencia a la “Responsabilidad del Estado” sin otro aditamento, los comprende.

⁸ Se prevé la modificación del articulado del Código Contencioso Administrativo en lo que a la materia se vincula y refiere.

Sin embargo vuelve a ponerse de manifiesto algunas de las inconsistencias que ya surgen respecto de la competencia del fuero Contencioso Administrativo fijada por el CCA -Ley 12.008 y mod.- el cual y en línea con lo normado por el art. 166° in fine de la Const. Pcial la determina con criterio material en relación a la “función administrativa” -art. 1° y 2° inc. 4 CCA- cualquiera sea el órgano que la ejerza -ejecutivo, legislativo o judicial-.

Es cierto que el mismo CCA establece una excepción a esa regla en la materia analizada cuando en el inc. 4 del art. 2° incluye “*las controversias que versen sobre responsabilidad patrimonial generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos por el art. 1° regidos por el derecho público*” sin limitarla a la función administrativa y por ende incluyendo los daños causados en ejercicio de función legislativa y judicial.

Sin embargo la controversia surgió respecto a los múltiples litigios derivados de “error judicial” especialmente los de sede penal dado que el art. 477° del CPP fija la “competencia civil” para reclamar el resarcimiento por “condena errónea”, el cual continúa vigente pese a que el art. 83° de la Ley 12.008 mod. por la ley 13.101 sustituyó el art. 3° de la Ley 8.132 fijando la competencia del fuero contencioso. Nótese que tales normas se limitan a la “condena errónea” previo trámite de la “acción de revisión” -art. 467° CPP- que no alcanzaría al mayor volumen de los casos tramitados en el contencioso por reclamos de prisiones preventivas ilegítimas.

Tales conflictos vienen siendo dirimidos por la Suprema Corte⁹ a favor de la intervención de los tribunales contenciosos, reafirmando la tendencia hacia una suerte de concepción de competencia *subjetiva u orgánica* fundada acertadamente en la especialización del fuero.

Propuesta:

Como en otros ítems que luego señalaremos, la necesaria sistematicidad y coherencia que debe primar entre las normas de

⁹ SCBA causa B-75663 “Morera” sent. del 19-10-2020 entre otros

fondo y la aplicación del CCA y a los fines de ratificar que “todos los casos a los que refiere la ley” se tramitaran ante el fuero, proponemos se incluya en el Capítulo VII (según nuestra propuesta) un artículo específico con el siguiente texto:

✓ ***“Serán competentes para entender en los casos originados por esta Ley los tribunales del fuero contencioso administrativo”***

Artículo 1. 2do párrafo.

La Aplicación a los Municipios:

Compartimos el criterio del pre-proyecto respecto a que se legisle respecto de la Responsabilidad del Estado con alcance a los Municipios y a los fines de unificar para todo el ámbito de la Provincia la regulación de tan relevante instituto, evitando así la inevitable inseguridad jurídica a la que conduciría una normativa diversa para la materia en cada jurisdicción.

No puede obviarse la referencia, en virtud que tiene particular vigencia el debate a nivel doctrinario, jurisprudencial y del foro, acerca de la necesidad de reconocer un mayor ámbito de Autonomía a los Municipios conforme los postulados del art. 5° y 123° de la Const. Nacional, en tal sentido se han expresado entre otros la FACA¹⁰ y a ello tiende la actual jurisprudencia de la CSJ que se pronunciara en recientes fallos¹¹.

¹⁰ Declaración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados del 11/12/2020 por la cual se declara “ *Artículo 1°. Reafirmar el derecho a la autonomía municipal consagrada en el artículo 123 de la Constitución Nacional. Artículo 2°.- Instar a los Poderes y Gobiernos Provinciales al cumplimiento pleno de la manda constitucional de Municipios y Comunas*”.

¹¹ CSJ 02-09-2021 1533/2017/RH1 “Eso Petrolera Argentina SRL y otro c.Municipalidad de Quilmes. S.Acción Contencioso Administrativa”

Ratificando el fallo del 29/10/2020 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asoc. Pers. Munic. las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festram y otros s/ acción de amparo”. Fallos: 343:1389. *“La magna asamblea constituyente aclaró que no puede haber municipio autónomo verdadero si no le reconocemos explícitamente entidad política o le retaceamos la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o lo privamos del sustento económico-financiero indispensable para que preste*

Una postura extrema acerca de las facultades que poseen los Municipios podría postular que en función que, el CCyC excluye de su normativa lo concerniente a la Responsabilidad del Estado y que esta se rige por las normas del derecho administrativo nacional o local -art. 1765º-, ergo los Municipios podrían regular en materia de responsabilidad dentro de su jurisdicción.

Dicha interpretación -que se aplica actualmente respecto de la materia tributaria específicamente en cuanto a los plazos, suspensión e interrupción de la prescripción-, pretende en muchos casos extenderse v.g a los casos de responsabilidad por daños en las aceras y el arbolado público mediante la sanción de Ordenanzas que ponen en cabeza de los vecinos la “guarda o custodia” de tales bienes públicos, con riesgo a que tal criterio se extendiera a otros bienes públicos emplazados en los espacios frentistas de las aceras, calles o aéreos. El a-proy. en tal sentido incorpora una regulación específica respecto de la naturaleza jurídica de los bienes públicos respondiendo el Estado -si bien con mención al “dueño o guardián” que no compartimos y luego analizaremos-.

Así la Provincia asume como propia la facultad de legislar sobre la materia que ciertamente no se encuentran delegada a los Municipios por el art. 192º de la Const. Pcial ni ésta resulta necesaria a los fines de atender eficazmente a los intereses y servicios locales -art. 191º Const. Pcial.-,

Artículo 1. 2do y 3er párrafo.

Entes Descentralizados

Dispone el art. 1 del pre-proyecto que se aplicarán sus normas a los entes descentralizados¹² cuando “ejercen función administrativa”.

aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o le impidimos ejercer su autonomía institucional”.

¹² Existen en la Provincia 17 Entes Descentralizados -entre otros la Autoridad del Agua, el Organismo de Control de Energía Eléctrica (OCEBA), el Instituto de la Vivienda, la Dirección de Vialidad, ente

La norma tiene un aspecto positivo en tanto resulta auspicioso que el Estado Provincial asuma en forma directa la responsabilidad por la actividad de tales Entes por su accionar administrativo, en tanto ello amplía derechos para los justiciables toda vez que la doctrina y jurisprudencia solo la aceptan en forma indirecta o subsidiaria -no solidaria-, en la medida que las entidades autárquicas tienen patrimonio propio y personalidad jurídica independiente del Poder del Estado que las creara¹³ y solo para los casos de extinción de la entidad o insuficiencia de su patrimonio.

Pero la regulación resultaría impropia en la medida que excluye su aplicación cuando tales Entes operen fuera de dicha función administrativa por las que el Estado debería igual responder pero en forma subsidiaria -cuando se extingan o sus bienes resulten insuficientes- toda vez que si recurre a tales personas jurídicas como remedio técnico al asignarles cometidos estatales o civiles y comerciales el Estado debe responder por el obrar de estos entes de los cuales se aprovecha y de los que obtiene beneficios¹⁴.

Propuesta art. 1. 2do y 3er párraf.:

Modificar el 2do y el 3er párrafo del art. 1 del a-proy. por los siguientes:

- ✓ ***“Las disposiciones de esta Ley son de aplicación al sector público de la Provincia de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, sus entes descentralizados y a los Municipios”***
- ✓ ***“En el caso de los entes descentralizados cuando no ejerzan función administrativa, sus disposiciones serán de aplicación subsidiaria por extinción de la entidad o insuficiencia de sus bienes”***

Administrador Astillero Rio Santiago, Instituto de Previsión Social, el Organismo Pcial. para el Desarrollo Sostenible (OPDS)-.

¹³ CSJN Fallos 277:225

¹⁴ HALPERIN, Andrés, *“La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas”* Rev. Derecho Administrativo año 3 N° 6 p.57.

Texto Actual. “Las disposiciones de esta Ley son de aplicación al sector público de la Provincia de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. También resultan de aplicación a los Municipios”.

“En el caso de los entes descentralizados, cuando no ejerzan función administrativa, quedan excluidos de los términos de la presente ley”.

Artículo 1. 4to párrafo.-

Naturaleza de la Responsabilidad

Sostiene el pre-proyecto siguiendo las pautas de la Ley Nacional, que la responsabilidad del estado es “directa” y “objetiva” lo cual a nuestro criterio persiste en no aportar elementos que permitan desentrañar cual es el contenido, alcance, características y por ende los efectos de tales definiciones que generan múltiples interpretaciones disímiles, controversiales y en muchos casos contradictorias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Como es notorio la consolidación del instituto Responsabilidad del Estado tiene origen y desarrollo pretoriano en los fallos de la Corte Suprema a partir de 1933 a consecuencia de no contarse en la materia con regulación positiva. Ante dicha circunstancia es que se forzaron interpretaciones con base en las normas civiles -art. 1109°, 1112° y 1113° CC- adaptadas a los principios y fundamentos del derecho público consolidándose la Responsabilidad del Estado en torno a la aplicación del art. 1112° CC -fijado en el ordenamiento civil para determinar la responsabilidad de los funcionarios- sobre el cual se construyó la noción de “falta de servicio” permitiendo así responsabilizar al órgano institución.

En 1984 en “Vadell”¹⁵ el Tribunal plasmó el concepto de la “falta de servicio” con fundamento en la aplicación por vía “subsidiaria” del art. 1112° CCiv. afirmando que en el ámbito del derecho público no se requiere recurrir al art. 1113° CCiv. -responsabilidad por el dependiente-, concluyendo que “En efecto, no se trata de una *responsabilidad indirecta* la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las

¹⁵ CSJN “Vadell Jorge F c. Buenos Aires Pcia de” 18/12/1984 Fallos 306:2030

entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que *deben responder de modo principal y directo* por sus consecuencias dañosas”.

Continúa el fallo en su considerando 5° *“Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112° del CC”* lo cual resultaba entonces razonable por cuanto era el primer precedente que acudía a dicha norma como único fundamento para responsabilizar al Estado.

Si bien en todos los casos la responsabilidad del Estado puede adjetivarse de “directa” -imputación del obrar del funcionario o agente al Estado a partir de la reforma del art. 43° del CC y la aplicación de la teoría del órgano-no ocurre lo propio con que, en todos los casos esta resulte “objetiva” en el sentido que en nuestro devenir jurídico se le otorga al concepto “responsabilidad objetiva” por oposición a “responsabilidad subjetiva por dolo o culpa”.

El fatigado argumento que *“la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada en el desenvolvimiento de los fines de las entidades de que dependen ha de ser considerada propia de éstas y que en consecuencia no requiere individualizar al funcionario ni probar su culpa o dolo sino que la falta se atribuye al servicio”* y que *“ello importa un juicio sobre la prestación del servicio”*, no responde al interrogante sobre la “responsabilidad objetiva”.

Es la propia Ley la que modula respecto de los requisitos, presupuestos y condiciones exigibles para responsabilizar al Estado -art. 5° 2do párraf. del pre-proyecto-, consistente en acreditar y merituar: *“la naturaleza de la actividad, medios de que dispone el servicio, vínculo de la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”* y que si bien se regulan respecto a los deberes indeterminados, resulta aplicable en mayor o menor grado para la totalidad de acciones y omisiones por falta de servicio.

El Estado solo puede ser responsabilizado si provocó un daño a consecuencia del incumplimiento de sus deberes legales, presumiéndose entonces que obró con “negligencia”, esto es con un factor de atribución “subjetivo”, si bien con las características propias del caso que no exige

individualizar al agente involucrado, se trata de una “culpa objetivada”¹⁶ o su reverso en palabras de la SCBA de “una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio”¹⁷.

