



La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19

Sumario: I. Objeto de este trabajo. Posibles escenarios de responsabilidad estatal.— II. Facultades de la Nación, de las provincias y de la CABA para la regulación de la responsabilidad del Estado.— III. Daños que no son causados por el accionar directo del Estado.— IV. Daños que son causados por el accionar directo del Estado. Medidas implementadas en ejercicio del poder de policía sanitario.

Autores: Perrino, Pablo E. Sanguinetti, Juan Carlos

Citas: TR LALEY AR/DOC/2343/2020

Publicado en: RDA 2020-130, 220

I. Objeto de este trabajo. Posibles escenarios de responsabilidad estatal

La pandemia de COVID-19 y las medidas que el Estado ha implementado para hacer frente a la emergencia sanitaria han provocado significativos daños de diversa naturaleza que, eventualmente, podrían comprometer la responsabilidad patrimonial estatal. Entre otros, cabe mencionar los daños a la salud o a la vida de quienes han padecido la afección y que se contagiaron en el ejercicio de sus funciones como agentes estatales o al recibir atención médica en un centro de salud público, como así también los perjuicios ocasionados por las acciones del Estado implicadas en la gestión de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 y ampliada por el dec. del Poder Ejecutivo nacional 260/2020. La casuística es sumamente variada. En determinados supuestos el deber de responder estatal será muy claro (v.gr., daños sufridos por personal que desempeña funciones en el ámbito sanitario), mientras que en otros no tanto debido a las dificultades que pueden presentarse para la configuración de los requisitos que deben concurrir para que proceda la responsabilidad del Estado, ya sea por su actuación ilegítima como legítima.

En este trabajo efectuaremos un examen preliminar sobre posibles situaciones en las que, a la luz de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, podría considerarse que está comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado con motivo de la pandemia de COVID-19 [\(1\)](#). Se trata de una primera aproximación al estudio de una problemática por demás compleja y de aristas múltiples, generada por una crisis sanitaria de ribetes excepcionales.

Como en todos los temas que conciernen al derecho administrativo, es imprescindible buscar soluciones justas y equilibradas. Son tan perniciosos los criterios que acarrear la impunidad para el Estado que ha ejercido ilegítimamente los poderes que el ordenamiento jurídico le atribuye o que, aun cuando los use válidamente en beneficio de la comunidad, provoque daños a los particulares que conlleven un sacrificio desigual que no tengan la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, como también los que conducen a la sobreprotección de



los particulares y convierten a la responsabilidad estatal en una suerte de paraguas contra todos los males que puede deparar la vida en sociedad.

A nuestro entender, los supuestos en los cuales podría, eventualmente, suscitarse la responsabilidad estatal con motivo de la pandemia de COVID-19 podrían agruparse en dos grandes categorías. La primera, caracterizada por la circunstancia de que el daño no proviene de un accionar directo del Estado, sino que es fruto de una situación accidental que ocurre en ocasión o con motivo del ejercicio de diversas actividades desarrolladas por el Estado (v.gr. funciones de seguridad, prestaciones médicas en hospitales públicos, etc.). La otra categoría se conforma por los casos en los cuales la eventual responsabilidad estatal tiene su causa inmediata en las medidas adoptadas por el Estado para preservar la salud pública y que son gravosas para la libertad individual y económica.

Dentro del primer grupo cabe mencionar, entre otros, los siguientes supuestos:

- 1) Daños a la salud y a la vida del personal que desempeña funciones en el ámbito sanitario (médicos, enfermeros, personal de limpieza, etc.) que en ejercicio de sus tareas se contagia de COVID-19.
- 2) Daños a la salud y a la vida del personal que desempeña funciones en el ámbito de la seguridad (policía, gendarmería, etc.), que en ejercicio de sus funciones contrae el COVID-19.
- 3) Daños a la salud y a la vida de personas que, al ser tratadas de una dolencia en un hospital público o un centro de asistencia médica público, es contagiada de COVID-19.
- 4) Daños a la salud y a la vida de internos alojados en establecimientos carcelarios que se contagien de COVID-19.

A su vez, dentro del segundo grupo cabe incluir los siguientes casos:

- 1) Responsabilidad estatal por el ejercicio ilegítimo del poder de policía sanitario.
- 2) Responsabilidad estatal por el ejercicio legítimo del poder de policía sanitario.

II. Facultades de la Nación, de las provincias y de la CABA para la regulación de la responsabilidad del Estado

Puesto que en los supuestos que examinamos puede comprometerse la responsabilidad del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, es importante recordar que la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y de los Empleados y Funcionarios Públicos solo es de aplicación a los daños que se atribuyan a las autoridades federales, por lo que están excluidos de este régimen los ocasionados por las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios.

Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la ley 26.994 es una normativa de naturaleza federal [\(2\)](#). Concorde con ello, y como consecuencia del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional (arts. 1º, 121, 122 y 129 de la CN), en el art. 11 de las LRE se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de



Buenos Aires a adherir a sus disposiciones, lo cual conlleva el reconocimiento de sus facultades para legislar en la materia [\(3\)](#).

Si bien la mayoría de las provincias y la Ciudad Autónoma aún no han hecho uso de esta potestad legislativa, por lo que su régimen de responsabilidad estatal continúa siendo de base jurisprudencial [\(4\)](#), siete provincias han dictado leyes de responsabilidad estatal. Así lo han hecho Chubut, Santiago del Estero, Santa Cruz, Mendoza, Catamarca, Entre Ríos y Río Negro [\(5\)](#).

En consecuencia, el régimen jurídico de aplicación dependerá del sujeto estatal al cual se pretenda hacer responsable.

Recuérdese también que, para la solución de los supuestos que examinaremos, las normas del Código Civil y Comercial que regulan la responsabilidad civil de las personas privadas no son de aplicación directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado (art. 1764, del Cód. Civ. y Com.), pues "la responsabilidad del Estado" (arts. 1765) y la "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" (arts. 1766) se rigen "por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda" (arts. 1765 y 1766). Ello no implica, sin embargo, que no se pueda acudir a la normativa civil para cubrir las lagunas existentes en la materia, a fin de aplicar sus principios generales u otras soluciones allí consagradas, a través de la técnica de la analogía [\(6\)](#).

III. Daños que no son causados por el accionar directo del Estado

Examinaremos en este acápite aquellos supuestos que tienen como punto en común que el daño no tiene su origen en el accionar directo del Estado, sino que es fruto de una situación accidental que puede tener lugar en ocasión o con motivo del ejercicio de diversas actividades desarrolladas por el Estado.

III.1. Daños a la salud y a la vida de personal del Estado que desempeña funciones en el ámbito sanitario producto del COVID-19, que se contagia en ejercicio de sus tareas

El primer caso que cabe examinar es el de aquellas personas que han incrementado su exposición a la enfermedad como consecuencia del desempeño de sus funciones públicas. Tal es lo que ocurre con los daños que pueden padecer las personas que trabajan en hospitales públicos o en cualquier otra dependencia estatal (nacional, provincial o municipal) que brinde servicios vinculados al sistema sanitario (médicos, enfermeros, personal de limpieza, agentes públicos que desarrollan tareas de testeos de la enfermedad o de desinfección, etc.) y que en el ejercicio de sus tareas se contagien de COVID-19 [\(7\)](#).

Tales casos están sujetos al régimen jurídico previsto en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo y sus modificaciones, la cual es de aplicación a los funcionarios y empleados del sector público nacional, de las provincias y sus municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 2º, punto 1, inc. a).

Cabe recordar que en el capítulo V de dicha normativa se contemplan diversas prestaciones dinerarias que tienen derecho a percibir el trabajador o sus derechohabientes de acuerdo con el daño padecido (incapacidad laboral temporaria



o permanente —parcial o total— y muerte) por los infortunios laborales producto de accidente de trabajo o enfermedades profesionales.

Por el dec. del Poder Ejecutivo nacional 367/2020 [\(8\)](#) se dispuso que la enfermedad COVID-19 se considera presuntamente como una enfermedad de carácter profesional "no listada" en los términos del apart. 2º inc. b) del art. 6º de la ley 24.557, respecto de los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal, y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el dec. 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el art. 4º del decreto bajo análisis (art. 1º).

Concorde con ello se estableció que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) no podrán rechazar la cobertura de las contingencias antes mencionada, por lo que "deberán adoptar los recaudos necesarios para que, al tomar conocimiento de la denuncia del infortunio laboral acompañada del correspondiente diagnóstico confirmado emitido por entidad debidamente autorizada, la trabajadora o el trabajador damnificado reciba, en forma inmediata, las prestaciones previstas en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias".

A su vez, por el art. 4º del decreto se establece que, para los trabajadores de la salud, se considera que la enfermedad COVID-19 guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico. Esta presunción, al igual que la prevista en el art. 1º, rigen para este sector de trabajadores hasta los 60 días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el dec. 260/2020, y sus prórrogas (art. 4º, del dec. 367/2020).

Como puede apreciarse, el DNU 367/2020 establece un régimen específico y diferencial de infortunios del trabajo para los trabajadores en relación de dependencia que prestan tareas en las actividades declaradas esenciales y que padecen de la enfermedad COVID-19, que presenta "las siguientes características centrales: es transitorio; considera al COVID-19 como enfermedad no listada, por lo que no la incluye en el listado de enfermedades profesionales; se aparta del sistema de enfermedades no listadas a través de un mecanismo presuncional atípico y de un procedimiento específico y diferente al previsto por la LRT para esos casos e introduce un sistema de inversión de la carga de la prueba" [\(9\)](#).

No está demás precisar que los casos de responsabilidad estatal que examinamos en este acápite no están sujetos al régimen jurídico de la LRE, la cual, en el último párrafo del art. 10, excluye de su ámbito de aplicación los supuestos en los cuales el Estado actúa como sujeto empleador [\(10\)](#).