De otro modo si la responsabilidad fuera “objetiva” bastaría para acreditarla: el daño, la acción u omisión de un órgano del Estado y la relación de causalidad, sin requerir el análisis de ninguno de los presupuestos citados en el párrafo 2do del art. 5° de la misma Ley cuestión sobre la que expidiera la CSJ¹⁸. Desde la óptica procesal se invertiría la carga de la prueba y se hallaría en cabeza del Estado la prueba de su obrar diligente en el caso de daño con las cosas u oponer la existencia de alguna de las causales eximente, para liberarse de responsabilidad en los daños por el vicio o riesgo, lo cual ciertamente no se compadece con la doctrina que surge de los precedentes judiciales que claramente requieren que la “falta de servicio” sea debidamente individualizada por el accionante aplicando el principio general de art. 375° CPCC “quien alega un hecho debe probarlo” y así lo ratifica el art. 5° del pre-proyecto particularmente en los casos de imputación por omisión¹⁹.

¹⁶ Sostiene Reiriz que la responsabilidad directa del Estado por los actos o hechos de sus agentes se encuentra fundada en un factor de atribución “subjetivo” porque es “falta de servicio” y la falta de servicio es subjetiva aunque de distinta naturaleza que la culpa o dolo del derecho civil porque no es necesario individualizar al autor material del daño, sino que es el servicio en su totalidad el que funcionando irregularmente produce el daño. Por lo tanto es un daño con falta de agente causal. (REIRIZ, Maria Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Ciencias de la Administración Bs As 1996 p. 220)

¹⁷ SCBA causas C. 107.510, sent. de 11-IX-2013; C. 97.827, sent. de 9-VI-2010 y C. 101.447, sent. de 2-VII-2010

¹⁸ CSJ F. 1331. XL. R.O. sent. del 26/09/2006 causa “Friar SA c.EN MEOPySP Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca y otro” Fallos: 329:3966 “En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

¹⁹ CSJN sent del 26/09/2006, “Cohen, Eliazar c. Provincia de Río Negro y otros”, fallos Fallos: 323:318, LL Online, AR/JUR/11887/2006 donde el Tribunal sostuvo “...quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cual es la actividad de los órganos que reputa como irregular” y que los deberes a cargo de la Administración y su extensión “dependen de una variedad de circunstancias como lo son el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes

En conclusión la “falta de servicio” puede ser tanto de naturaleza “objetiva” –v.g. actividad reglada, daños por el vicio o riesgo de las cosas o por daños en establecimientos escolares- como de naturaleza “subjetiva” -v.g. mala praxis de un profesional médico en un establecimiento público de salud u omisiones a deberes generales o imprecisos-, independientemente que en todos los casos ello sea atribuible al funcionamiento irregular del servicio.

No soslayamos que se trata de criterios opinables y que el concepto “responsabilidad objetiva” es de uso extendido en jurisprudencia y doctrina, pero entendemos que su inclusión tal como se explicita en el pre-proyecto para todos los casos, solo contribuye a la ya confusa y casuística aplicación que realizan los tribunales del fuero.

Por último más allá que el Capítulo I, Título V del Libro III del CCyCN no resulta aplicable en forma directa ni subsidiaria a la Responsabilidad del Estado por exclusión del art. 1764° -y ahora del art. 1° 5to párraf. del pre-proyecto-, la definición y categorías de los institutos jurídicos como en el caso el concepto de “responsabilidad objetiva” en cuanto revisten similar naturaleza y efectos, deben tender a unificarse contribuyendo a la coherencia del sistema y del orden jurídico del cual ambas disciplinas forman parte. Máxime cuando el derecho administrativo no cuenta con sus normas codificadas y requiere aplicar la normativa civil en forma directa –de su parte general-, vía subsidiaria -en lo restante- o vía analógica –respecto de la responsabilidad del Estado-.

Propuesta. Art. 1.4to párraf.-

A los fines de mantener el ítem en la Ley y consientes que la complejidad de la temática requiere mayor desarrollo así como la mención en los textos y en la jurisprudencia a la “responsabilidad objetiva del Estado” , proponemos la modificación del 4to párraf. del art. 1 el cual quedará redactado como sigue:

y fondos presupuestarios y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de medios disponibles”.

- ✓ ***“La responsabilidad del Estado es directa y no requiere individualizar al autor del daño, el cual se atribuye a la organización del servicio en forma objetiva”***

Texto Actual: “La responsabilidad del Estado es directa y objetiva”

Artículo 1, 5to párrafo.-

Exclusión por vía Directa y Subsidiaria de normas del CCyC cuestión de forma.

Sin perjuicio de la temática central que será abordada en conjunto con el análisis del artículo segundo, señalamos en este acápite una cuestión de forma.

Dispone el quinto párrafo del art. 1 que “Las disposiciones del Capítulo I del Título V del CCyC (Ley Nacional 26.994) y modificatorias no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Se omitió por error de edición la mención al “Libro Tercero” del CCyC, la cual debe incorporarse por cuanto dentro de dicho Código existen VI Libros con sus respectivos Título y Capítulos.

En segundo lugar la referencia a “la Ley 26.994 y sus modificatorias” resulta sobreabundante tratándose del Código Civil y Comercial de la Nación, contrario al principio de concisión que debe primar en la redacción de textos normativos.

Propuesta art. 1. 5to párrafo:

Se propone sustituirlo por el siguiente:

- ✓ **“Las disposiciones del Capítulo I del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.**

Texto actual del Anteproyecto: “Las disposiciones del Capítulo 1, del Título V, del Código Civil y Comercial (Ley Nacional N° 26.994 y modificatorias)

no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Análisis del contenido del artículo 2 del ante-proyecto.

Artículo 2: (Según texto a-proy.)

“Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales en los casos alcanzados por esta ley serán fundadas en su texto expreso y, a falta de éste, en los principios jurídicos del derecho público y, en su defecto, en los principios generales del derecho, siempre teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Fuentes del Derecho Administrativo.

La aplicación por vía de analogía del CCyC

Se declara a los fines de la interpretación y aplicación de los términos de la norma como fuentes al de su texto expreso y ante su falta, los principios jurídicos del derecho público y en su defecto los generales del derecho considerando las circunstancias del caso.

Se integra en función de la exclusión de las normas del CCyC - art. 1 5to parraf.- la tésis de la Ley quedando expresa la autonomía del instituto “responsabilidad del Estado” como propio del derecho administrativo y ajeno en consecuencia al ámbito de la regulación civil.

La cuestión ha sido materia de intenso debate vinculado a la postura de la doctrina civilista que entiende que el “derecho de daños” trasciende a la división de ramas del derecho privado o derecho público y que el mismo se sustenta en el principio general del *alterum non laedere* - de rango constitucional²⁰ consagrando la norma del hoy art. 1716° del CCyC,

²⁰ KEMELMEJER DE CARLUCCI, Aida “El Derecho de Daños en el Marco del Derecho Constitucional” en RAP -309-, p. 171.

el principio general establecido en el art. 19° Const. Nacional que prohíbe perjudicar los derechos de un tercero.

Se parte de una óptica que pone solo énfasis en la -posible afectación de los derechos individuales- soslayando el necesario análisis institucional-histórico de la naturaleza jurídica existente en la relación Estado –individuo propias del ámbito público que se rige por pautas necesariamente diversas de aquellas aplicables entre particulares sobre la que versan por antonomasia las normas civiles. Baste para demostrar ello que no existe en el CCyC posibilidad de imputación de responsabilidad por actuación legítima - art. 10°, 1717° y 1718°-. del CCyC,

La disputa tuvo base en que al no haberse sancionado norma positiva específica administrativa en materia de responsabilidad del Estado la Corte Suprema estableció tal régimen con sustento en el ordenamiento civil,

En efecto fue el Máximo Tribunal quien en forma pretoriana elabora toda la teoría de la responsabilidad del Estado a partir de 1933 aplicando en forma “subsidiaria” el código civil precisamente los arts. 1109° o 1112° (atribución subjetiva) en el fallo “Devoto”²¹ y poco después en el art. 1113° CC (imputación indirecta por el hecho del dependiente) en “FFCC Oeste”²² para concluir finalmente en “Vadell”²³ partiendo de la aplicación de la teoría del órgano y la modificación del art. 43° del CC, para sostener la ficción de la “falta de servicio” en torno al art. 1112° CC.

El debate tomó intensidad cuando en 2014 se sancionó la Ley 26.944 en forma previa a la reforma del Código Civil y Comercial en cuyo proyecto se legislaba sobre responsabilidad del Estado y que fuera modificado en consecuencia en el trámite legislativo, disponiendo la exclusión plasmada en los art. 1764°, 1765° y 1766° del CCyC y que hoy se replica en el a-proy.

²¹ CSJN sent. del 22/09/1933, “Tomás Devoto y Cía. Ltda. S.A. c. La Nación”, Fallos, 169:111 publicado en: “Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo” - COMADIRA, JULIO RODOLFO, 1135, LL online: AR/JUR/4/1933.

²² CSJN, “Devoto” ver cita 16 “FFCC Oeste”, Fallo 182:5, LL, (t 12) 13/10/1938 por un error de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia. de BsAs.

²³ CSJN sent. del 18/12/1984, ver cita 14 .

en estudio, disponiendo la prelación de normas y principios administrativos a los que deberán ocurrir los Tribunales al momento de aplicar la Ley.

El a-proy. reafirma así la innegable “autonomía del Derecho Administrativo” y de sus instituciones jurídicas que debe recurrir a la extensión interpretativa vía “subsidiaria” o “analógica” de sus propias fuentes para resolver los casos en materia de responsabilidad no previstos en la legislación específica.

Pero aún puede darse el “caso administrativo no previsto” por ausencia de normas o porque su aplicación conducen a una solución injusta, en cuyo caso se podrá acudir a la normativa civil por vía de la “analogía” aún de las normas del capítulo excluido por el art. 1 5to párraf. del ppto, lo cual exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del derecho público, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar²⁴.

Análisis del contenido del artículo 3 del ante-proyecto

Artículo 3º.- (texto a-proy.)

“La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios. Lo dispuesto en la presente ley, no impide la aplicación de sanciones conminatorias”.

Sanciones Pecuniaria Disuasivas y Conminatorias

Se excluye las sanciones pecuniarias disuasivas contra el Estado y sus agentes, tal como se legislara a nivel Nacional lo que oportunamente mereció la crítica generalizada fundada en que la norma impediría a los magistrados imponer sanciones tendientes al cumplimiento de sus sentencias conforme lo legislado en los art. 37º CPCyCN y el por entonces art. 666ºbis hoy 804º CCyC -astreintes- avalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema que determina la posibilidad de aplicar astreintes cuando “se desatiende injustificadamente el mandato judicial”²⁵ y que “*los jueces han de*

²⁴ Cfe. CSJN in re “Los Lagos”. Fallos 190:151

²⁵ CSJ, Fallos, 322:68

graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado”²⁶.

Sin embargo según surge del debate en el Senado de la Nación se impuso otra interpretación respecto de la sanción pecuniaria disuasiva que refiere a la “multa civil” singularmente la prevista por el artículo 52° de la Ley de Defensa del Consumidor Ley 26.361, por lo que ello no determina que un juez no pueda imponer astreintes.

Tomado nota de tal debate el a-proy. aclara la cuestión determinando que la presente ley no impide la aplicación de sanciones conminatorias.

Cabe señalar que las astreintes deben aplicarse según nuestro criterio a priori contra el Ente y no contra los funcionarios y con la prudencia del caso especialmente cuando se trate de mandatos judiciales de hacer -v.g. cuestiones ambientales o prestacionales -

Queda a salvo el caso que el Estado Provincia o Municipal prestara un servicio en carácter de proveedor de servicios actuando bajo el régimen privado, actividad sujeta a los términos y condiciones de la Ley 24.240.

Debe a su vez considerarse que las sentencias contra el Estado Pcial y Municipal tienen un trámite de ejecución reglado por el art. 63° del CCA que determina el otorgamiento para su cumplimiento de un plazo de 60 días -art. 163° Const. Pcial.- y que ante graves razones de interés público el Ente podrá solicitar al juez su suspensión fijando el plazo que proceda. Por último habrá de estarse al caso de que se dicten leyes de emergencia que consoliden obligaciones del Estado con régimen propio.

²⁶ Fallos, 320:186.

Análisis del contenido del artículo 4° del ante-proyecto

Artículo 4°.- (texto a-proy.)

Eximición de responsabilidad. Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por una ley especial; o cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquél no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso.

Eximición de Responsabilidad

Se consagran las eximentes de responsabilidad clásicas -caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder- a los cual no cabe objeción.

La existencia de una eximente de responsabilidad conlleva al quiebre del “nexo de causalidad adecuada” a la que refieren los inc. c) de los arts. 5° y 6° del pre-proyecto, remedio al que se acude en muchos casos cuando la aplicación de un criterio forzado de responsabilidad “objetiva” y sus inconsistencias conducen a soluciones irrazonables o injustas, dirimiendo la cuestión con alusión a que la conducta estatal no es la causa adecuada o idónea respecto del daño, en palabras de la Corte Suprema cuando ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación²⁷.

A los fines de perfilar el instituto con características propias del ámbito público habría que considerar dentro de las causales de eximición, establecer parámetros respecto de los límites hasta donde el Estado debe

²⁷ CSJN, “ toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa” (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706).

responder por los daños provocados por la acción u omisión de sus funcionarios.

En efecto el Estado no puede responder por cualquier conducta de sus agentes sino solo de aquellas en que éste obrara en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión del desempeño del cargo. Debe atenderse únicamente a *la apariencia externa* del acto o hecho, a su reconocibilidad exterior como un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente.

Por último se regula en el a-proy. en forma acertada los efectos de la “conurrencia” de responsabilidad del Estado acorde al grado de incidencia en la producción del hecho dañoso -culpa parcial de la víctima o de un tercero- excluyendo por omisión la procedencia de “responsabilidad solidaria” frente al damnificado.

Propuesta art. 4. 2do párraf.:

Se propone la modificación del 2do párrafo del art. 4º por el siguiente texto:

- ✓ ***“Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por una ley especial.***

Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el estado no debe responder

Cuando sus agentes y funcionarios no obraran en el ejercicio, con motivo, en ocasión o dentro de los límites aparentes de sus funciones”

Texto actual del Anteproyecto: Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por una ley especial; o cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

Análisis del contenido del artículo 5° del ante-proyecto

Artículo 5. (Según texto a-proy.)

Son requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del órgano y el daño cuya reparación se persigue;*
- d) Falta de servicio consistente en una acción u omisión irregular por parte del Estado.*

Con la finalidad de evaluar la existencia de falta de servicio frente a un deber indeterminado, se deberá apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso

Reunidos los presupuestos enunciados precedentemente, el/la juez/a dispondrá el resarcimiento de todos aquellos rubros indemnizatorios efectivamente acreditados.

Criterios para Establecer la Responsabilidad del Estado

Esquema Metodológico de la Norma

Si bien existen criterios que permiten unificar el sistema de Responsabilidad del Estado sin distinciones entre sus diversas actividades en torno v.g. a la noción de “lesión resarcible” del derecho español -daño que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar porque el Estado carece de título jurídico que lo justifique-, en nuestro país se ha impuesto tanto en la jurisprudencia como la doctrina la disquisición dogmática entre responsabilidad derivada de actividad contractual y extracontractual,

asimilándose los conceptos de actividad “ilícita-ilegitima” “licita-legitima” receptados por la Ley Nacional y el a-proy. que analizamos.

Ya en el ámbito de responsabilidad extracontractual se distinguen aquellas situaciones y materias no regidas por el derecho administrativo y en consecuencia excluidas de la aplicación de la Ley²⁸, la que en consecuencia esta se rige y se aplica a los casos en el marco de:

- a) Su actividad ilícita (hechos²⁹, actos y omisiones) con fundamento en su componente antijurídico
- b) Su actividad lícita (hechos y actos) con fundamento en la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial y la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.
- c) A su vez se regula la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos por la actividad o inactividad por el ejercicio irregular de sus funciones u obligaciones legales
- d) En forma supletoria se aplica a los contratos, salvo el de empleo público

Responsabilidad por Acción u Omisión Ilegítima

En línea con la jurisprudencia de la CSJ y Ley Nacional se establecen los cuatro requisitos para la procedencia de las acciones por responsabilidad ilegítima contra el Estado: a) Daño Cierto b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal c) Relación de causalidad adecuada d) Falta de Servicio.

²⁸ En las que el Estado tiene actuación despojado de sus potestades y en el ámbito del derecho privado v.g. proveyendo servicios comerciales a través de entes descentralizados o sociedades

²⁹ Los hechos jurídicos humanos administrativos se concretan en comportamientos materiales o físicos de los órganos de la Administración para ejecutar un acto administrativo o con independencia de él o pueden cumplirse para declarar la voluntad de la administración. Los hechos administrativos se rigen en principio por reglas análogas a las aplicables a los actos administrativos.

Artículo 5. Inciso a)

El Daño Resarcible

Sea este regido en el ámbito del derecho público o del derecho privado, la imputación y atribución de responsabilidad presupone la existencia del daño, si el supuesto acreedor no ha sufrido perjuicio, su pretensión de resarcimiento no puede prosperar pues se traduciría en un enriquecimiento sin causa³⁰.

La norma refiere en el inc a) al “*daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero*”

La “certeza” implica que el daño es *cualitativamente* constatable aún cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud³¹, excluyendo los daños puramente eventuales o hipotéticos como idóneos para generar consecuencias resarcitorias.

Conforme las categorías del CCyC, pueden clasificarse como indemnizables: a) el “daño emergente” como perjuicio efectivo que sufre el patrimonio de la víctima en sus bienes o derechos a consecuencia del evento y puede ser tanto “actual” como “futuro” cuando los efectos nocivos del hecho es forzoso que deban producirse b) el "lucro cesante" por su parte es el valor de las “ganancias frustradas” o dejadas de percibir por el damnificado c) la “perdida de chance” existe cuando se frustra una oportunidad de obtener un beneficio, o de evitar un menoscabo de índole patrimonial y d) el “daño moral” comprende las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, sus afecciones espirituales y aquellas que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, las que resultan cuantificables en una suma determinada al momento de su reconocimiento.

El principio que rige en la doctrina y la jurisprudencia respecto al ámbito de la responsabilidad por *actividad ilegítima* del Estado es el “la

³⁰ CSJN, 05/03/1996, “Astilleros Príncipe y Menghi S. A. c. Estado nacional y otro”, LL, 1996-C, 785.

³¹ PIZZARRO, RAMON D. – VALLESPINOS, CARLOS G., *Obligaciones*, Hammurabi 2008, t 4 649.

indemnización plena”³² en los términos ahora descriptos por el art. 1740° CCyC aplicable en nuestro ámbito por analogía “*La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie*” y en la medida que este sea ocasionado al damnificado vinculado a las consecuencias normales y previsibles del acto tanto “inmediatas” como “mediatas” -art. 1727° del CCyC-, lo cual incluye los daños patrimoniales como no patrimoniales.

La Corte hace referencia a que “el principio de la reparación integral tiene el preciso alcance que surge de su enunciado en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido”³³ siendo pacífica tanto la doctrina como la jurisprudencia en reconocer la amplitud del daño resarcible provocado por el accionar *ilícito* del Estado lo que conforma un marco jurídico insoslayable para la nueva norma por cuanto involucra el reconocimiento de derechos de raigambre constitucional cuya admisión no admite regresiones y se impone como reconocimiento al derecho más favorable a la persona -principio *pro hominem*- (art. 21° inc. 2 y 29 inc. b, CADH).

Cabe señalar que el último párrafo del art. 5° del a-proy., señala la obligación del juez de disponer el resarcimiento de todos los rubros indemnizatorios efectivamente acreditados.

La mención de “mensurable en dinero” si bien debería ser interpretada como la exclusión de otro tipo de demandas al Estado que no puedan traducirse en indemnización dineraria -v.g. la restitución de un derecho o la adopción de medidas de hacer- lo cierto es que da lugar al arbitrio de interpretaciones que pueden limitar derechos, particularmente respecto a la negación del “daño moral” excepto el caso de las personas jurídicas³⁴.

³² CSJN sent. del 05/08/1986 “*Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*”, LL, 1987-A, 442.

³³ CSJN sent. del 24/08/1995 “*Pérez, Fredy F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*”, LL Online: AR/JUR/4284/1995

³⁴ CSJN sent. del 22/03/1990 “*Kasdorf, S. A. c. Provincia de Jujuy y otro*”, LL, 1991-A, 52.

Propuesta art. 5. 1er párrafo:

En torno a lo expuesto proponemos sustituir el inc. a) del art. 5 por el siguiente texto:

✓ ***“a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca ocasionado a la persona o a su patrimonio.***

Texto Actual: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero

Artículo 5 inciso d)

La Falta de Servicio

El Estado presta servicios a la comunidad por los cuales responde directamente ante la falta de una regular prestación.

Existe una imputación directa al Estado titular por la actividad de sus órganos, funcionarios o agentes realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de la que dependen.

El concepto fue acuñado por la Corte en la causa “Vadell” donde expresó *“Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”*, doctrina mantenida hasta el presente y que puede definirse como el “incumplimiento de los deberes legales”³⁵.

La falta de servicio es concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función y se aprecia conforme a las normas o reglamentos que rigen el servicio³⁶, en forma independiente o sin considerar la voluntad o intención del funcionario o agente que la ocasione. Habrá así *falta de servicio* sí el daño fuera provocado como consecuencia de una acción

³⁵ BALBIN, CARLOS F., *Curso D. Administrativo*, t. II p. 347. LL 2008

³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho Administrativo*, t I p. 269 6ta ed.

incluso delictiva de algún funcionario o agente, en la medida que se afecte la prestación regular del mismo.

El a-proy. continuando con el lineamiento de la Ley Nacional define la “falta de servicio” como “la acción u omisión irregular por parte del Estado” resultando la definición meramente descriptiva o de tipo abierto en la medida que para darle contenido a lo “irregular” deberá analizarse o confrontarse con la normativa vigente el “incumplimiento de los deberes legales impuestos a los órganos del Estado”.

Cuando el Estado ejerce u omite actividad reglada, es decir cuando la norma previamente estableció los requisitos a cumplir por el particular y define la conducta obligada de la Administración, o en los casos de daños por vicio o riesgo de las cosas, la responsabilidad se objetiva en forma proporcional a la precisión de la regulación, bastando con acreditar el deber incumplido o la participación de la cosa riesgosa y su relación de causalidad con el daño.

Otro es el criterio a seguir respecto de la actividad discrecional de la Administración o frente a normas generales y deberes indeterminados que no garantizan un resultado en concreto, casos respecto de los cuales se determina que deberá apreciarse la *“naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”* conforme los parámetros fijados en sus precedentes por la Corte Suprema³⁷.

Al damnificado no le basta con probar que existe un deber a cargo del Estado, sino que debe acreditar en que consiste su infracción y cual resultaba la conducta debida conforme las circunstancias del caso conforme las pautas que ahora fijaría la Ley.³⁸

Hasta allí lo regulado en el a-proy resulta ajustado a las pautas que rigen el instituto conforme la doctrina y precedentes del Máximo Tribunal

³⁷ CSJN “Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros” • 28/04/1998. Fallos Corte: 321:1124. L L 1998-C , 322

³⁸ CSJN “Bianchi de Pereyra, Isabel del Carmen c. provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico” Fallos: 329:4944.

positivizando los presupuestos que deben apreciarse frente a deberes indeterminados lo cual compartimos.