III.2. Daños a la salud y a la vida del personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que en ejercicio de sus funciones se contagia de COVID-19

El segundo grupo de casos que examinamos concierne a los daños en la salud y la vida del personal integrante de las Fuerzas Armadas y de Seguridad con motivo del contagio de COVID-19 en el marco del desempeño de sus funciones.



El examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pone de relieve la complejidad del encuadramiento jurídico de los daños que padecen los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Prueba de ello son los distintos criterios que ha sostenido a lo largo del tiempo el alto tribunal [\(11\)](#). La postura que, a través de su integración mayoritaria, actualmente sostiene es la sentada a partir de los fallos dictados en las causas "Azzetti" [\(12\)](#) (personal militar), "Aragón" [\(13\)](#) (Gendarmería) y "Leston" [\(14\)](#) (Policía Federal), en los cuales resolvió que a los efectos de evaluar la procedencia de reclamos indemnizatorios por parte de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad fundados en normas de derecho común es preciso distinguir entre las lesiones que resultan de acciones típicamente accidentales y las que provienen del cumplimiento de misiones específicas. Respecto de estas últimas afirma que no son indemnizables en los términos de las reglas generales que rigen la responsabilidad del Estado, pues están estrechamente relacionados con las funciones típicas de las Fuerzas de Seguridad [\(15\)](#). En tales casos, se entiende que la víctima o sus causahabientes tienen derecho a percibir los beneficios estatutarios que para cada fuerza se prevé (v.gr. haberes de retiro y subsidios extraordinarios) [\(16\)](#).

El alcance de dicho criterio fue precisado por el alto tribunal en la causa "García" [\(17\)](#), en la cual afirmó que solo los actos de servicio que sean "acciones bélicas" (Fuerzas Armadas) o "enfrentamientos armados" (Fuerzas de Seguridad), están excluidos del ámbito indemnizatorio.

En consecuencia, de los fallos mencionados resulta que no todos los daños sufridos por el personal de las fuerzas en actos de servicio impiden que se demande una indemnización bajo las normas que regulan la responsabilidad estatal, sino solo cuando son fruto de enfrentamientos armados (acciones de combate en tiempo de guerra para el personal de las Fuerzas Armadas o de un enfrentamiento armado con delincuentes tratándose del personal de Fuerzas de Seguridad) [\(18\)](#).

Pues bien, con arreglo al criterio jurisprudencial comentado, en los casos de lesión o muerte del personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad producto del contagio de COVID-19 en el marco del desempeño de sus funciones específicas, en tanto no se trata de daños derivados de "enfrentamientos armados", no pareciera haber obstáculo para reclamar el pago de una indemnización, ya sea bajo las normas de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, y sus modificaciones (art. 2º, punto 1, inc. a), si se acepta su aplicación en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad [\(19\)](#), o a las que se sujeta la responsabilidad estatal [\(20\)](#).

III.3. Daños a la salud y a la vida de pacientes que se contagian en hospitales públicos

En este grupo de casos se incluyen diversos supuestos que tienen como punto en común el de tratarse de daños a la salud o a la vida provocados a personas que reciben atención médica en un centro de salud estatal. Ejemplo de estos son los supuestos de personas que al ser tratadas de una dolencia se contagian de COVID-19 en el establecimiento asistencial público, por no haberse adoptado las debidas medidas de prevención y control, y pacientes que no son correctamente atendidos por infracción de la *lex artis* (error de diagnóstico de COVID-19 [\(21\)](#), tratamiento inadecuado, etc.).



La Corte Suprema de Justicia de la Nación [\(22\)](#) ha encuadrado los supuestos en los que se demanda el resarcimiento de daños sufridos con motivo de la atención médica dada en un establecimiento asistencial estatal en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio [\(23\)](#). Así ha resuelto el alto tribunal que, en tales casos, la falta de servicio se configura por el "funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público hospitalario llevado a cabo por un órgano integrante de la administración (...) por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas que lo establecen y reglamentan; materia que se encuentra incluida en un régimen de derecho público que tiene por propósito asegurar la adecuada prestación del servicio de salud pública, en función del fin para el que ha sido establecido".

La Corte también ha expresado que "el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos 'González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c. Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines s/ daños y perjuicios', fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior)" [\(24\)](#).

Pues bien, con base en lo dicho, quien pretenda demandar al Estado en supuestos como los que se examinan en este acápite deberá acreditar la concurrencia de los recaudos previstos en la legislación y la jurisprudencia para que proceda la responsabilidad estatal por falta de servicio, cuya regulación en el orden nacional está contenida en el art. 3º de la LRE.

En dicha norma, el legislador, siguiendo la sistematización efectuada por la Corte Suprema [\(25\)](#) y la doctrina [\(26\)](#), establece los siguientes requisitos [\(27\)](#): a) existencia de daño un cierto, actual o futuro [\(28\)](#), debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal, lo cual significa que el perjuicio debe derivar del comportamiento de sujetos que estén integrados a la estructura del Estado y que actúen dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones [\(29\)](#); c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; y d) la configuración del factor de atribución falta de servicio, la cual se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración pública [\(30\)](#) o, como afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por una "violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular" [\(31\)](#) que puede plasmarse tanto en comportamientos activos, que se traducen en la emisión de actos de alcance individual o general; en operaciones materiales de los agentes estatales; como así también ante la omisión o inactividad administrativa, ya sea esta de índole material o formal [\(32\)](#).



La LRE dedica una especial consideración a la falta de servicio por omisión o inactividad estatal a través del siguiente texto: "la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" [\(33\)](#). Estimamos poco feliz la redacción empleada por el legislador, ya que una interpretación gramatical del artículo podría dar lugar a que se acote irrazonablemente la responsabilidad estatal por omisión, produciendo un lamentable retroceso en la materia con relación a los avances de la jurisprudencia [\(34\)](#). Ello es así porque la disposición condiciona la obligación de responder a las siguientes tres exigencias: a) que el deber estatal omitido esté impuesto normativamente; b) que aquel sea expreso; c) y que sea determinado [\(35\)](#).

Probablemente las mayores dificultades para tornar viable la responsabilidad estatal en los supuestos que examinamos en este apartado provenga de la configuración de los últimos dos requisitos mencionados. En efecto, clave y determinante para tornar viable la responsabilidad estatal, aunque en algunos casos de muy difícil comprobación para el demandante, será la demostración del recaudo atinente al nexo casual, esto es que la contracción de COVID-19 tuvo lugar al ser atendido en un centro asistencial público.

Además, seguramente frente a los reclamos indemnizatorios el Estado invocará que la pandemia de COVID-19 configura un supuesto típico de fuerza mayor que lo exime de responder, alegando al respecto que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se habrían podido evitar los daños sufridos.

Cabe recordar que en el art. 2º, inc. a) de la LRE se dispone que no procederá la responsabilidad estatal cuando se configure algunos de las tradicionales eximentes de la responsabilidad derivados de la interrupción del nexo de causalidad [\(36\)](#), entre ellos el caso fortuito o fuerza mayor [\(37\)](#), entendiendo por tal a aquellos acontecimientos de la naturaleza o humanos que no han podido ser previstos o que, habiendo sido previstos, no han podido ser evitados [\(38\)](#). De tal modo, para que se configure un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor es preciso que el hecho sea: a) imprevisible; b) inevitable; y c) ajeno al deudor.

El acontecimiento es imprevisible cuando supera la actitud predictiva media o la previsión de un hombre diligente [\(39\)](#). Se trata de la imprevisibilidad razonable, la cual debe ser apreciada de acuerdo con la naturaleza de la obligación, las circunstancias de persona, tiempo y lugar [\(40\)](#). Es inevitable o irresistible [\(41\)](#) cuando, a pesar de obrarse con la diligencia debida o a través de esfuerzos normales y razonables, no es posible impedir el acaecimiento del hecho [\(42\)](#). No cualquier dificultad permite dar por satisfecho este recaudo, sino solo aquellas que constituyan un obstáculo insalvable [\(43\)](#) o, dicho de otro modo, cuando la imposibilidad sea absoluta [\(44\)](#). A su vez, se considera que un hecho dañoso es ajeno o extraño al agente dañador, cuando aquel se produce fuera de su esfera de actuación y "sin que haya colocado ningún antecedente causalmente idóneo que haga posible el suceso lesivo sobreviniente" [\(45\)](#).

Determinar si la pandemia de COVID-19 encuadra en el concepto de fuerza mayor no es una tarea sencilla y muy difícil de acometer en abstracto, ya que la concurrencia de los recaudos para su configuración puede variar de acuerdo con las circunstancias fácticas concretas de cada caso.



La posibilidad de que se contagie de COVID-19 una persona que ingresa a un hospital público para ser tratado de una dolencia diferente es algo previsible y probablemente evitable y controlable si se adoptan todas las medidas pertinentes. No se trata, entonces, de un acontecimiento imprevisto imposible de resistir. En tal caso, no parece que podría invocarse con éxito la existencia de fuerza mayor. Ciertamente, lo determinante en estos supuestos no es el análisis de la previsibilidad, sino verificar en el caso concreto si tomadas las medidas de prevención era susceptible de ser evitado el perjuicio. Pues es evidente que, si se adoptaron todas las medidas de prevención y cuidado acordes al contexto, a la situación del paciente y al estado de la ciencia, y de todos modos se produce el contagio, pues solo entonces se tratará de un hecho que se puede calificar de inevitable y que no dará derecho a ser indemnizado.

En consecuencia, no podría eximirse de responsabilidad al Estado con base en la fuerza mayor respecto de aquellos perjuicios que se podrían haber evitado o mitigado de haberse adoptado todas las debidas medidas de precaución. En tal sentido se ha señalado que, en tanto se haya podido impedir la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, cabe entender que sí existe la relación de causalidad —entre el obrar estatal y aquellos— requerida para que surja la obligación de indemnizar [\(46\)](#) y que "el problema que puede plantearse en la práctica es el de precisar y probar si un determinado daño —v. gr. la muerte de cierta persona— era 'evitable' o 'inevitable', es decir, el de identificar qué concretos perjuicios hubieran podido prevenirse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente y cuáles se hubieran producido de todos modos, aun cuando su actuación no mereciera reproche alguno" [\(47\)](#).