Artículo 5 inciso d)

El ámbito de las omisiones

Adoptando un criterio negatorio de derechos y en consecuencia claramente inaplicable e inconstitucional, la legislación Nacional y ahora el a-proy. introducen una limitación improcedente negando la posibilidad de reclamar la responsabilidad del Estado por “omisiones frente a deberes generales o indeterminados”.

Haya sido por inconsecuencia o voluntad expresa, lo cierto es que tal postura extrema es contraria a la doctrina que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema que de ningún modo niegan su procedencia sino que la restringen justamente a apreciación de los parámetros establecidos por el 2do párraf. del a-proy -la naturaleza de la actividad, los medios de que se dispone, el vínculo de la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño-³⁹.

La matriz de la limitante fue tomada del art. 1074° del CC que acotaba la responsabilidad respecto de las omisiones -hoy 1717° CCyC- a que una ley impusiera la obligación, -antijuridicidad- lo cual si bien procede en el campo civil, resulta inaplicable en el ámbito público por cuanto existe una obligación general del Estado de prestar el servicio⁴⁰.

Sin perjuicio que si se pretende responsabilizar al Estado por una omisión, es preciso, que se alegue y demuestre la infracción a un deber jurídico que le imponía actuar en un determinado sentido⁴¹, tal deber, precepto o directiva puede resultar tanto expreso como razonablemente

³⁹ CSJN M. 802. XXXV, sent. del 06/032007 “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”. Fallos: 330:563

⁴⁰ SCBA conf. doctr. causas Ac. 89.545, sent. de 8-III-2007

⁴¹ CSJN causa P.681. XLIII, "Parisi de Frezzini", sent. de 20-X-2009

implícito, estableciendo el mandato de actuar positivamente. La ausencia de actividad debe producir un daño que sea consecuencia directa de la misma⁴².

No se soslaya que el ámbito de las omisiones por las que podría ser demandado el Estado es ilimitado en tanto presta todo tipo de servicio conforme los postulados constitucionales -salud, seguridad, educación, fomento económico, vivienda, trabajo etc- los que podrían exigirse se cumplieran con el más alto nivel de prestación -desde equipar los servicios con la tecnología más avanzada o dotarlos de alta especialidad en mano de obra e insumos-, lo que traslada la cuestión, no a la consideración de si existe una norma expresa determinada, sino a cuales son los estándares de servicios que pueden serle exigidos al Estado en determinado tiempo y circunstancias.

Bajo tal prisma el a-proy. al legislar sobre los parámetros a merituar en el caso de “deberes indeterminados” en el 2do párraf. del art. 5 – *naturaleza de la actividad, medios de que se dispone, vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño*- implica un avance sobre la norma Nacional que no los contempla.

Sin embargo el 3er párraf. anula la aplicación de tales presupuestos al limitar la responsabilidad en las omisiones exclusivamente a los casos en que “*se verifique la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso*” toda vez que es justamente en los caso de “omisiones a mandatos generales e indeterminados” cuando se aplican los parámetros fijados en el 2do párrafo y en consecuencia se desbarata toda la arquitectura del sistema.

Fue la Corte Suprema⁴³ la que acuñó el alcance del texto del inc. 2 del art. 5º del a-proy. “*La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta 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*

⁴² SCBA causas C. 89.545, "González", sent. de 8-III-2007; C. 90.664, "Acuña", sent. de 11-IV-2007; C. 91.336, "M., C. A.", sent. de 18-XI-2008 y C. 97.827, "Leiva", sent. de 9-VI-2010.

⁴³ CSJN en “Zacarias” de 1998 cita 36

de previsibilidad del daño”, justamente analizando un caso de “omisión al deber general de seguridad”.

En otro precedente con similar objeto dispuso que “*La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar*”⁴⁴.

Tanto la Ley Nacional como ahora el a-proy. pasan de la exigencia de un “juicio estricto” en los casos de omisiones a normas generales o indeterminadas, a su lisa y llana anulación, lo cual conlleva a su inconstitucionalidad que con seguridad de oponerse tal excepción será dispuesta en el ámbito judicial.

Si lo que se pretendió en el párraf. 2 del art. 5° del a-proy. es circunscribir la merituación de los pautas allí establecidas exclusivamente a los casos de las “acciones” ello deviene abstracto, toda vez que en la práctica no existe casos de “acción ilícita” frente a deberes indeterminados donde solo pueden ponderarse “omisiones ilícita” -anuladas por el 3er párraf.- toda vez que frente a una norma general, independientemente de las acciones que adopte el Estado, lo jurídicamente relevante a los fines de establecer su responsabilidad será en todos los casos la omisión de la prestación debida en el caso concreto⁴⁵.

En conclusión circunscribir la responsabilidad del Estado en los casos de omisión a la existencia previa de un deber de actuación normativo y expreso, equivale en los hechos a impedir o anular la posibilidad de demandar al Estado por la omisión a mandatos generales o a deberes indeterminados, lo que resulta claramente inconstitucional por indebida restricción del derecho a la reparación de daños por el Estado.

⁴⁴ CSJN “Mosca” 2007 cit. 38

⁴⁵ Así frente a un reclamo por falta al deber general de seguridad en un caso concreto, lo que se va a cuestionar siempre es la “conducta omisiva”, independientemente que la autoridad policial hubiere tomado otras acciones –v.g. disponer los efectivos en otro lugar de un evento, desamparando aquel en que se produjo el daño- las que a lo sumo podrán ser analizadas para meritar el marco de los medios de que dispone el servicio.

La restricción en la merituación a la procedencia de estos casos se encuentra suficientemente explicitada en el párraf. 2 del art. 5° del a-proy. fijando los parámetros a los que quedará circunscripta tal responsabilidad.

Propuesta

En orden a lo expuesto se propone:

✓ “suprimir el 3er párrafo del art. 5° del a-proy.”

Texto Actual: “La omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifique la inobservancia de un deber de actuación normativo y expreso”.

Análisis del contenido del artículo 6° del ante-proyecto

Artículo 6° (texto a-proy.)

Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad legítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad adecuada entre la acción del órgano y el daño cuya reparación se persigue;*
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;*
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.*

Responsabilidad por Actividad Legítima

Se establecen aquí los parámetros para el reconocimiento de la responsabilidad por actividad “*legítima*” del Estado agregando a los tres primeros incisos del art. 5° los siguientes presupuestos:

- d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño

e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido

Conforme se explicitara la actividad *lícita* del Estado puede generar responsabilidad a diferencia del derecho privado -art. 10° 1717, 1718 CCyC-, hallando como fundamento del deber de indemnizar y ante la ausencia de regulación específica, a la propia Constitución Nacional -art. 16°, 17° y 19°-, la Const. Pcial. -art. 10°, 11°, 12°, 13°- la Ley Nac. 21.499 y Pcial. 5.708 de Expropiaciones respectivamente.

Su evolución permite sostener que existe un derecho constitucional, que garantiza al administrado la reparación del daño cuando *la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo* agregando el inc. e) “*el sacrificio especial*” en la persona dañada que se configurara cuando el daño aún proviniendo de una actividad lícita resulta individualizado o particularizado en un individuo o un grupo específico de la comunidad que sufre la afectación a un *derecho adquirido*.

Por el contrario no genera responsabilidad el cumplimiento de una sanción legalmente impuesta o el deber de abstenerse de hacer algo prohibido y de soportar las consecuencias de su incumplimiento.

La cuestión no reviste mayor controversia salvo respecto del alcance y extensión de la formula “*derecho adquirido*” puesto que claramente no refiere a un derecho subjetivo expreso y determinado, sino a “un derecho jurídicamente protegido” por las garantías supra-constitucionales, constitucionales, legales y reglamentarias que gozan los habitantes en un Estado de Derecho.

Análisis del contenido del artículo 7° del ante-proyecto

Artículo 7°. (texto a-proy.)

La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso, procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin

que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

Extensión de la indemnización

Al igual que la norma con vigencia en el ámbito Nacional el a-proy. determina que la responsabilidad por actividad *legítima* es de carácter excepcional y que en ningún caso procede la reparación del “*lucro cesante*” y aclara, que se reconocerá solo el valor objetivo de los bienes, los daños directos e inmediatos de la actividad, excluyendo las circunstancias de carácter personal, valores afectivos o ganancias hipotéticas.

Incluye de forma novedosa y positiva el resarcimiento por razones de equidad que el accionar del Estado pudiera ocasionar a los damnificados que afecten derechos personales y espirituales dejando su mensura al arbitrio del juez actuante.

Por último se excluye a su vez los daños causados por la actividad judicial legítima.

Como el resto de los presupuestos y elementos que conforman ambos institutos fue la jurisprudencia del Alto Tribunal la que marcó las incidencias respecto de la extensión del reconocimiento si bien de forma casuística y así en algunos casos hizo lugar al lucro cesante⁴⁶ y en otros juicios rechazó el concepto⁴⁷.

Si bien un sector de doctrina aboga por el reconocimiento de la reparación plena, mayoritariamente se reconoce que tanto en el ámbito del

⁴⁶ CSJN in re “*Sánchez, Granel*”, “*Juncalán, Eel jacaranda*” entre otros

⁴⁷ CSJN sent. del 09/05/1989, “*Motor Once, S.A.*” *Los Pinos S.A.*, “*Cantón*”, “*Brumeco*” entre otros

derecho público como en la órbita del derecho privado, la conducta legítima que origina daños no da lugar a una reparación integral sino acotada en derecho -v.g. art. 1742° y 1750° CCyC-, sin perjuicio de sostenerse que el “daño emergente” puede ser tanto el actual como el futuro.

Art. 7° 2.-

La Exclusión de responsabilidad por actividad judicial legítima

Se excluye la responsabilidad por la actividad judicial legítima, lo cual coincide con la doctrina sentada por la Corte Suprema⁴⁸, así el Estado “solo puede ser responsable por *error judicial* en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error”.

La cuestión a nuestro criterio se plantea respecto del carácter restrictivo de la norma al igual que la Nacional respecto particularmente a los casos de la privación de la libertad mientras se sustancian los procesos penales bajo el instituto de la prisión preventiva -art. 157° CPP-, situación que luego resulta modificada cuando queda demostrada su improcedencia v.g. por sobreseimiento o absolución del encartado.

En tales casos en la actualidad salvo contadas excepciones, se rechazan las demandas por daños y perjuicios por privación de la libertad con fundamento en la inexistencia de error judicial⁴⁹ toda vez que las medidas de prevención se ajustan a los presupuestos del código procesal.

Sin embargo se configura a nuestro criterio en muchos casos el “sacrificio especial” al que alude el inc. c) del art. 6° del a-proy. respecto de los damnificados injusta o ilegítimamente privados de libertad en aras del cumplimiento regular del servicio de justicia.

⁴⁸ CSJ “Vignoni”, Fallos, 311:1008; “Balda” LL, t 1996-B p. 313; “De Gandía, Beatriz LL, t 1996-D p. 79

⁴⁹ CSJ fallos 302:1022

En orden a lo expuesto sin perjuicio de mantenerse como regla la excepcionalidad y en la medida que en los casos en que se verifique el “sobreseimiento o absolución del imputado por inexistencia del hecho imputado o por ausencia acreditada de participación”, corresponde dejar al arbitrio del juez fijar un monto de indemnización con fundamento en la equidad prevista en el art. 7° del a-proy.

A su vez si dicha privación de libertad, hubiera ocasionado daños a la vida, la salud o patrimoniales de las personas debidamente acreditados, corresponde se reconozcan tales rubros con el alcance antes señalado por razones de equidad.

Propuesta:

Se agregue como último párrafo al art. 7° con la siguiente redacción:

- ✓ **En los casos de privaciones de la libertad a consecuencia de prisiones preventivas luego revocadas por sobreseimiento o absolución del imputado fundadas en la inexistencia del hecho imputado o ausencia acreditada de su participación, el juez podrá fijar prudencialmente una indemnización por razones de equidad la que podrá comprender los rubros fijados en el segundo párrafo.**

Texto Actual del anteproyecto: “Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”

Análisis del contenido del artículo 8° del ante-proyecto

Artículo 8° (texto a-proy.)

“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario 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”.

Responsabilidad de los Concesionarios

Al igual que la norma Nacional se establece que el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, 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.

Cabe memorar que cuando se sancionó la norma Nacional en 2014 las repercusiones del accidente ferroviario de la estación Once en 2012 generaron diversas críticas a la disposición restrictiva de la responsabilidad estatal, puesto que el Estado no puede eximirse de los deberes de vigilancia y control sobre las concesiones de servicios públicos. Y que por tanto, si bien es evidente que el concesionario debe cargar con la responsabilidad principal, de ningún modo debe el Estado sustraerse a su responsabilidad con carácter subsidiario⁵⁰.

Resulta evidente que el Estado no debe responder por los concesionarios en forma directa por cuanto ninguno de sus órganos presta el servicio ni el titular de la explotación resulta un ente estatal sino un sujeto privado vinculado con el Estado por medio de un contrato de concesión de servicio.

En cambio resultará responsable cuando los daños sufridos por terceros en el marco de los servicios concesionados, son a consecuencia del ejercicio irregular del poder de regulación o control del servicio debidamente acreditado y siempre que ello sea causa eficiente y jurídicamente relevante respecto del daño.

El tipo de responsabilidad atribuible al Estado, debe ser de carácter “subsidiaria” ante la imposibilidad que el concesionario no pueda patrimonialmente solventar el reclamo.

Resulta evidente por otra parte que en todos los pliegos de concesiones públicas se obliga al concesionario a contar con un seguro de

⁵⁰ Informe por la minoría el diputado Omar A. Duclós (O.D 2704 del 22/11/2013) .

responsabilidad civil por daños a terceros debiendo controlar los organismos concedentes su plena vigencia por el término de la concesión

Propuesta

Conforme lo expuesto se propone modificar el art. 8° del a-proy. que quedará redactado como sigue:

- ✓ **El Estado no debe responder por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario 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.**
- ✓ **En los casos debidamente acreditados que el daño guarde relación de causalidad adecuada con la falta de servicio del Estado en sus deberes de regulación y control de los términos y condiciones de la concesión, este responderá en forma subsidiaria ante la insolvencia patrimonial del contratista o concesionario.**

Texto actual del anteproyecto: El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario 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.

Análisis del contenido del artículo 9° del ante-proyecto

Artículo 9°.- (texto a-proy.)

“El Estado responde por el daño causado o sufrido por los/las alumnos/as menores de edad, en los establecimientos educativos de titularidad estatal, cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. El Estado se eximirá sólo con la prueba del caso fortuito”.

“El Estado en estos casos deberá contar con un seguro de responsabilidad o, en su defecto, autoasegurarse, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora”.

“Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”

Responsabilidad por daños en Establecimientos Públicos

Se dispone que el Estado responderá por el daño causado o sufrido por los/las alumnos/as menores de edad en los establecimientos educativos de titularidad estatal cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar.

Actualmente dicha responsabilidad se encuentra alcanzada por un tipo particular de falta de servicio aplicándose antes de la reforma con carácter subsidiario el art. 1117° del CC -hoy 1767° CCyC- para los establecimientos educativos públicos, respecto a los daños causado o sufridos por los alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, excluyéndose a los de educación superior o universitaria.

Cuando el Estado a través de los mismos brinda educación libre y gratuita. actúa en su esfera pública por antonomasia en cumplimiento con los postulados de jerarquía constitucional ínsitos en el art. 75° inc. 19 de la CN a través de la sanción de leyes de organización de un sistema educativo público que garantice los principios de gratuidad y equidad hoy reglamentado por la ley de Ley de Educación 26.206.

En cuanto al factor de atribución de responsabilidad al Estado tanto por acción u omisión resultará objetivo fundado en un deber de “garantía” hacia los educandos dado el tipo de servicio que involucra a menores, alcanzando el daño que estos sufrieran a consecuencia del obrar de sus pares, docentes o con las cosas o por el vicio o riesgo de las mismas.

El a-proy. considera a los fines procesales que el Estado podrá oponer solo una de las causales de eximición de responsabilidad de las previstas en el 4° del a-proy., el “caso fortuito” -aquello que no pudo preverse-.

Entendemos que a consecuencia de seguir el texto del art. 1767° CCyC no se hace mención a la “fuerza mayor” -aquello que aunque siendo previsible no pudo evitarse- ya que en el caso del ordenamiento civil ambos

conceptos se emplean como sinónimos -art. 1730° del CCyC-, sin embargo en el art. 4° del a-proy. no se formuló dicha salvedad por lo cual corresponde unificar tales criterios, de otro modo se incurriría en la contradicción de eximir al Estado por lo imprevisible pero no por lo inevitable que en definitiva resulta dirimente.

Cabe señalar que en la materia de que se trata determinar la ruptura de nexo de causalidad por caso fortuito o fuera mayor, en los hechos tendrá un carácter sumamente restrictivo en función que, descartada la culpa de la víctima o el hecho de un tercero -incluidos los actos emanados de otra autoridad- el único caso a considerar serían los “hechos de la naturaleza” imprevisibles o inevitables hoy acotados frente al desarrollo actual de la tecnología.

En el mismo sentido y en línea con el art. 1767° CCyC se menciona a “los establecimientos de titularidad estatal” cuando debió referirse a los “los establecimientos educativos públicos” toda vez que el término “titularidad” es propio de la esfera privada en referencia a quien se encuentra legalmente habilitado por la autoridad de aplicación para su funcionamiento.

La norma impone contar con un seguro de “responsabilidad” o en su defecto auto-asegurarse regulación que si bien no es sistemática por cuanto el Estado se presume en todos casos siempre solvente, ni obviamente puede ser liquidado, en los hechos puede operar de manera positiva obligando a generar presupuestariamente un fondo afectado o para el caso de tomarse un seguro ante una entidad privada esto pueda agilizar el cobro de la indemnización toda vez que dicho pago no estaría sujeto a los presupuestos que se aplican al sector público.

En este aspecto será necesario precisar la norma toda vez que se menciona la obligación del Estado de contratar “un seguro de responsabilidad” en tanto en el CCyC art. 1767° refiere al seguro de “responsabilidad civil” -art. 109° y ss Ley 17.418-. A nuestro criterio correspondería aclarar que se trata de la contratación de un seguro colectivo de vida y accidentes personales en los términos del art. 153° y 156° Ley 17.418, el que resultaría menos oneroso y más compatible con las personas aseguradas -alumnos/as menores de edad-. Los daños ocasionados a terceros se registrarán por las pautas generales.

Tampoco se condice la redacción del párrafo que introdujo al de la norma civil “o en su defecto autoasegurarse” para continuar con “de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en la materia, porque tal requisito es inexistente en cuanto de establecerse un autoseguro este se regiría por la pautas presupuestarias regulado por la Ley 13.767 de Administración Financiera y Sistema de Control o el Reglamento de Contabilidad en el caso de los Municipios.

Por último una cuestión de forma en el 3er párraf. se alude a la exclusión a los establecimientos de educación superior o universitaria lo cual no se condice con las categorías que establece la Ley 26.206 que refiere a “educación superior universitaria y no universitaria”.

Propuesta artículo 9 °:

Por lo expuesto se propone sustituir el art. 9 por el siguiente:

- ✓ **“El Estado responde por el daño causado o sufrido por los/las alumnos/as menores de edad, en los establecimientos educativos públicos, cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. El Estado se eximirá solo con la prueba del caso fortuito o fuerza mayor”.**
- ✓ **“El Estado deberá contar con un seguro de responsabilidad colectivo de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora o en su defecto autoasegurarse”.**
- ✓ **“Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior, universitaria y no universitaria”**

Texto actual del anteproyecto : *El Estado responde por el daño causado o sufrido por los/las alumnos/as menores de edad, en los establecimientos educativos de titularidad estatal, cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. El Estado se eximirá sólo con la prueba del caso fortuito.*

El Estado en estos casos deberá contar con un seguro de responsabilidad o, en su defecto, autoasegurarse, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria

Análisis del contenido del artículo 10° del ante-proyecto

Artículo 10.- (Según texto a-proy.)

“El Estado responde en cuanto dueño o guardián por el daño causado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve, salvo que su uso especial haya sido otorgado a particulares o a otras personas por las que no deba responder en forma directa. Tal responsabilidad se exige ante el caso fortuito o fuerza mayor o si se prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta”.

“En el caso de tratarse de bienes del dominio público estatal afectados directamente al uso común, (parques, plazas, calles, veredas, arboles, columnas alumbrado, semáforos, señaladores, carteles) la atribución de responsabilidad exigirá, además, acreditar el incumplimiento del deber estatal de colocar los bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos”.

“En los supuestos comprendidos en los párrafos anteriores, la responsabilidad del Estado se rige por las normas de esta ley vinculadas a la responsabilidad por acción u omisión ilegítima”.

Responsabilidad del Estado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve - Los bienes afectados al uso público

10.1.- El proyecto innova respecto de la norma Nacional en cuanto a regular la responsabilidad del Estado por los daños provocados “por el riesgo o vicio de las cosas” de que se sirve.

Se trata y así se regula en la normativa civil, de los casos de responsabilidad cuyo factor de atribución es “objetivo” -antes el art. 1113° CC y actualmente los art. 1722°, 1757° y 1758° del CCyC- así el dueño o guardián son responsables del daño causado por el vicio o riesgo de las cosas, así como por la actividad riesgosa o peligrosa por su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias de su realización. En tales casos la culpa del

agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad y este se libera demostrando la causa ajena.

Esta cuestión resultaba en el caso de la Ley Nacional uno de los puntos que despertara mayor crítica de la doctrina particularmente de quienes abogan por el mantenimiento de la responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial sosteniendo la inadmisibilidad de un régimen diferenciado -v.g. de los accidentes de tránsito donde intervenga un vehículo perteneciente al Estado-, planteando la inequidad desde la óptica del afectado⁵¹.

En el ámbito del Estado y frente a la inexistencia de una norma específica la jurisprudencia ha encuadrado estos casos como “faltas de servicio” lo cual si bien exige mayor carga de prueba en el accionante permite a su vez responsabilizar en algunos casos en que las cosas riesgosas se utilizan por fuera de la función asignada al funcionario o agente⁵². Ello en la medida que exista relación entre la función desempeñada y el daño producido facilitado por el suministro de la cosa peligrosa -v.g. arma de fuego- y las obligaciones del servicio⁵³ incluyendo los casos en que el Estado se ha valido de agentes que resulten de una peligrosidad manifiesta y las consecuencias de la mala elección sea o no excusable, debe recaer sobre la entidad pública que la ha realizado⁵⁴, bastando que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el acto dañoso⁵⁵.

⁵¹ Entre otros PIZARRO Ramón Daniel en la “Primera Mesa de Dialogo sobre Responsabilidad del Estado” organizada por la SCBA el 17 y 18 de noviembre 2014 La Plata. El autor se pregunta si no existe una inconstitucionalidad manifiesta en el caso de un peatón que es atropellado en la vía pública por un vehículo del Estado al someterlo a un régimen diferenciado de otro que es embestido por un automóvil particular.

⁵² CSJN sent. del 12/05/1992, “Lozano Gómez, Juan C. c. Provincia de Buenos Aires”, LL, 1994-B, 426.

⁵³ CSJN, sent. del 01/06/1978, “Panizo, Manuel Nicolás c/ nos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, (P.245.XVII), Fallos, 300:639.

⁵⁴ CSJN sent. del 05/07/1994, “Balbuena, Blanca Gladys c. Provincia de Misiones”, Fallos, 317:731.