Por lo demás, si se demuestra que en el caso se ha obrado con la debida diligencia y aun así no se ha podido razonablemente impedir el contagio no se configurará la falta de servicio. Es que si bien en la falta de servicio no es preciso demostrar la culpa o dolo del agente autor del daño, no es una responsabilidad de resultados, sino de medios, de conductas [\(48\)](#), por lo que no basta demostrar el nexo causal y el daño para que nazca el deber de indemnizar [\(49\)](#), sino que es menester acreditar el anormal o irregular comportamiento estatal, cuya determinación debe realizarse sobre la base de una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad; los medios de que dispone la Administración; el lazo que une a la víctima con el servicio; y el grado de previsibilidad del daño [\(50\)](#).

Sin embargo, dado que en determinados supuestos la demostración de los extremos indicados puede implicar una prueba diabólica o sumamente difícil para la víctima la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversos criterios tendientes a aligerar la carga de la prueba [\(51\)](#). Ejemplo de ello es la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas [\(52\)](#), la cual "importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos" [\(53\)](#).

III.4. Daños a la salud y a la vida de internos de establecimientos carcelarios

También podría suscitarse la responsabilidad estatal por falta de servicio por la muerte de internos alojados en establecimientos carcelarios que se contagien de COVID-19.



Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del deber de responder del Estado en casos de daños padecidos por personas encarceladas en establecimientos penitenciarios (54). En dichos pronunciamientos ha expresado que "el principio constitucional que establece que las cárceles tienen como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas y que proscribe toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija (art. 18 de la CN), tiene contenido operativo e impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (CS, Fallos: 326: 1269)" (55). El alto tribunal ha expresado también que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones a dichas obligaciones, pues ello sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (56).

Asimismo, ha señalado que la seguridad como deber primario del Estado, no solo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del art. 18 antes citado, los propios de las personas detenidas (57).

Pues bien, con arreglo a los fallos citados, el Estado podría ser responsabilizado por los daños en la salud y la vida que puedan padecer internos de establecimientos carcelarios, en la medida que concurren todos los recaudos previstos a tal fin examinados en el acápite anterior.

IV. Daños que son causados por el accionar directo del Estado. Medidas implementadas en ejercicio del poder de policía sanitario

En el marco de la pandemia de COVID-19, tanto el Estado nacional como las provincias y los municipios han implementado, en ejercicio del llamado "poder de policía sanitario" (58), un sinnúmero de medidas —tales como, entre muchas otras, la imposición del aislamiento obligatorio y el cierre de fronteras— orientadas, primordialmente, a combatir la circulación comunitaria del virus.

En virtud de ellas, se han visto restringidos, en forma generalizada, ciertos derechos de la población —en particular los de transitar, trabajar, comerciar y ejercer industria lícita—, con los consecuentes perjuicios que ello necesariamente conlleva, cuya gravedad, evidentemente, variará en cada caso.

Es menester analizar, en consecuencia, si dichos perjuicios son susceptibles de ser indemnizados a la luz de los principios que rigen la responsabilidad del Estado.

A tal fin, resulta indispensable distinguir los supuestos en los que el daño es consecuencia de un ejercicio ilegítimo del poder de policía, de aquellos en los que aquel tiene por causa un obrar estatal lícito, en tanto los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal en uno y otro caso difieren sustancialmente.



No nos referiremos puntualmente a la eventual responsabilidad por omisión en el ejercicio del poder de policía sanitario, en tanto, a diferencia de lo ocurrido en diversos países europeos, en Argentina se adoptaron prontamente medidas para hacer frente a la pandemia [\(59\)](#). Si bien podría controvertirse la legitimidad de determinadas decisiones adoptadas, no parecería, en principio, que hayan existido incumplimientos de deberes de actuación por parte del Estado que reúnan los caracteres exigidos por la LRE y la jurisprudencia de la Corte Suprema para dar lugar a este particular supuesto de responsabilidad estatal [\(60\)](#).

IV.1. Responsabilidad estatal por el ejercicio ilegítimo del poder de policía sanitario

Las medidas adoptadas por las autoridades públicas a efectos de hacer frente a la pandemia de COVID-19, al igual que cualquier otro acto estatal, deben ajustarse a la Constitución Nacional y cumplir con todos los requisitos formales y sustanciales impuestos por el ordenamiento jurídico.

De acreditarse judicialmente la ilegitimidad de una determinada medida, el afectado tendría derecho a que le sean indemnizados los perjuicios que esta le hubiera ocasionado, siempre que se verifiquen en el caso los presupuestos de la responsabilidad estatal por actividad ilícita [\(61\)](#), que a nivel nacional se encuentran regulados en el art. 3º de la LRE, ya analizado precedentemente.

Es importante señalar, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado un criterio particularmente restrictivo al momento de juzgar la razonabilidad de las medidas dictadas en ejercicio del poder de policía sanitario. En tal sentido, en el caso "Frascalli" [\(62\)](#), en el cual se cuestionó la validez de un acto emitido por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) que había ordenado el sacrificio de animales pertenecientes al actor, se sostuvo que "la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador... toda vez que tal adecuación exista, es decir, siempre que la actividad estatal restrictiva no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionada con relación al objeto del acto, su revisión jurídica será improcedente".

Asimismo, en el caso "Friar" [\(63\)](#), en el cual se desestimó un reclamo indemnizatorio por los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por el SENASA con relación al control de la aftosa, el tribunal afirmó que no incumbía a los jueces cuestionar el acierto o eficacia de las medidas adoptadas en esta materia por la autoridad competente a tales efectos.

Estos estándares de control judicial, excesivamente restrictivos [\(64\)](#), dificultan —en supuestos como el aquí analizado— la procedencia de reclamos indemnizatorios sustentados en los principios de la responsabilidad estatal por actividad ilegítima, en tanto su aplicación suele llevar a la desestimación de la existencia de una falta de servicio.

Pese a ello, podría resultar procedente este tipo de responsabilidad si el reclamante demuestra que la medida estatal que ocasionó el daño es manifiestamente desproporcionada o discriminatoria, o que presenta otros vicios graves, como ser la incompetencia para su dictado.



IV.2. Responsabilidad estatal por el ejercicio legítimo del poder de policía sanitario

En aquellos casos en los que la medida de policía que ocasionó el daño no fuera susceptible de reproches en lo que hace a su legitimidad, el afectado podría, eventualmente, tener derecho a obtener una indemnización de encontrarse reunidos los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

IV.2.a. Aspectos generales de la responsabilidad estatal por actividad legítima

Este tipo de responsabilidad pública tiene lugar cuando el Estado, mediante comportamientos válidos, perjudica o lesiona los derechos de las personas de una forma especial o anormal, ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia en sociedad.

En tales supuestos, el fundamento constitucional del deber estatal de reparar los perjuicios radica no solo en los arts. 14 y 17 —que protegen el derecho de propiedad— y 19 de la CN —del cual deriva la regla *alterum non laedere*— sino, principalmente, en el art. 16, que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual impide que se imponga a un sujeto un sacrificio especial o anormal en beneficio de la comunidad, que no está obligado a tolerar sin la debida indemnización [\(65\)](#).

A nivel nacional, la responsabilidad estatal por actividad lícita se encuentra prevista en la LRE (arts. 4º y 5º), que efectúa en esta materia una regulación sumamente limitativa [\(66\)](#), en tanto: a) erróneamente [\(67\)](#) califica este supuesto de responsabilidad como "excepcional"; b) circunscribe la indemnización al daño actual; c) restringe el alcance de la indemnización al "valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública"; d) descarta el resarcimiento del lucro cesante; y e) agrava las exigencias para la configuración del nexo causal al imponer que debe ser directo, inmediato y exclusivo [\(68\)](#).

IV.2.b. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal por actividad lícita

Conforme lo establecido en la LRE, para que este supuesto de responsabilidad sea viable deben reunirse los requisitos que se analizan a continuación.

IV.2.b.1. Daño

La LRE dispone, en primer lugar, que para que la responsabilidad sea procedente es necesario que se acredite la existencia de un daño cierto y actual, mensurable en dinero (art. 4º, inc. a)].

En lo que respecta a la exigencia de que el daño sea "actual", es menester señalar que no existe ninguna razón valedera para no indemnizar aquellas consecuencias dañosas que no han cerrado aún todo su ciclo y que se sabe, de acuerdo con el curso normal y ordinario de las cosas, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales [\(69\)](#), razón por la cual la limitación prevista en la LRE no es admisible [\(70\)](#). En rigor, lo relevante para que el daño sea resarcible es que sea cierto y no eventual o hipotético [\(71\)](#).



Apartándose de la jurisprudencia de la Corte Suprema [\(72\)](#), la LRE también dispone, en su art. 5º: (i) que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante; y (ii) que la indemnización 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. Ello conlleva una inadmisibles e inconstitucional restricción, ya que deja de lado el principio de la reparación integral, que tiene sustento constitucional [\(73\)](#).

Cabe destacar también que la fórmula empleada en el art. 5º de la LRE no parece contemplar la reparación del daño moral, el cual, por su naturaleza, no integra el valor objetivo del bien. Sin embargo, marginar su reparación carece de todo sustento lógico y constituye una violación de las disposiciones constitucionales de los arts. 14 y 17, que protegen el derecho de propiedad; del 19 —del cual deriva la regla *alterum non laedere* [\(74\)](#)—; y del art. 16 que consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas. Por tal motivo, cabe propiciar una interpretación amplia del artículo bajo análisis que, al disponer que también son indemnizables "los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública", permite comprender entre tales perjuicios, a los de índole moral cualquiera sea su especie [\(75\)](#).