⁵⁵ CSJN sent. del 7/09/1994, “Furnier, Patricia M. c. Provincia de Buenos Aires”, LL, 1996-C, 557.

De lo que se sigue que, más allá que según el art. 10° del a-proy. se determine que el Estado se exime si la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta, nada impide que pese a ello se acredite la falta de servicio del Estado en la elección de sus agentes, su control u omisión de protocolos de uso.

En cuanto a las causales de eximición de responsabilidad no se encuentra argumento razonable para excluir en el art. 10° la culpa de la víctima⁵⁶

10.2) Bienes del dominio Público del Estado

La norma distingue respecto de los bienes de dominio público en general cuya descripción en particular realiza en su segundo párrafo (parques, plazas, veredas, árboles, columnas alumbrado, etc) y que en general surgen del deslinde efectuado por el CCyC –art. art. 235° a 237° CCyC (ríos, lagos, playas, puertos, calles, plazas, caminos) y siempre que esté liberado al uso común en función que la aplicación de la responsabilidad objetiva puede llevar a resultados inusitadamente expansivos de la responsabilidad del Estado teniendo en cuenta que a diferencia de las cosas o bienes privados aquellos están destinados esencialmente al uso y goce de la población.

En tales casos cuando se trata de bienes del dominio público de uso común se exige la acreditación de la “falta de servicio” en su instalación y mantenimiento. En realidad se trata de la enumeración de los daños “con las cosas” inertes no peligrosas en sí pero que, en determinadas circunstancias pueden provocar daño, remitiéndose en estos casos a las reglas generales del art. 5° del a-proy. en la cual los bienes en sí pierden relevancia la que se traslada a la regular prestación del servicio.

Así se ha sostenido que el factor de atribución objetivo del riesgo en el caso de daños con las cosas deviene también inaplicable al caso de los bienes públicos en cuanto es absorbido por la órbita del derecho

⁵⁶ Ejemplo de daño sufrido por quien viaja en el techo de una formación del ferrocarril-, debiendo en este caso remitir a la norma del art. 4°.

administrativo y por eso el régimen y el sistema normativo deben ser distintos al de propiedad particular⁵⁷.

De otro modo bastaría probar que el daño se produjo en ocasión del uso de un bien público para involucrar la responsabilidad del Estado, independientemente de las previsiones adoptadas por éste para su mantenimiento o conservación -salvo las causales de eximición-.

El caso de daños en uso de rutas y de caminos es el ejemplo más usual y típico en el cual se aplican las pautas precedentes debiendo analizar el deber de actuación del Estado en cada evento.

Así surge de la doctrina de la Corte Suprema en casos de demandas contra la Provincia por daños ocasionados por animales sueltos sosteniendo que *“La atribución de un deber de seguridad infringido que los actores hacen al Estado provincial demandado para justificar su condena, no puede ser tenida en cuenta a ese fin porque no han identificado siquiera mínimamente cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia”*⁵⁸.

Por último el concepto de “dueño o guardián” son propios del derecho privado y sus nociones ajenas al ámbito de la responsabilidad pública, el cual encuentra fundamento en la utilización por los órganos públicos de los bienes, materiales e instalaciones necesarios, conforme el reparto de competencias y deberes que las normas le asignan, para el cumplimiento de sus fines de interés general y sujetos al régimen específico de los bienes del Estado.

Propuesta art. 10:

En función de los fundamentos expresados corresponde que el artículo forme parte del Capítulo de la Ley donde se regla la

⁵⁷ SCBA causa I-1992 “Aguas Argentinas”, sent. de 07-III-2005

⁵⁸ CSJN “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros” • 07/11/2006. Fallos: 329:4944. JA 2007-I , 121

responsabilidad por actividad ilegítima y en cualquier caso sustituirlo por lo siguiente:

- ✓ **El Estado responde por el daño causado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve salvo que su uso específico haya sido otorgada a particulares por los que no debe responder, fueren usadas en contra de su voluntad expresa o presunta o concurren alguna de las causales de eximición del art. 4°.**
- ✓ **En el caso de tratarse de bienes del dominio público estatal afectados al uso común -parques, plazas, rutas, caminos, calles, veredas, árboles, columnas de alumbrado, semáforos, carteles- se deberá acreditar el incumplimiento del deber estatal de colocar los bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos.**

Texto Actual “El Estado responde en cuanto dueño o guardián por el daño causado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve, salvo que su uso especial haya sido otorgado a particulares o a otras personas por las que no deba responder en forma directa. Tal responsabilidad se exime ante el caso fortuito o fuerza mayor o si se prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta”.

“En el caso de tratarse de bienes del dominio público estatal afectados directamente al uso común, (parques, plazas, calles, veredas, arboles, columnas alumbrado, semáforos, señaladores, carteles) la atribución de responsabilidad exigirá, además, acreditar el incumplimiento del deber estatal de colocar los bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos”.

Respecto del último párrafo de mantenerse el esquema del a-proy. debería incluirse, salvo adoptarse la división por capítulos como se propone

- ✓ **“En los supuestos comprendidos en los párrafos anteriores, la responsabilidad del Estado se rige por las normas de esta ley vinculadas a la responsabilidad por acción u omisión ilegítima”.**

Análisis del contenido del artículo 11° del ante-proyecto

Artículo 11.- (Según texto a-proy.)

“El Estado podrá reconocer la indemnización de daños y perjuicios por actividad ilegítima, en sede administrativa a opción del administrado/a, cuando la responsabilidad estatal resulte manifiesta, la pretensión sea planteada en base a pautas objetivas que garanticen su sencilla y correcta determinación, y con arreglo al procedimiento que determine el Poder Ejecutivo, el que deberá contar con intervención previa de los organismos de asesoramiento y control”.

“En tales supuestos, la indemnización sólo se extenderá al daño directo (valor de reposición) y tendrá un límite de hasta cinco (5) sueldos básicos del personal administrativo, categoría 5, régimen de treinta (30) horas semanales de la Administración Pública Provincial”.

“Lo dispuesto en el presente no condiciona la demandabilidad directa del Estado en los términos del Código Contencioso Administrativo (Ley N° 12.008); sin perjuicio de ello, una vez que la petición sea deducida en sede administrativa, el planteo de la pretensión indemnizatoria en sede judicial exigirá, previamente, el desistimiento del procedimiento administrativo iniciado”.

“La aceptación de la indemnización prevista en el presente artículo, implica la renuncia a su solicitud en sede judicial, que comprende, incluso, los rubros cuyo reconocimiento no procede en la instancia administrativa”.

“La interposición conforme a la norma del pedido en sede administrativa suspende el curso del plazo de prescripción, el que se reanuda a partir del día siguiente en que se formule el desistimiento previsto en el párrafo tercero del presente, se rechace la petición por ausencia de los presupuestos necesarios para su procedencia, o se produzca la caducidad del procedimiento administrativo iniciado”.

“El rechazo de la petición fundado en la ausencia de los presupuestos establecidos en el primer y/o segundo párrafo del presente, no impide el planteo de la pretensión indemnizatoria en sede judicial”.

Resolución del conflicto en sede Administrativa

Se trata de una también novedosa y positiva incorporación respecto de la Ley Nacional que permite el reconocimiento de la

indemnización de daños en sede administrativa en casos de menor cuantía de aplicación práctica particularmente en el ámbito de los Municipios.

En efecto en función de la regla de la competencias formales que habilitan el accionar de la Administración y sin que surja de Ley Orgánica ni la legislación en materia contable -Reglamento de Contabilidad- la posibilidad de efectuar pagos a terceros sin sentencia judicial que así lo disponga, en los hechos los Dtos. Ejecutivos se abstienen de aceptar reclamos frente a la posibilidad que los órganos de control -Tribunal de Cuentas- no los convalide y les genere un cargo, salvo casos de excepción ratificados por Dto. Deliberante.

11.1.- El marco teórico tomado como parámetro en el a-proy. Surge de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor -implementada en la Pcia. a través de la Ley 13.133- que reconoce en su art. 40°bis la posibilidad de fijar en sede de la autoridad administrativa la aplicación del “daño directo”, en el caso sujeto a los presupuestos que: la responsabilidad del Estado resulte manifiesta, no requiera de complejas determinaciones y se tramite por un procedimiento -que delega al Poder Ejecutivo- el que deberá contar con intervención previa de los organismo de asesoramiento y control.

En este punto si bien a los fines de observar el principio de autonomía Municipal cabría recomendar que tal delegación recaiga tanto en el Ejecutivo Pcial. como en los Dtos. Ejecutivos Municipales, sin embargo cabe ratificarlo dado que la práctica demuestra salvo mínimas excepciones que las Administraciones locales tienden a judicializar los conflictos con el objeto de diferir el pago de sus obligaciones y de hecho las conciliaciones en sede judicial son casi inexistentes pudiendo presumirse que en algunas Comunas no se implementará.

Se impone un tope de 5 sueldos básicos del personal administrativo cat. 5 régimen 30 hs de la Adm. Pub. Pcial lo cual a priori: a) implica un límite escaso b) es de compleja confrontación para los particulares y letrados dado que la Administración Pcial. no publica de manera oficial ni extraoficial las escalas salariales.

En este sentido cabe señalar que la modificación Ley 26.994 CCyC al art. 40°bis de la Ley 24.240 eliminó el tope al daño directo a fijar en

el ámbito administrativo. Desde tal óptica resultaría conveniente un tope superior a los fines de darle eficacia al novel instituto.

En cuanto a la definición y límite del “daño directo” en el a-proy. se aclara que se trata del “valor de reposición”. Tal alcance resulta acotado a cierto tipo de perjuicio por daños a bienes muebles e inmuebles pero excluirían la afectación a otros derechos personales -v.g. daños por la prestación irregular de un servicio, la clausura ilegítima de un comercio, la negativa de expedir un acto reglado-.

A su vez se excluyen otros derechos afectados como las demoras, molestias y gastos para interponer el reclamo -v.g. contratación de un letrado- ocasionadas o razonablemente previsibles, en la medida que los mismos puedan ser inferidas de las circunstancias de los hechos denunciados, no requiera la producción de otros medios específicos de prueba para su comprobación o dimensionar su cuantía y sean mesuradamente valoradas en la instancia administrativa.

11.3.- Establece el 3er párrafo del art. 11° que el reclamo en sede administrativa no condiciona la demandabilidad directa del Estado en los términos del CCA Ley 12.008. El problema es que la “demandabilidad directa” no está reconocida como excepción al agotamiento de la vía administrativa por el art. 14° del CCA, sin perjuicio de aplicarse en la práctica conforme la doctrina de la SCBA en el precedente “Gainedu”⁵⁹ cuando se trata de reclamos patrimoniales autónomos.

Recordemos que el art. 166° de la Const. Pcial establece que *“una ley establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”*, que la SCBA determinó en el precedente ya citado que *“el agotamiento de la vía debe ser mantenido para las especiales y excepcionales supuestos que atiendan a las razones que justifican su existencia”* y que el art. 14° de la Ley 12.008 establecía en forma originaria la regla de la demandabilidad directa salvo los casos excluidos. Sin embargo la Ley 13.101 invirtió el orden en clara violación a la pauta Constitucional y jurisprudencial, disponiendo que *“en todos los caso deberá agotarse la vía*

⁵⁹ SCBA causa B-64553 “Gaineddu 23/04/2003

administrativa” enumerando las exclusiones entre las que no se encuentran los reclamos por daños y perjuicios.

Si bien en los hechos lo que se determina en el a-proy. es que, si el particular opta por el reclamo administrativo debe agotarlo o desistirlo a los fines de ocurrir por la vía judicial, se impone la modificación del art. 14° del CCA excluyendo del agotamiento de la vía a los daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

11.4.- En el 4to párrafo se introduce una cuestión de dudosa constitucionalidad cuando se establece que la aceptación de la indemnización -que por el 1er párraf. solo refiere el valor reposición- implica la renuncia a su solicitud en sede judicial, incluyendo los rubros que no proceden.

Más allá que en la práctica este tipo de reconocimientos en sede administrativa está sujeto a la previa renuncia del acreedor a todo reclamo ulterior, la cuestión no corresponde sea dispuesta por ley dejando el margen para que en cada caso se resuelva como mejor proceda a los intereses de las partes que pueden dar por acreditados ciertos rubros y no otros sujetos a estimación judicial.

11.4.1- Se dispone en el mismo párrafo que la aceptación de la indemnización implica la renuncia a la solicitud en sede judicial incluyendo los rubros no reclamados. Respecto al particular no es extraño en la praxis administrativa que una vez resuelto el reclamo a favor del peticionante el pago se difiera por períodos imprevisibles en parte dado los procedimientos contables que rigen en el sistema público para su efectivización. En consecuencia y dado que este tipo de acuerdos no constituyen títulos ejecutivos o ejecutorios, se propone adicionar a la “aceptación” la “percepción de la indemnización” como requisito para presumir la renuncia a la sede judicial.

11.5.- Se determina en el 5to párraf. una norma general respecto a los plazos de prescripción que debería ser así declarada.

La cuestión es una de las más arduas particularmente para los letrados en cuanto recordemos no existe legislación general administrativa con respecto de los plazos de prescripción así como las causales de su

interrupción y suspensión, lo que da lugar a una peligrosa casuística librada al criterio de los magistrados con la consecuente inseguridad jurídica.

Así el criterio “suspensivo” del reclamo debe legislarse juntamente con el art. 12° respecto del plazo de prescripción como lo proponemos para todos los casos regulados por la Ley.

11.6.- El último párrafo refiere a que el rechazo del reclamo -si bien se aclara por ausencia de presupuestos- no impide el planteo en sede judicial, resulta una aclaración innecesaria puesto que va de suyo que ante el rechazo por tal causal o por cualquier otra, siempre quedará expedita la vía judicial.

Propuesta artículo 11°:

En orden a lo expuesto se propone modificar desde el 2do y el 4to párraf. del artículo en lo siguiente:

- ✓ **En tales supuestos la indemnización se extenderá a los rubros comprendidos en el art. 7° -daños por actividad legítima- y tendrá un límite de hasta 8 sueldos básicos del personal administrativo, categoría 5 régimen de treinta (30) horas semanales de la Administración Pública Provincial el cual se publicará mensualmente en el boletín oficial de la Provincia. Se podrán reconocer los rubros establecidos en la última parte del 2do párrafo del art. 7° y los gastos debidamente acreditados necesarios para efectuar el reclamo.**
- ✓ **La aceptación y percepción de la indemnización prevista en el presente implica la renuncia a su solicitud en sede judicial, que comprende incluso los rubros cuyo reconocimiento no procede en la instancia administrativa.**

A su vez se eliminen el 5to y el 6to párraf. materia que quedará incluida en el art. 12° de la Ley.

Texto Actual: "... *“En tales supuestos, la indemnización sólo se extenderá al daño directo (valor de reposición) y tendrá un límite de hasta cinco (5) sueldos básicos del personal administrativo, categoría 5, régimen de treinta (30) horas semanales de la Administración Pública Provincial”.*

“La aceptación de la indemnización prevista en el presente artículo, implica la renuncia a su solicitud en sede judicial, que comprende, incluso, los rubros cuyo reconocimiento no procede en la instancia administrativa”.

Análisis del contenido del artículo 12° del ante-proyecto

Artículo 12 (texto a-proy.)

“El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”.

El plazo de Prescripción

El a-proy. fija el plazo para demandar al Estado en tres años para cualquier tipo de responsabilidad unificando criterio con la Ley Nacional y el art. 2561° del CCyC para los reclamos derivados de la “responsabilidad civil”.

No existe mayor controversia respecto del punto en los precedentes de la Corte en el sentido que “cuando no existe contrato que vincule al Estado con un particular, en cuanto al plazo de prescripción de la acción para demandar a aquél por los daños causados por hechos o actos administrativos no cabe distinguir sobre el carácter legítimo o ilegítimo de la actividad estatal generadora del perjuicio⁶⁰.”

Ha quedado superada con la vigencia del CCyC la controversia respecto a que el plazo de prescripción es materia del derecho de común

⁶⁰ CSJN sent. del 04/05/1993, “La Rinconada S.A. (en liquidación) c. Nación Argentina”, LL Online, AR/JUR/3496/1993; sent. del 29/09/1988, sent. 02/03/1978, “Cipollini, Juan Silvano c.DNV y otra .Sumario”, Fallos, 300:143.

delegada al Congreso que estableciera la doctrina de la Corte en “Filcrosa”⁶¹, al menos en materia tributaria -art. 2532° y 2560°-, sin perjuicio de persistir la duda a nuestro criterio si lo propio se aplica a las causales de suspensión, interrupción y dispensa.

En razón de lo expuesto es que corresponde se legisle para los casos de aplicación de la Ley en general respecto de las causales de suspensión e interrupción de la prescripción, no solo respecto de los reclamos del art. 11° del a-proy. sino de cualquier otro reclamo administrativo por daños y perjuicios al que acuda por “opción voluntaria” el damnificado, -necesario en muchos casos como previo a su demanda en sede judicial para clarificar los hechos o establecer el criterio de la Administración-.

Ello a su vez sentará un precedente y clarificará los aspectos relacionados con tales institutos cuya solución casuística genera incertidumbre jurídica dado el sesgo cambiante de la jurisprudencia de la SCBA en cuanto a los efectos de los reclamos referido a daños directos -no vinculados a actos administrativos- respecto a la suspensión de la prescripción.

A su vez resulta conveniente legislar acerca de los efectos interruptivos por interposición de la acción judicial que hoy se aplican en referencia a lo normado por el CCyC.

En cualquier caso el plazo de 3 años proyectado por el art. 12°, resulta coincidente con el establecido en el régimen de la Ley Nacional y con el fijados en el CCyC art. 2561° 2er párraf. para el reclamo de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil.

A consecuencia de seguir la redacción de la norma nacional se incurrió nuevamente en la inconsistencia de no mencionar en el art. 12°, como si lo hace el art. 13° para los funcionarios, el término “prescripción” sino que menciona el “plazo para demandar al Estado” hallándose redactado

⁶¹ CSJ, sent. 30/09/2003, F. 194. XXXIV. RHE “FILCROSA S.A. S/ Quiebra s/Incidente de Verificación de la Municipalidad de Avellaneda”

como si fuera un “plazo de caducidad” el cual salvo norma específica no se suspende ni se interrumpe⁶².

Se propone la reformulación del término “se produzca” la caducidad del procedimiento administrativo por cuanto al mismo contribuye a la ya difusa regulación del D.Ley 7647/70 de Procedimiento Administrativo cuando establece en su art. 127° que transcurrido seis meses desde que el procedimiento se paralice por causa imputable al interesado se “producirá” la caducidad procediéndose al archivo, para luego en el art. 128° mencionar que la caducidad se “declarará” de oficio al vencimiento del plazo pudiendo recurrirse.

Aparece por primera vez en la redacción del a-proy. el término “responsabilidad extracontractual” para referirse a la materia legislada “responsabilidad por daños que produzca la actividad o inactividad del Estado”. Sin perjuicio de lo asistemático lo cierto es que la definición negativa o por oposición a la “responsabilidad contractual” tiene un aceptado desarrollo en nuestro orden jurídico y sus operadores por lo cual entendemos no generará mayor incertidumbre en cuanto al objeto a que refiere.

Cabe por último señalar que a diferencia de la Norma Nacional se omitió acertadamente legislar respecto de las acciones de indemnización juntamente con las de nulidad de los actos administrativos vinculados, dado que la cuestión a nivel Provincial se encuentra debidamente reglada por el CCA -art. 20°- ello en el marco de la modificación que se propone respecto del art. 14° del mismo código en el Capítulo VI del presente a-proy.

Propuesta art. 12.

En base a lo expuesto se propone incorporar como 2do, y 3er párraf. del art. 12° el siguiente texto:

- ✓ **La interposición del reclamo en sede administrativa derivado de los términos de esta Ley, suspende el curso de la prescripción el que se reanudará a partir del día siguiente al que se formule su desistimiento o queden firmes el rechazo de la pretensión o la declaración de caducidad del trámite.**

⁶² COMADIRA, Julio R., *Procedimiento Administrativo*, LL, t I p. 480.

- ✓ **La interposición de la acción judicial aún en el plazo de gracia previsto por el ordenamiento procesal aplicable, interrumpe el plazo de prescripción hasta que devenga firme la resolución que pone fin a la cuestión con autoridad de cosa juzgada. La interrupción del curso de la prescripción se tiene por no sucedida si se desiste del proceso o caduca la instancia.**

Texto Actual: *“El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”.*

Análisis del contenido del artículo 13° del ante-proyecto

Artículo 13. (texto a-proy.)

“La actividad o inactividad de los/las funcionarios/as y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen”.

“La pretensión resarcitoria contra funcionarios/as y agentes públicos prescribe a los tres (3) años”.

Responsabilidad de los Funcionarios Públicos

Establece la norma que la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hacen responsables de los daños que causen, que como resulta evidente, se trata de la redacción del derogado art. 1112° del CC.

El artículo en comentario mantiene la doctrina tradicional permitiendo la acción por responsabilidad de terceros contra los funcionarios por sus faltas en el servicio, atendiendo a que éste debe responder en estos casos como cualquier otro ciudadano, con todo su patrimonio y sin que pueda argumentarse que existe a favor de él un fuero personal.

Si la falta es cometida en ejercicio u ocasión del servicio con dolo, lucro personal, falta grave o inexcusable del funcionario -lo que la doctrina francesa denomina “falta desligada” o “falta personal”-, el daño causado a los administrados a consecuencia del “ejercicio irregular de la función” o de sus obligaciones legales, compromete la responsabilidad personal del funcionario en los términos del art. 13° del a-proy. y a su vez en la medida que involucra el buen funcionamiento del servicio conlleva a su vez la responsabilidad del Estado.

Cuando “con motivo del ejercicio regular” (o falta leve excusable) en el ejercicio de sus funciones el agente causa un daño o lesión, él no resulta responsable por los daños y a todo evento podrá generar la responsabilidad del Estado conforme se verifiquen los parámetros establecidos por el proyecto por “falta de servicio”.

En cuanto a los deberes de obediencia serán o no excusables según que ello se ajuste a las exigencias jurídicas si el funcionario teniendo competencia para examinar la legalidad de la orden ilegal, la cumpla igualmente a sabiendas.

A nuestro criterio los casos en que el funcionario que actúa en forma irregular en ejercicio u ocasión del servicio por error o culpa por inexistencia de reglamentos e instrucciones claras o por falta de medios materiales o humanos, situaciones que son recurrente en la Administración deberán necesariamente mensurarse a fin de no convertir el ejercicio de la función pública en causa de la zozobra permanente del patrimonio de los funcionarios o motivo de su inacción para evitar comprometer su responsabilidad.

En cuanto a la prescripción se fija en 3 años en forma congruente con el plazo general de la Ley Nacional –art. 9°- y el CCyC para el reclamo de indemnización por daños derivados de la responsabilidad civil –art 2561 2do parraf.-.

Por último cabe incluir como lo hace la norma Nacional el plazo de prescripción respecto de la acción de regreso por responsabilidad patrimonial contra del funcionario frente a la Administración, cuando esta derive de la misma de sentencia judicial que comprometa al erario público.