IV.2.b.2. Imputabilidad material y relación de causalidad

La LRE exige también como requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legítima: (i) la imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; y (ii) la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño [\(76\)](#).

En los supuestos que estamos analizando en este capítulo, la imputabilidad de la actividad dañosa a un órgano estatal no presenta mayores dificultades, pues bastaría para tener por cumplido este requisito la acreditación del dictado de la medida estatal que ocasionó el daño cuya indemnización se reclama.

La acreditación de la relación de causalidad entre el obrar estatal y el daño, en cambio, resulta por demás compleja, en tanto la LRE exige que esta sea directa, inmediata y exclusiva [\(77\)](#).

Al examinarse el sentido que cabe conferir a dicha expresión, se ha afirmado que "relación directa de causa a efecto se refiere a las consecuencias que se producen por sí mismas, sin requerirse a la intermediación de otro acto o hecho para producir efectos" y que "la relación inmediata de causa a efecto concierne a aquellas consecuencias que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas" [\(78\)](#). A su vez, se ha sostenido que la exigencia de que la relación causal sea exclusiva significa que la responsabilidad solo nace si el daño es producido únicamente por un acto estatal, por lo que la responsabilidad estatal por actividad legítima quedaría descartada cuando exista una multiplicidad de factores causales [\(79\)](#).

A nuestro criterio, no es razonable —y podría incluso suscitar la lesión a los derechos de igualdad ante las cargas públicas y de propiedad, y al principio *neminem laedere*— que el solo hecho de que medie algún grado de interferencia en el nexo causal, baste para relevar al Estado de su responsabilidad, incluso en supuestos en los



cuales su participación puede ser la decisiva y relevante para la producción del daño [\(80\)](#).

Al respecto, Piaggio y Mattera han señalado que la exigencia de exclusividad en la relación causal es cuestionable "por cuanto no puede quedar completamente exonerado el Estado cuando el daño ha sido ocasionado no solo por la actividad estatal, sino también por el hecho de un tercero o la acción de la propia víctima, o un supuesto de caso fortuito" [\(81\)](#). Tal como lo afirman los autores citados, la existencia de concausa debería ser únicamente invocada para distribuir proporcionalmente la responsabilidad, no para excluirla en su totalidad cuando se encuentran configurados los restantes presupuestos exigidos para su procedencia [\(82\)](#).

En virtud de ello, se ha postulado que, de acuerdo con una interpretación razonable de la LRE, el Estado debe responder cuando el obrar estatal tiene una incidencia preponderante o más trascendente en el resultado dañoso que las restantes causas concurrentes [\(83\)](#).

El cumplimiento del requisito bajo análisis constituirá uno de los ejes centrales del debate en el marco de los eventuales reclamos indemnizatorios que se articulen como consecuencia de perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, en tanto las autoridades públicas demandadas seguramente alegarán que los daños invocados no tienen por causa exclusiva la medida estatal en cuestión, sino que la propia pandemia constituye un caso fortuito que operaría como concausa, excluyente de la responsabilidad estatal en los términos de la LRE [\(84\)](#).

La cuestión es por demás compleja y no resulta posible postular una solución general, en abstracto, ya que el criterio a aplicar variará de acuerdo con las circunstancias fácticas concretas de cada caso. No obstante ello, entendemos que, en principio, la responsabilidad estatal debería ser admitida —siempre que se verifiquen los restantes requisitos— en aquellos supuestos en los que la causa preponderante del daño no haya sido la pandemia en sí misma, sino las medidas estatales adoptadas para hacerle frente.

Cabe preguntarse, asimismo, si el Estado podría invocar —en adición a la existencia de un caso fortuito— el "estado de necesidad" como eximente de responsabilidad, alegando que se vio obligado a adoptar medidas lesivas de los derechos particulares a fin de evitar un mal mayor.

La LRE nada dice al respecto, pero el Cód. Civ. y Com. receptó este instituto en el art. 1718, inc. c), conforme el cual está justificado el hecho que causa un daño para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, en la medida en que el peligro no se origine en un hecho suyo y el mal que se busque evitar sea mayor que el que se causa. Ahora bien, pese a que esta causal de justificación excluye la antijuridicidad del hecho dañoso, dicho código reconoce el derecho del damnificado a ser indemnizado en estos supuestos, en la medida en que el juez lo considere equitativo, razón por la cual se ha afirmado que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por acto lícito [\(85\)](#).

En consecuencia, aún si se entendiera que la disposición legal bajo análisis es aplicable por analogía a los casos de responsabilidad estatal, lo cierto es que la invocación del "estado de necesidad" no eximiría al Estado del deber de indemnizar



los daños ocasionados en virtud de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia, sino que únicamente podría tener incidencia en lo que respecta al monto de la indemnización a ser abonada, la cual, conforme lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, debería ser fijada equitativamente por el juez.

IV.2.b.3. Factor de atribución

En los incs. d) y e) del art. 4º de la LRE se contempla el factor de atribución de la responsabilidad por actuación estatal legítima, que consiste en la existencia de un sacrificio o daño especial que el afectado no está obligado a soportar, cuyo fundamento principal radica en la ruptura del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas [\(86\)](#).

No obstante que la noción de sacrificio o daño especial fue receptada hace más de medio siglo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [\(87\)](#), lo cierto es que sus alcances aún no están claramente definidos, razón por la cual su determinación depende de la casuística judicial [\(88\)](#).

Del examen de los pronunciamientos del máximo tribunal surge que en algunos casos ha prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos [\(89\)](#), mientras que en otros, acertadamente, se ha seguido una concepción de índole cualitativa [\(90\)](#) que toma en consideración la intensidad [\(91\)](#) o gravedad del daño [\(92\)](#), en tanto se exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal [\(93\)](#) y razonablemente soportar [\(94\)](#).

Es importante advertir que para el legislador el "sacrificio especial en la persona dañada" se configura "por la afectación de un derecho adquirido" [\(95\)](#). Ello parece estar en línea con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Revestek" [\(96\)](#), en la cual se expresó que el presupuesto de todo análisis sobre la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida [\(97\)](#). Seguidamente precisó que ello implicaba dilucidar si el demandante tenía un derecho adquirido. Concorde con ello, en otras decisiones afirmó: "únicamente la pérdida o el sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio son susceptibles de generar un derecho a tal resarcimiento" [\(98\)](#).

La LRE dispone, asimismo, que, a efectos de que resulte procedente la responsabilidad estatal por actividad legítima, es necesario que se verifique la "ausencia de deber jurídico de soportar el daño" (art. 4º, inc. d).

Este requisito fue oportunamente enunciado por la Corte Suprema en el recordado caso "Columbia" [\(99\)](#), de 1992, pero, pese a haber sido tenido en consideración en pronunciamientos posteriores [\(100\)](#), nunca fue objeto de un análisis pormenorizado por parte del tribunal, que permita delimitar sus alcances concretos.

Desde el plano doctrinario se han efectuado diversas interpretaciones acerca de este recaudo. Así, mientras algunos juristas consideran que el requisito bajo análisis está subsumido en la exigencia de que exista un sacrificio especial [\(101\)](#), otros entienden que constituye un requisito autónomo, lo cual requiere determinar en qué supuestos puntuales existiría tal deber de soportar el daño causado por el Estado [\(102\)](#).



Dado el criterio eminentemente casuístico que ha aplicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta materia, reviste fundamental relevancia —a los efectos del presente trabajo— la doctrina sentada en el caso "Friar" [\(103\)](#), de 2006, pues en esa oportunidad el tribunal se pronunció puntualmente sobre los alcances de la responsabilidad estatal derivada del ejercicio legítimo del poder de policía sanitario.

Al respecto, el tribunal afirmó que "como regla, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía de salubridad o sanitaria no dan lugar a indemnización" y que "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 ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar" (considerando 8º de la sentencia).

La doctrina establecida en "Friar" dio lugar a serias dudas sobre sus verdaderos alcances [\(104\)](#), pues las afirmaciones genéricas expuestas en la última parte del considerando transcripto no parecían, en principio, conciliables con el criterio adoptado por el propio tribunal en numerosos precedentes, en los que se admitieron reclamos indemnizatorios por perjuicios derivados del ejercicio del poder de policía [\(105\)](#).

A nuestro criterio, para comprender los alcances concretos de la doctrina del caso "Friar", es indispensable tener en consideración que la Corte invocó, en sustento de esa decisión, el fallo dictado en la causa "Román" [\(106\)](#), en el cual había sostenido que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en el marco de la responsabilidad estatal por actividad lícita "no comprende a los daños que sean consecuencias normales y necesarias de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad; en consecuencia, solo comprende a los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 CN" (consid. 13).

Como se puede apreciar, en la sentencia se efectuó una transcripción parcial del estándar establecido en el caso "Román", ya que se omitió señalar que existe derecho a indemnización respecto de los perjuicios que constituyan consecuencias "anormales" de la actividad lícita estatal.

Dicha omisión, sin embargo, no implica que esos perjuicios no sean indemnizables en supuestos como los analizados en "Friar" (esto es, en los que el daño es consecuencia del ejercicio del poder de policía sanitario), en tanto la Corte negó la procedencia de la responsabilidad estatal respecto de las consecuencias "necesarias y normales" del obrar estatal lícito, lo cual permite inferir, *a contrario sensu*, que las consecuencias "anormales" sí deben ser indemnizadas [\(107\)](#), tal como se sostuvo en el caso "Román", y fue luego reiterado —en lo que respecta a otros supuestos de



responsabilidad estatal por actividad lícita— en las sentencias dictadas en las causas "Pistone" [\(108\)](#) y "Malma Trading" [\(109\)](#).

En virtud de ello, entendemos que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en los supuestos de responsabilidad estatal derivada del ejercicio lícito del poder de policía sanitario los requisitos previstos en los incs. d) y e) del art. 4º de la LRE deben ser interpretados con el siguiente alcance:

(i) los perjuicios que constituyan consecuencias normales de las medidas sanitarias lícitas no son indemnizables y deben ser soportados por los damnificados, por constituir cargas públicas derivadas de la vida en sociedad; y

(ii) en cambio, aquellos daños que constituyan consecuencias anormales de este tipo de medidas deben ser indemnizados, dado que significan para el damnificado un sacrificio especial o desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica.

La dificultad está en determinar cuándo nos encontramos ante una consecuencia anormal de estas medidas estatales y, por consiguiente, ante un sacrificio especial que haga procedente la indemnización. En el caso "Román" la Corte afirmó que dicho supuesto se verifica cuando el perjuicio "va más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales", lo cual parecería indicar que el criterio a adoptar tiene carácter cualitativo (basado en la gravedad del perjuicio). Sin embargo, en el precedente "Malma Trading", pese a reiterar dicho parámetro, el tribunal únicamente ordenó indemnizar el rubro "anticipo a cuenta no recuperado", con sustento en que se trataba de un daño sufrido "específicamente" por la actora, lo cual conllevaría la aplicación de un criterio cuantitativo [\(110\)](#).

En esta familia de fallos —en los que se distinguió entre las consecuencias normales y anormales de la actividad estatal legítima— encontramos, por consiguiente, las mismas ambigüedades que se verifican en los restantes precedentes de la Corte al momento de juzgar la existencia de un sacrificio especial, en los que se han aplicado —sin invocar fundamentos que permitan colegir pautas precisas— criterios tanto cualitativos como cuantitativos, cuestión a la que ya nos hemos referido al comienzo de este capítulo.

Por las razones expuestas, no resulta posible adelantar, a ciencia cierta, el criterio que adoptarán los tribunales al momento de juzgar la configuración del requisito bajo análisis (existencia de un sacrificio especial) ante eventuales reclamos indemnizatorios por perjuicios derivados de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia de COVID-19.

No obstante ello, parecería lógico entender que, si bien no serían indemnizables, en principio, los perjuicios generalizados sufridos por la población como consecuencia de dichas medidas (por carecer de especialidad desde una perspectiva cuantitativa) [\(111\)](#), sí deberían ser compensados aquellos daños que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, tengan un carácter diferencial, por exceder la cuota de sacrificios que razonablemente impone la vida en sociedad [\(112\)](#).

En este último supuesto podrían, eventualmente, encuadrar por ejemplo los perjuicios sufridos por determinados comerciantes que se vieron obligados a cerrar



en forma definitiva sus negocios como consecuencia de las restricciones impuestas en el marco de la pandemia, y los daños padecidos por aquellos ciudadanos argentinos que se encontraban en el extranjero y no pudieron retornar al país en virtud de la decisión del Gobierno nacional de proceder al cierre de fronteras.

(1) Escapan al objeto de este trabajo el estudio del impacto del COVID-19 sobre los contratos públicos (con excepción del de empleo público) y la eventual responsabilidad del Estado en dicho ámbito.

(2) Causa “Bernardes, Jorge Alberto c. ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración”, sent. del 03/03/2020. Así lo han sostenido con anterioridad al fallo mencionado: PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. II, ps. 536 y ss.; ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y Funcionarios Públicos. La situación en las provincias”, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 55 y “Ley de Responsabilidad del Estado en la Corte”, LA LEY del 04/06/2020; PERRINO, Pablo E. - PADULO Adriana M., “La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos, ¿es una ley local o federal?”, EDA, t. 2015, p. 755 y PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada”, Ed. Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 38 y ss.

(3) ROSATTI, Horacio, “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina”, en AA.VV., Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 13 y ss.

(4) PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., p. 257 y FIOL, Gerardo, “La responsabilidad del Estado en CABA y en las provincias que no han legislado la materia en sus respectivos ámbitos”, RDA 2020-127, 205.

(5) Ley 3396 Santa Cruz; ley 560 Chubut; ley 7179 Santiago del Estero; ley 5536 Catamarca; ley 10.636 Entre Ríos, ley 8968 Mendoza y ley 5339 Río Negro.

(6) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, LA LEY 2014-C, 885.

(7) Cabe destacar que mediante la ley 27.549 se establecieron beneficios especiales tributarios para el personal operativo de los sistemas de salud pública y privada; el personal de las Fuerzas Armadas; las Fuerzas de Seguridad; de la actividad migratoria; de la actividad aduanera; bomberos, recolectores de residuos domiciliarios y recolectores de residuos patogénicos, que presten servicios relacionados con la emergencia. También se dispuso una pensión graciable y vitalicia para sus familiares en los casos en que habiendo prestado servicios durante la emergencia sanitaria establecida por el dec. 260/2020 y las normas que lo extiendan, modifiquen o reemplacen, sus decesos se hayan producido en el período comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de septiembre de 2020 como consecuencia de haber contraído COVID-19. El monto mensual de la pensión será igual al doble del haber mínimo jubilatorio y se le aplicarán los aumentos de movilidad correspondientes a los otorgados a las jubilaciones ordinarias.



(8) BO 14/04/2020.

(9) FOGLIA, Ricardo A., “El decreto de necesidad y urgencia 367/2020 sobre la presunción del COVID-19 como enfermedad profesional en los trabajadores que cumplen tareas en actividades declaradas esenciales”, LA LEY del 12/05/2020.

(10) Más allá de la amplitud del texto de la norma de cita, que podría conducir a excluir del alcance de la LRE a todo tipo de daños sufridos por los trabajadores del Estado —sin importar si su vínculo es permanente o accidental o su tarea es remunerada o gratuita— entre ellos a los perjuicios que puedan resultar de un acto administrativo ilegítimo por el cual se haya dispuesto el cese de la relación de empleo público o la suspensión del funcionario o agente público, lo que se margina del régimen de la LRE son los perjuicios acaecidos en el marco de un infortunio laboral, los cuales están regidos por la ley 24.557 y sus modificaciones (PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 249 y ss.).

(11) Un racconto de lo acontecido hasta el año 1995 puede verse en la sentencia recaída en la causa “Mengual” (CS, Fallos: 318:1959). También ver las sentencias dictadas el 18/12/2007 en las causas “Aragón” (CS, Fallos: 330:5205) y “Leston, Juan Carlos c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios” (LA LEY Cita Online: 4/66288); ver: TORRES, Ismael F. - FURIA de TORRES, Lilian A. G., “Responsabilidad del Estado por la muerte accidental de un policía en servicio”, SJA 25/09/2019, 44 y LOREDO, María Sol, “Los accidentes de trabajo sufridos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y la responsabilidad del Estado”, Microjuris, MJ-DOC-14923-AR, 07/06/2019.

(12) CS, Fallos: 321:3363.

(13) CS, Fallos: 330:5205, en igual sentido ver: CS, Fallos: 338:407. En disidencia, los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni sostuvieron, en el caso “Aragón”, que las situaciones fácticas analizadas no podían ser equiparadas a las del caso “Azzetti”, pues este último fue oportunamente razonado dentro del particular marco en el cual acaeció el daño, esto es, una acción bélica propiamente dicha con motivo del conflicto bélico en el Atlántico Sur, con las particularidades que ello implica —las cuales incluso fueron mencionadas en dicho pronunciamiento—, y por tanto, no podría extenderse sin más la solución allí adoptada.

(14) Causa “Leston, Juan Carlos c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, LA LEY Cita Online: 4/66288, reiterado en CS, Fallos: 331:2002; 340:1296, 341:1130. Después de la modificación de la integración de la Corte Suprema de Justicia con la incorporación de los jueces Rosenkrantz y Rosatti se mantuvo el criterio que postula la imposibilidad de demandar una indemnización bajo las reglas generales de la responsabilidad estatal en los casos de daños provocados por los perjuicios que pueda sufrir el personal policial en cumplimiento de la función estatal de seguridad. Así se desprende de los votos concurrentes emitidos por el juez Rosenkrantz en los pronunciamientos registrados en CS, Fallos: 340:1296 y 341:1130, en los cuales la mayoría del alto tribunal se remitió al criterio sentado en la citada causa “Leston”. En sus votos, el juez Rosenkrantz expresó que “quien decide incorporarse a la Policía Federal asume en forma voluntaria los riesgos que caracterizan a dichas actividades y que, dado que existe un régimen legal específico que concede ciertos derechos pecuniarios para el caso en que los daños sufridos estén dentro de los riesgos asumidos, dicha



persona acepta también que esos daños sean compensados por el Estado a través de los beneficios especiales previstos en la ley que regula el estado policial". Más adelante precisó que "en los casos en que los daños que sufre el personal policial sean fruto de un mero accidente o consecuencia de un adiestramiento ordenado por la superioridad o en general por causas que no son consecuencia de los riesgos característicos de la actividad policial, la respuesta jurisdiccional debe ser distinta. En esos supuestos, la infracción al deber de seguridad genérico del Estado en su carácter de empleador, como lo expuso esta Corte en los precedentes "Luján" y "Gunther" (CS, Fallos: 308:1109 y 1118, respectivamente), debe dar lugar a la indemnización". También señaló que "los derechos que la ley concede al personal policial o sus familiares en el caso de muerte o lesión total y permanente generada por el riesgo propio y exclusivo de la función policial tienen carácter resarcitorio pues su finalidad es reparar el daño sufrido", a lo cual agregó que en la causa "Estado Nacional (PEN Mº del Interior Polo Fed. Arg.) c. Rudaz, Martín Alejo y otra" la Corte sostuvo que era "clara la índole resarcitoria del subsidio de la ley 16.973, motivo por el cual era incompatible con una condena civil por daño material y moral anterior, ya que, de lo contrario se acumularían dos beneficios que responden a la misma finalidad resarcitoria del daño producido, consagrando así un indebido enriquecimiento en cabeza de los eventuales beneficiarios".