Propuesta art. 13:

En función de lo expuesto se propone modificar el 2do párraf. del art. 13° con el siguiente texto:

- ✓ **La pretensión resarcitoria contra funcionarios/as y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. En igual plazo prescribe la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño computados desde la sentencia firme que estableció la indemnización.**

Texto Actual: *“La actividad o inactividad de los/las funcionarios/as y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen”.*

“La pretensión resarcitoria contra funcionarios/as y agentes públicos prescribe a los tres (3) años”.

Análisis del contenido del artículo 14° del ante-proyecto

Artículo 14. (texto a-proy.)

“Responsabilidad contractual. 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”.

“Las disposiciones de la presente Ley no son de aplicación al Estado en su carácter de empleador”.

Aplicación supletoria a los Contratos

El a-proy. o establece que la responsabilidad contractual se rige por lo dispuesto en las normas específicas y en caso de ausencia de regulación se aplica esta ley en forma supletoria.

Es decir que ante la presencia de un contrato administrativo que no tenga regulación particular *-innominados-* (v.g. concesión de uso de bienes dominicales) será de aplicación *supletoria* esta ley, "lo que implica una remisión a la totalidad de dicho régimen normativo⁶³ en lo que corresponde sea aplicable.

Cabe señalar que en los contratos administrativos a diferencia los contratos privados, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante y es dicha finalidad lo que los define y los caracteriza. En tal sentido a perdido fuerza alguna corriente que propiciaba *la huida del derecho administrativo* y un retorno al derecho privado contractual que en definitiva dejaría librado el régimen administrativo del contrato a la aptitud negociadora de las partes, -v.g. los contratos de participación público privada, ppp-

En cuanto a la inaplicación a los casos en que el Estado es empleador, implica el reconocimiento tácito del vínculo contractual -no estatutario- que rige el empleo público, criterio recién reconocido en el ámbito de los Municipios por la Ley 14.656.

No se advierte cambio de criterio alguno en la medida que el vínculo de los empleados públicos con el Estado en materia de riesgo laboral no es "materia administrativa" como lo establece el art. 2º inc a) de la ley 24.557, así como tampoco la derivada de la ley de Asociaciones Sindicales 23.551, ambas se rigen por el derecho común, para el caso el laboral o el civil según resulte del caso.

⁶³ CJN sent. del 21/11/2011, "*Daus, Oscar Normando c. Mº del Interior y otros s/daños y perjuicios*", LL, Sup. Adm. 2011 (noviembre), 21, LL, 2011-F, 158.

4. Propuesta de las disposiciones Finales

Como se adelantara al inicio proponemos que se incluya un capitulo con las modificaciones que permita la aplicación sistemática y coherente de los institutos regulados.

✓ **Capítulo VI Disposiciones Modificadorias**

Artículo 15.- Competencia material

- ✓ **“Serán competentes para entender en los casos originados por esta Ley los tribunales del fuero contencioso administrativo”**

Artículo 16.- Competencia territorial

El art. 5 del CCA determina la competencia territorial imponiendo como regla el domicilio de las personas cuya actuación u omisión da lugar a la pretensión procesal, que para el caso determinaría que todas las acciones por daños y perjuicios contra la Provincia tramitaran en el Dto. Judicial de La Plata lo cual resulta incongruente y contrario a la tésis que impulsara la descentralización y creación del fuero contencioso administrativo Ley 12.008 y 12.074 lo que fuera materia de nuestra crítica⁶⁴ y la de otros autores respecto de la cuestión en general⁶⁵.

Se propone la siguiente redacción

- ✓ **Inclúyase como inciso f) del art. 5º inc. 2 del Código Contencioso Administrativo Ley 12.008 el siguiente texto:**
- ✓ **“Las que verse sobre pretensiones por las que se reclamen daños y perjuicios al Estado por responsabilidad extracontractual”.**

⁶⁴ VERDALA, Armando “Competencia territorial en los Juicios Contenciosos contra la Provincia de Buenos Aires. Reconocimiento a la descentralización” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP Nro.: 464 página 375 Buenos Aires, 16-AGO-17

⁶⁵ ISABELLA, Diego Paulo, “Crónica de un fallo anunciado: Inconstitucionalidad de la competencia territorial fijada por el Código Contencioso de la Provincia de Buenos Aires” • Sup. Adm. 2015 (febrero) , 19 • LA LEY 2015-A , 405

Artículo 17. Agotamiento de la Vía

Conforme se fundara corresponde la exclusión de las acciones de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual de la obligación del agotamiento de la vía administrativa sin perjuicio que la misma sea optativa con los presupuestos fijados en el art. 11 del a-proy., el cual se propone con la siguiente redacción:

- ✓ **Inclúyanse como inc. e) del art. 14° inc 1 del Código Contencioso Administrativo Ley 12.008 el siguiente texto:**
- ✓ **“Cuando se reclamen daños y perjuicios al Estado por responsabilidad extracontractual”.**

ANEXO

Propuestas de modificación

ANTEPROYECTO DE LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Capítulo I. Parte General.

ARTÍCULO 1°. Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

Las disposiciones de esta Ley son de aplicación al sector público de la Provincia de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, sus entes descentralizados y a los Municipios.

En el caso de los entes descentralizados cuando no ejerzan función administrativa, la responsabilidad será subsidiaria en casos de extinción de la entidad o insuficiencia de sus bienes.

La responsabilidad del Estado es directa y no requiere individualizar al autor del daño, el que se atribuye a la organización del servicio en forma objetiva.

Las disposiciones del Capítulo I del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

ARTÍCULO 2°. Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales en los casos alcanzados por esta ley serán fundadas en su texto expreso y, a falta de éste, en los principios jurídicos del derecho público y, en su defecto, en los principios generales del derecho, siempre teniendo en consideración las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 3°. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios. Lo dispuesto en la presente ley, no impide la aplicación de sanciones conminatorias.

ARTÍCULO 4°. Eximición de responsabilidad. Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por una ley especial; o

Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

Cuando sus agentes y funcionarios no obraran en el ejercicio, con motivo, en ocasión o dentro de los límites aparentes de sus funciones

Cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquél no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso.

Capítulo II.- Responsabilidad por Acción u Omisión Ilegítima.

ARTÍCULO 5°. Son requisitos de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima:

a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca ocasionado a la persona o a su patrimonio.

b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;

c) Relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

d) Falta de servicio consistente en una acción u omisión irregular por parte del Estado.

Con la finalidad de evaluar la existencia de falta de servicio frente a un deber indeterminado, se deberá apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el vínculo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Reunidos los presupuestos enunciados precedentemente, el/la juez/a dispondrá el resarcimiento de todos aquellos rubros indemnizatorios efectivamente acreditados.

ARTÍCULO 6°. El Estado no debe responder por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario 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.

En los casos debidamente acreditados que el daño guarde relación de causalidad adecuada con la falta de servicio del Estado en sus deberes de regulación y control de los términos y condiciones de la concesión, este responderá en forma subsidiaria ante la insolvencia patrimonial del contratista o concesionario.

ARTÍCULO 7°. El Estado responde por el daño causado o sufrido por los/las alumnos/as menores de edad, en los establecimientos educativos públicos, cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. El Estado se eximirá solo con la prueba del caso fortuito o fuerza mayor.

El Estado deberá contar con un seguro de responsabilidad colectivo de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora o en su defecto autoasegurarse.

Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior, universitaria y no universitaria.

ARTÍCULO 8°. El Estado responde por el daño causado por el vicio o riesgo de las cosas de que se sirve salvo que su uso específico haya sido otorgada a particulares por los que no debe responder, fueren usadas en contra de su voluntad expresa o presunta o concurran alguna de las causales de eximición del art. 4°.

En el caso de tratarse de bienes del dominio público estatal afectados al uso común -parques, plazas, rutas, caminos, calles, veredas, árboles, columnas de alumbrado, semáforos, carteles- se deberá acreditar el incumplimiento del deber estatal de colocar los bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos.

ARTÍCULO 9°. El Estado podrá reconocer la indemnización de daños y perjuicios por actividad ilegítima en sede administrativa a opción del administrado, cuando la responsabilidad estatal resulte manifiesta, la pretensión sea planteada en base a pautas objetivas que garanticen su sencilla y correcta determinación y con arreglo al procedimiento que determine el Poder Ejecutivo Provincial el que deberá contar con la intervención previa de los organismos de asesoramiento y control.

En tales supuestos la indemnización se extenderá a los rubros comprendidos en el art. 7° -daños por actividad legítima- y tendrá un límite de hasta 8 (ocho) sueldos básicos del personal administrativo, categoría 5 régimen de treinta (30) horas semanales de la Administración Pública Provincial el cual se publicará mensualmente en el boletín oficial de la Provincia. Se podrán reconocer los rubros establecidos en la última parte del 2do párrafo del art. 7° y los gastos debidamente acreditados necesarios para efectuar el reclamo.

Lo dispuesto en el presente no condiciona la demandabilidad directa del Estado en los términos del CCA (Ley 12.008) sin perjuicio de ello, una vez que la petición sea deducida en sede administrativa el planteo de la pretensión indemnizatoria en sede judicial exigirá, previamente el desistimiento del procedimiento administrativo iniciado.

La aceptación y percepción de la indemnización prevista en el presente implica la renuncia a su solicitud en sede judicial, que comprende incluso los rubros cuyo reconocimiento no procede en la instancia administrativa.

Capítulo III.- Responsabilidad por Acción Legítima

ARTÍCULO 11°. Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad legítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad adecuada entre la acción del órgano y el daño cuya reparación se persigue;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

ARTÍCULO 12°. La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso, procede la reparación del lucro cesante.

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños.

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

En los casos de privaciones de la libertad a consecuencia de prisiones preventivas luego revocadas por sobreseimiento o absolución del imputado, fundadas en la inexistencia del hecho imputado o ausencia acreditada de su participación, el juez podrá fijar prudencialmente una indemnización por razones de equidad

Capítulo IV.- Prescripción -

ARTÍCULO 14°. El plazo de prescripción para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de 3 años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción judicial esté expedita.

La interposición del reclamo en sede administrativa derivado de los términos de esta Ley, suspende el curso de la prescripción el que se reanuda a partir del día siguiente al que se formule su desistimiento o queden firmes el rechazo de la pretensión o la declaración de caducidad del trámite.

La interposición de la acción judicial aún en el plazo de gracia previsto por el ordenamiento procesal aplicable, interrumpe el plazo de prescripción hasta que devenga firme la resolución que pone fin a la cuestión con autoridad de cosa juzgada. La interrupción del curso de la prescripción se tiene por no sucedida si se desiste del proceso o caduca la instancia.

Capítulo V.- Responsabilidad de los Funcionarios.

ARTÍCULO 13. La actividad o inactividad de los/las funcionarios/as y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa inexcusable o dolo las obligaciones que le están impuestas, lo hacen responsables de los daños que causen.

La pretensión resarcitoria contra funcionarios/as y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. En igual plazo prescribe la acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño computados desde la sentencia firme que estableció la indemnización.

Capítulo VI.- Responsabilidad Contractual.

ARTÍCULO 15°. 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.

Las disposiciones de la presente Ley no son de aplicación al Estado en su carácter de empleador.

Capítulo VII Disposiciones Complementarias y Modificadorias

ARTÍCULO 16°.- Competencia material. Serán competentes para entender en los casos originados por esta Ley los tribunales del fuero contencioso administrativo.

Artículo 17°.- Competencia territorial. Modificase el art. 5° inc. 2 del Código Contencioso Administrativo Ley 12.008, incluyendo el inciso f) con el siguiente texto:

“Las que verse sobre pretensiones por las que se reclamen daños y perjuicios al Estado por responsabilidad extracontractual”.

ARTÍCULO 18°.- Agotamiento de la Vía. Modificase el art. 14° inc 1 del Código Contencioso Administrativo Ley 12.008 incluyendo el inc. e) con el siguiente texto:

“Cuando se reclamen daños y perjuicios al Estado por responsabilidad extracontractual”.

ARTÍCULO 19°. Comuníquese, etc.