(15) Este mismo criterio se había expuesto en las causas "Mengual" (CS, Fallos: 318:1959), en el voto de los jueces Nazareno, Petracchi y Bossert) y "Román" (CS, Fallos: 312:989), a través del voto del juez Petracchi. Cabe recordar que, in re "Mengual" la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo "que no existe óbice alguno para otorgar una indemnización basada en normas de derecho común a un integrante de las Fuerzas Armadas o de Seguridad —ya sea que su incorporación haya sido voluntaria o consecuencia de las disposiciones sobre el servicio militar obligatorio— cuando las normas específicas que rigen a las citadas instituciones no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional" (CS, Fallos: 318:1959). Este criterio fue extendido por la Corte a los miembros de la Policía Federal Argentina en el caso "Lupia" (causa "Lupia, Mario Alberto c. Estado Nacional —Ministerio del Interior— Policía Federal Argentina s/ accidente de trabajo art. 1113 C.C.", sent. del 15/10/1996).

(16) Así, por la ley 16.973 se prevé un subsidio extraordinario para los deudos del personal de la Policía Federal que en actividad que falleciera como consecuencia del cumplimiento de sus deberes equivalente a 30 veces el haber mensual que por todo concepto percibe el Comisario General de la Policía Federal en actividad con la máxima antigüedad de servicio. Además, mediante el art. 1º de la ley 16.443 se reconoce al personal de las Fuerzas de seguridad de la Nación que se incapacite en acto de servicio, el grado inmediato superior para el caso que deba acogerse o se haya acogido al retiro. Igual solución se dispone en caso de muerte en actos de servicio. Una solución análoga se prevé para las Fuerzas Armadas en la ley 19.101 (arts. 38 a 43 y 75 a 80) y para la Policía Federal en la ley 21.965 (art. 98) y su reglamentación. A su vez, la Prefectura Naval Argentina tiene sus reglas propias en la ley 18.398 (art. 74) y art. 5º, a), punto 1., ley 12.992 (modificada por la ley 23.028) y por los arts. 95 y 96 de la ley 19.349 se disponen los beneficios para el caso de inutilización producida en actos de servicio de los integrantes de la Gendarmería Nacional.



(17) CS, Fallos: 334:1795. En el caso un suboficial del Ejército Argentino demandó al Estado Nacional el pago de una indemnización con base en las normas del derecho común con fundamento en que, a raíz del esfuerzo que tuvo que hacer para desplazar unos tambores de aceite sufrió una hernia discal a nivel lumbar que provocó su pase a retiro, incapacidad que lo hizo inapto para el servicio. Sin embargo, en la causa “Tittaferante” la Corte rechazó la pretensión resarcitoria de una agente de la Policía Federal que había sufrido daños cuando, al perseguir delincuentes, introdujo fortuitamente su pie en un pozo de una obra pública y acto seguido pisó una tabla suelta que cubría precariamente la reparación de la vereda. A juicio del alto tribunal se trataba de “hechos que autorizan su encuadramiento como “enfrentamiento” por lo que consideró de aplicación la doctrina del precedente “Leston”. Es interesante destacar que en el dictamen de la Procuración General de la Nación se consideró que, con arreglo a lo resuelto en la citada causa “García”, el reclamo indemnizatorio formulado por la actora era procedente en razón de que su incapacidad no provenía de acciones bélicas ni de un enfrentamiento armado, sino que fue adquirida durante la prestación de servicios en la Policía Federal Argentina (causa “Tittaferante, Mirta Noemí c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, sent. del 30/12/2014).

(18) Con sustento en la doctrina mayoritaria de la Corte expuesta, se ha resuelto que, el Estado Nacional es responsable, con fundamento en el derecho común, por el fallecimiento de un gendarme a raíz de un accidente de tránsito mientras prestaba servicios, toda vez que la defunción del agente no provino de una acción bélica, ni de un enfrentamiento armado propio de la misión específica de un integrante de las Fuerzas Armadas, sino de un acto típicamente accidental (CNFed. Civ. y Com., sala I, causa “P., M. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Gendarmería Nacional s/ accidente de trabajo/enferm. prof. acción civil”, sent. del 21/05/2019). Del mismo modo se ha decidido que el Estado nacional —Policía Federal Argentina— debe responder, con base en el derecho común, por el fallecimiento de un agente que recibió un disparo accidental proveniente del arma de un compañero, en razón de que el hecho no sucedió en un contexto de un enfrentamiento armado en cumplimiento de misiones específicas; máxime si quien demanda el pago de la indemnización es la esposa del agente, quien no ingresó a las Fuerzas de Seguridad por su propia decisión, ni se sometió de modo voluntario a los reglamentos específicos que rigen las relaciones entre aquellas y sus efectivos (CNCiv. y Com., sala II, causa “D. B., M. c. A., O. W. y otro s/ accidente en el ámbito militar y fzas. de seg.”, sent. del 29/03/2019, LA LEY Cita Online: AR/JUR/14737/2019). En igual sentido, se ha sostenido que el Estado Nacional debe resarcir los daños sufridos por un integrante del escalafón bomberos de la Policía Federal Argentina que resultó lesionado al cumplir un acto de servicio, pues el régimen que rige la institución solo prevé un haber de retiro de naturaleza previsional, y los perjuicios por los que se reclama no tuvieron su origen en un enfrentamiento armado (CNFed. Civ. y Com., sala II, “Ferrari, Miguel Ángel c. Estado Nacional Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Policía Federal Arg. s/ accidente en el ámbito militar y Fuerzas de Seguridad”, sent. del 31/07/2012, LA LEY Cita Online: AR/JUR/42700/2012). Asimismo, se ha condenado al Estado Nacional a indemnizar a un agente de la Prefectura Naval por los daños sufridos al haberse incapacitado como custodio de un detenido y por la lesión sufrida en la columna vertebral en ocasión de un accidente y que le generó neurosis de ansiedad, hipertensión y lumbalgia, en tanto no fue consecuencia de un enfrentamiento o acción bélica (CNFed. Civ. y Com., sala II, “Fernández, Jorge O. c. Estado Nacional



Ministerio del Interior Prefectura Naval”, sent. del 09/10/2012, LA LEY Cita Online: AP/JUR/4211/2012).

(19) Son numerosos los fallos de las salas de la Cámara Nacional del Trabajo que consideran aplicable la Ley de Riesgos del Trabajos a las Fuerzas Armadas y de Seguridad (ver: sala VIII, “Ferri, Evangelina Elda c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos de la Nación Policía Fed. Argentina”, 15/11/2012, LA LEY Cita Online: AR/JUR/68027/2012; sala X, “Biconi, César c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos Policía Federal s/ accidente ley especial”, 20/11/2013, LA LEY Cita Online: AR/JUR/98054/2013; sala I, “Cacciabue, Mario A. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y otros/ accidente acción civil”, sent. del 24/11/2017, LA LEY Cita Online: AR/JUR/92147/2017 y causa 17842/2012/CA1, “Fernández Alberto José c. Estado Nacional Ministerio De Seguridad - Policía Federal Argentina s/ accidente ley especial”, sent. del 02/05/2019). En este sentido se ha escrito: “Parece claro, a esta altura, que en función de las previsiones de la norma no existiría entonces impedimento alguno a fin de que los agentes que sufran un hecho de los considerados en el art. 6º de la ley 24.557 puedan acceder a la reparación tarifada prevista en dicha norma, previa acreditación de los extremos necesarios para su procedencia (...)”. “La norma en estudio incluye a dichos sujetos en el régimen general sin efectuar distinción alguna, a la par que tampoco se establece excepción alguna respecto de las contingencias cubiertas por el sistema, lo cual implica, a mi juicio, que no existan fundamentos jurídicos sólidos sobre los cuales se pueda desconocer válidamente el derecho, normativamente consagrado, a percibir la prestación tarifada correspondiente, aun cuando la incapacidad laborativa del sujeto se genere como consecuencia de “misiones específicas” que consistan en enfrentamientos armados y/o acciones bélicas, toda vez que dicha circunstancia debe ser interpretada de modo restrictivo” (LOREDO, “Los accidentes de trabajo sufridos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y la responsabilidad del Estado”, ob. cit.).

(20) La CFed. de Comodoro Rivadavia ha condenado al Estado Nacional a indemnizar los daños sufridos por el contagio del virus del HIV por parte de un militar que fue enviado, como miembro de una misión humanitaria, a un país donde se desarrollaba un conflicto bélico (Croacia), en el entendimiento que el demandado no acreditó la posible existencia de hechos ajenos a los actos de servicios desarrollados, con eficacia causal para producir el contagio de la citada enfermedad en el lapso que corre entre el momento en que el actor se hizo el primer test con resultado negativo y el tiempo en que se manifestó la patología (causa “R., O. V. c. Ejército Argentino”, sent. del 04/06/2010, LA LEY Cita Online: AR/JUR/25514/2010).

(21) Siempre que existan indicios razonables que aconsejaban la realización de las pruebas de detección y, en cambio, no se practicaron al considerar que no se trataba de un paciente de riesgo.

(22) CS, Fallos: 317:1921, 322:1393 y 329:2737. La Corte ha señalado que en la actividad de los centros de salud pública ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la CN confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (CS, Fallos: 306:178, consid. 3º; 317:1921, consid. 19). El hospital público es, pues, una



consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la CN) (CS, Fallos: 317:1921, 322:1393 y 329:2737).

(23) Art. 3º, inc. d, de la LRE.

(24) CS, Fallos: 317:1921.

(25) CS, Fallos: 315:2865; 320:266; 321:1776; 321:2144; 328:2546, entre otros.

(26) Cassagne, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 467.

(27) Ver PERRINO, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos", ob. cit., ps. 74 y ss.

(28) La pérdida de la chance también es indemnizable en tanto constituye un daño cierto y no conjetural (CS, Fallos: 318:1715 y 2002; 321:1124 y 322:1393). El resarcimiento de este rubro exige acreditar la frustración de obtener un beneficio económico que cuente con probabilidad suficiente de convertirse en cierto (CS, Fallos: 323: 2930; 329:3403 y 330:2748; conf. LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Presupuestos de la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, ps. 168 y ss.). Así lo establece expresamente el Código Civil y Comercial al regular los presupuestos del daño resarcible en el art. 1739, segundo párrafo: "La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador".

(29) Conf. Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y obra selectas", Ed. FDA, Buenos Aires 2013, 11ª ed., t. I, cap. XII, ps. 3 y ss. y Santa María Pastor, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, 2ª ed., t. I, p. 357. Se requiere, pues, que la actividad en cuestión presente un mínimo de reconocibilidad exterior de su orientación hacia un fin de la Administración (Alessi, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 90; conf. Gordillo — Santa María Pastor, ob. cit.).

(30) Ver: Cassagne, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", LA LEY 2009-F, 1026; Galli Basualdo, Martín, "La falta de servicio y la falta personal", EDA, 2008-653; MARTINI, Juan Pablo, "Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado (la experiencia francesa)", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, XII, ps. 35 y ss. y Perrino, Pablo E., "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", en AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, ps. 59 y ss.

(31) CS, Fallos: 321:1124; 330:653, 332:2328; 333:1404 y 1623; 334: 376, 1036 y 1821 entre otros. Concorde con ello en más de una ocasión el alto tribunal ha expresado que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es



responsable de los daños causados por incumplimiento o su ejecución irregular” (CS, Fallos: 306:2030; 307:1942; 313:1465; 315:2865; 316:2136; 318:1800; 320:266 y 1999, 325:1277; 328:4175; 329:1881, 3065; 330:563, 2748 y 331:1690; 334:1036; entre otros).

(32) Este concepto ha sido ampliado por la regulación efectuada en la LRE. En efecto, la ley utiliza un concepto muy amplio de la falta de servicio a la que considera como una “actuación u omisión irregular de parte del Estado”. Esta noción de la falta comprende el comportamiento irregular de todo órgano estatal, no solo de la Administración pública. De tal modo, cubre los supuestos de responsabilidad por daños provocados por leyes inconstitucionales, por error judicial y por el denominado irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia. Todos los supuestos que trasuntan un comportamiento estatal irregular, contrario a derecho, no han sido objeto de una regulación específica, por lo que quedan subsumidos en la laxa noción legislativa de falta de servicio (PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 90 y ss.).

(33) Art. 3º, inc. d, LRE.

(34) La terminología empleada en el art. 3º inc. d) de la LRE coincide con la usada por la Corte Suprema en el caso “Mosca” (CS, Fallos: 330:563). De ahí que una interpretación apegada a la letra de la ley dejaría sin cobertura a los supuestos en los cuales la omisión deriva del incumplimiento de un deber normativo general e indeterminado, lo cual ha sido admitido, si bien con cautela, por el máximo tribunal de la Nación. En este sentido, explica Canda que, con anterioridad al fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Zacarías” (CS, Fallos: 321:1124), si el deber estatal incumplido no era específico y concreto la responsabilidad por omisión resultaba improcedente. A partir de dicha causa el alto tribunal sostiene que no por tratarse de un deber genérico debía desecharse de plano la responsabilidad del Estado, sino que correspondía analizar cómo dicho deber había sido cumplido teniendo en consideración: a) la naturaleza de la actividad, b) los medios de que disponía el servicio, c) el lazo que unía a la víctima con el servicio y d) el grado de previsibilidad del daño. Similar criterio fue seguido por la Corte en el pronunciamiento emitido en el referido caso “Mosca”, en el cual se profundizó el análisis relativo a cuándo procede la responsabilidad estatal por omisión de un deber genérico, al establecer que este “debe ser motivo de un juicio estricto” que se debe basar en a) “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y b) “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (Canda, Fabián O., “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CS)”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, ps. 139 y ss.).

(35) La redacción de la norma no es adecuada por las siguientes razones. En primer lugar, porque los deberes de actuación de una autoridad estatal, cuya omisión puede comprometer su responsabilidad, pueden tener su fuente, no solo en normas positivas, sino también, en los principios generales del derecho; la jurisprudencia da cuenta de un catálogo frondoso de condenas en este sentido. En segundo lugar, los deberes de actuación de una autoridad estatal pueden derivar de la regla de la especialidad de la competencia de los órganos y sujetos administrativos, en virtud de la cual se entiende que su ámbito de actuación no es solo el explícitamente



previsto en las normas, sino también el que se deduce, implícitamente, de los fines que aquellas atribuyen a la Administración o que derivan de su objeto institucional. Y, por último, porque la inacción estatal generadora de responsabilidad puede provenir no solo de la violación de mandatos expresos y determinados, sino también de aquellos que están impuestos de manera general e indeterminada, como puede ocurrir en ejercicio de potestades administrativas de naturaleza discrecional o por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados 8 servicio (PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 94 y ss.).

(36) Según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación la configuración de dichas eximentes debe ser apreciada con criterio restrictivo. (CS, Fallos: 333:203, “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros”).

(37) A pesar de que conceptualmente el caso fortuito es un hecho natural y la fuerza mayor es un hecho del hombre, del gobernante o del Estado el legislador los equipara en cuanto a sus efectos. Al igual que el Cód. Civ. y Com. (art. 1730), en el inc. a del art. 2º de la ley 26.944 se emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos. Cabe recordar que las otras dos eximentes que se mencionan en el art. 2º de la LRE, y que interfieren el nexo causal, son la conducta de la propia víctima y de la actuación de un tercero por quien el Estado no debe responder (art. 2º, inc. b, LRE). No obstante que en el art. 2º de la ley solo se mencionan como eximentes de la responsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no se debe responder, es evidente que por las características de la responsabilidad por falta de servicio la demostración por parte del Estado de que su actuación no fue irregular o contraria a derecho también operará como una causal para excluir su responsabilidad. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obró con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar (CS, Fallos: 330:653).

(38) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que “el caso fortuito es el acontecimiento sobreviniente, no imputable al deudor, imprevisible o previsible pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación a su cargo” (causa B-63779, “Usina Popular y Municipal de Tandil Sociedad de Economía Mixta c. Provincia de Buenos Aires (OCEBA) s/ demanda contencioso-administrativa”, sent. del 30/05/2012, publicado en base de datos JUBA, <http://www.scba.gov.ar>). Según el art. 514 del Cód. Civil derogado: “Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. De modo análogo, en el art. 1730 del nuevo Cód. Civ. y Com. se establece: “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

(39) Por tal motivo, explica Trigo Represas que cuando se trata de fenómenos de la naturaleza existe coincidencia doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de que debe tratarse de sucesos fuera de lo normal o extraordinarios; ya que si solo fuesen acontecimientos encuadrables en el curso natural de las estaciones, no resultaría admisible la excusa fundada en los mismos ad invocación del caso fortuito (TRIGO REPRESAS, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo



de la cosa”, LA LEY 1989-D, 457). La Corte Suprema de Justicia ha resuelto que la ocurrencia de intensas precipitaciones no configura un caso fortuito que de acuerdo con el art. 514 del Cód. Civil exima a la provincia demandada de la obligación de responder ante los daños sufridos por el actor en un inmueble de su propiedad en tanto realizó obras públicas sin estudios previos y tampoco efectuó obras de regulación, lo cual indicaría una falta de previsión para medir los riesgos de fenómenos naturales y su gravitación sobre un área modificada por obras artificiales de la envergadura del canal que construyó. En el caso, un propietario de un lote de terreno con vivienda ubicado en Epecuén, Provincia de Buenos Aires, había reclamado una indemnización por los daños que sufrió a causa de la inundación que arrasó a la ciudad y cuya ocurrencia le imputó debido al desvío artificial del curso natural de las aguas pertenecientes a otras cuencas, que pasaron a aportar al sistema de las lagunas encadenadas. La Corte rechazó la defensa de la demandada consistente en que se había producido un fenómeno pluviométrico inusual que provocó los acontecimientos (CS, Fallos: 316:1601).

(40) MAYO, Jorge A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, 5ª reimp., p. 663 y ECHEVESTI, Carlos A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, en BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2ª, p. 179.

(41) Destaca López Mesa que la inevitabilidad es el factor decisivo para la configuración del caso fortuito “puesto que un hecho, pese a ser previsible, si es inevitable exonera de responsabilidad” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, LA LEY del 01/06/2015).

(42) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4 Presupuestos y funciones del Derecho de daños, p. 303.

(43) “La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor; es necesario que se configure una verdadera imposibilidad” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, LA LEY del 01/06/2015).

(44) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, 1ª reimp., t. I, p. 847; MAYO, Jorge A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit., p. 664 y ECHEVESTI, Carlos A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, ob. cit., p. 179.

(45) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, t. 2, p. 494 y ECHEVESTI, Carlos A., “Comentario a los artículos 513 y 514 del Código Civil”, ob. cit., p. 180.

(46) DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 86-87, 2020, número especial Coronavirus... y otros problemas, ps. 102 y ss., disponible en <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>.



(47) Ibidem.

(48) En este sentido afirma Pizarro que “la doctrina de la falta de servicio no es sino una culpa objetivada, o —lo que es igual— una responsabilidad modelada sobre la base de un estándar objetivo de diligencia esperable, para lo cual debe efectuarse una verificación en concreto “que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios que dispone la Administración, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. En nuestro sistema constituye un factor objetivo de atribución, dada la imposibilidad de imputación de primer grado postulable en una persona jurídica. Pero en su esencia —y sobre todo en su dinámica económica— funciona como una responsabilidad subjetiva por las razones antes indicadas. Tanto es así que la prueba de la no culpa o, lo que es igual, de la ausencia de falta de servicio libera de responsabilidad” (PIZARRO, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, ob. cit., t. I, ps. 306-307).

(49) Esta característica de nuestro régimen de responsabilidad del Estado es común con lo que acontece en los sistemas francés, italiano y alemán (ver: Mir Puigpelat, Oriol, “La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, ps. 177-185 y 258-259) y lo distingue del modelo español en el cual el concepto de lesión y el criterio de la causalidad son los elementos determinantes para la obligación de indemnizar (Rebollo, Luis M., “Puntos de inflexión en la jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración Pública”, trabajo inédito, 2004).

(50) CS, Fallos: 321: 1124 y 330:653.

(51) Ver: Mayo, Jorge - Prevot, Juan Manuel, “La relación de causalidad. Como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil”, LA LEY 2010-E, 945 y Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., “Carga de la prueba en las obligaciones de medios. (Aplicación a la responsabilidad profesional)”, LA LEY 1989-B, 942-LLP 1989, 499, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 1117, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales, t. I, 715.

(52) Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., “Lineamientos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, ED 107-1006 y Zavala de González, Matilde M., “Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil. Aplicación en el Proyecto de Código”, LA LEY 2013-B, 1174.

(53) Conclusiones de la V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, citadas por Peyrano, Jorge W., “Un proceso civil sin certezas suficientes”, LA LEY 2009-F, 1189, nota 42.

(54) CS, Fallos: 318:2002; 332:2842; 341:1414, entre otros.

(55) Causa “Sosa Nimia Jorgelina c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 04/06/2013 y CS, Fallos: 332: 2842 y 341:1414.

(56) CS, Fallos: 334:1216.

(57) CS, Fallos: 318:2002 y causa “Sosa Nimia Jorgelina c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 04/06/2013.



(58) En lo que respecta a los alcances y particularidades del “poder de policía sanitario”, ver FRANCAVILLA, Ricardo, “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, en AA.VV., Cuestiones de intervención estatal, Ed. RAP, Buenos Aires 2011, ps. 97 y ss. No podemos dejar de señalar, sin embargo, que, si bien la jurisprudencia continúa utilizando la expresión “poder de policía” para referirse a la potestad estatal de regular el ejercicio de los derechos individuales por razones de interés público, y que esta ha sido expresamente incorporada en la CN (art. 75, inc. 30), un importante sector de la doctrina ha postulado su sustitución por el término “regulación” (ver: GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. FDA, Buenos Aires, 2014, 10ª ed., t. 2, ps. 216 y ss. y CASSAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. II, ps. 141 y ss.).

(59) En España, por el contrario, se ha cuestionado la lentitud con la que habrían obrado las autoridades públicas para adoptar medidas concretas para combatir la pandemia, lo cual ha llevado a parte de la doctrina a plantear la posible existencia de responsabilidad por omisión (ver, en tal sentido, GARCÍA-ORTELLS, Francisco, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y el COVID-19: entre la imprudencia y el dolo eventual”, Hay Derecho, 10/04/2020, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/10/la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-publica-y-el-covid-19-entre-la-imprudencia-y-el-dolo-eventual/#comment-55155>. Ver también: Gambier, Beltrán, “La pandemia COVID-19 y la responsabilidad del Estado”, <https://beltrangambieryelicam.blogspot.com/2020/05/la-pandemia-covid-19-y-la.html>).

(60) En lo que respecta a los principios aplicables en materia de responsabilidad estatal por omisión, ver PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 94 y ss.

(61) Conf. CASSAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. I, p. 470; y FRANCAVILLA, Ricardo, “El poder de policía y policía de salubridad. Alcance de la responsabilidad estatal”, ob. cit., p. 105.

(62) CS, “Frascalli, José Eduardo c. SENASA”, CS, Fallos: 327:4958.

(63) CS, “Friar SA c. Estado Nacional”, CS, Fallos: 329:3966.

(64) La jurisprudencia citada pone en evidencia que, al efectuar el control de razonabilidad del ejercicio del poder de policía sanitario, la Corte no aplica el llamado “subprincipio de necesidad”, que conlleva examinar si la medida adoptada es la menos restrictiva de los derechos de los particulares de entre aquellas igualmente idóneas para alcanzar la finalidad perseguida. Tal como lo ha destacado la doctrina, esta limitación ha sido aplicada en las más diversas materias y conlleva un control débil y deferente de la actividad estatal (ver, al respecto, AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica”, en AA.VV., Control público y acceso a la justicia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 333 y ss.). Sobre los alcances del control de razonabilidad, ver también CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 167 y ss.

(65) Lo expuesto ha sido analizado con mayor detalle en PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 126 y ss.



(66) Conf. BIANCHI, Alberto B., “La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)”, en ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.

(67) BIANCHI, ob. cit.

(68) PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., p. 125.

(69) CAZEAUX, Pedro N., “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de la chance”, en AA.VV., Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello, Ed. Platense, La Plata, 1981, p. 18.

(70) Ver, en tal sentido, PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. 1, ps. 514-515; PIAGGIO, Lucas A. - MATTERA, María Eugenia, “El nuevo régimen de responsabilidad del Estado”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, ps. 120-121; y RASCHETTI, Franco, “Sobre los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito”, ED del 19/06/2020, p. 2.

(71) CS, Fallos: 317:1225.

(72) Si bien en diversos precedentes la Corte consideró improcedente la indemnización del lucro cesante en casos de responsabilidad por actividad lícita, su jurisprudencia más reciente es claramente favorable a la admisión de este rubro indemnizatorio (conf. CS, “El Jacarandá SA”, CS, Fallos: 328:2654; “Zonas Francas Santa Cruz SA”, CS, Fallos: 332:1367; y “Malma Trading SRL”, LA LEY 2014-C, 263). Para un análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte en esta materia, ver PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, ob. cit., ps. 145 y ss.

(73) Ver: CS, Fallos: 327:3753 y 335:2333. La exclusión de la indemnización del lucro cesante también ha sido calificada como inconstitucional, entre otros, por CASSAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. I, p. 516; GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LA LEY 2014-E, 659; y, puntualmente en lo que respecta a la órbita extracontractual, por CAMPOLIETI, Federico, “El alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), Responsabilidad del Estado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2019, p. 407, PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos...”, ob. cit., ps. 157 y ss.

(74) CS, Fallos: 308:1160; 320:1996; 325:11; 327: 857 y 327: 3753; 331:1488, 335:2333, entre otros.

(75) En igual sentido se han pronunciado PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, ob. cit., t. 1, ps. 515-516; y STECKLER, Ramiro, “La reparación del daño moral”, en TAWIL, Guido Santiago (dir.), Responsabilidad del Estado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 324.

(76) Conf. art. 4º, incs. b) y c), de la LRE.



(77) La LRE sigue el criterio restrictivo empleado en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales se sostuvo la necesidad de acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta estatal dañosa y el perjuicio cuya reparación se persigue (CS, Fallos: 312:1656 y 2020; 318: 1531; 328:2654, entre otros).

(78) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 438.

(79) SAMMARTINO, "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", ob. cit. p. 448.

(80) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos", ob. cit., p. 134. Muratorio se ha expresado en contra del criterio de la exclusividad del nexo causal porque "las relaciones de causalidad son fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que actúan como condición del daño, pudiendo admitirse exoneraciones parciales de responsabilidad tales como el caso fortuito o fuerza mayor externos o culpa de la propia víctima o de terceros" (MURATORIO, Jorge I., "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", en AA.VV., Responsabilidad del Estado y del funcionario, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 77).

(81) PIAGGIO - MATTERA, "El nuevo régimen de responsabilidad del Estado", ob. cit., p. 123. También se pronunciaron en contra de la exigencia de exclusividad en la relación de causalidad, entre otros: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Regulación económica y responsabilidad del Estado. Pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en TAWIL, Guido S. (dir.), Responsabilidad del Estado, ob. cit., p. 863; PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", ob. cit., t. 1, ps. 517-518; ANDRADA, Alejandro D., "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 139 y ss.; BALBÍN, Carlos F., "Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 42; y RASCHETTI, Franco, "Sobre los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito", ED del 19/06/2020, p. 2.

(82) PIAGGIO - MATTERA, ob. cit., p. 125.

(83) CORRÁ, María Inés, "La relación de causalidad", en TAWIL, Guido S. (dir.), Responsabilidad del Estado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2019, p. 236.

(84) Debe tenerse en consideración que la LRE no solo exige exclusividad en la relación de causalidad, sino que su art. 2º, inc. a), expresamente exime de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial.

(85) SEIJAS, Gabriela, "La antijuridicidad del obrar estatal", en TAWIL, Guido S. (dir.), Responsabilidad del Estado, ob. cit., p. 190.

(86) Conf. BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)", ROSATTI, Horacio



(dir.), Ley 26.944 de responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 195 y ss.

(87) CS, Fallos: 176:111; 180:107 y 248:79.

(88) BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del sacrificio especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 28.

(89) CS, Fallos: 316: 397 y 321:3363.

(90) A juicio de Comadira el sacrificio especial “se debería referir a la razonabilidad (“Ledesma”, consid. 17, citada en nota 25) del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquel guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad (“García”, consid. 5º, citada en nota 25)” (COMADIRA, Julio R., “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, EDA 2001/2002, 181).

(91) Conf. MAIRAL, Héctor A., “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, AA.VV. Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 141 y ss.

(92) CS, Fallos: 315:1892 y 330:2464, entre otras.

(93) CS, Fallos: 308: 2626.

(94) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, LA LEY 2000-D. 1219; y COMADIRA, Julio R., “Responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, EDA 2001/2002, 181.

(95) Conf. art. 4º, inc. e, de la LRE. Esta disposición legal pareciera cerrar las puertas a la indemnización si los supuestos en que lesionen legítimas expectativas debidamente acreditadas (ver: COVIELLO, Pedro J. J., “Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado”, ED 259-903 y CILURZO, María Rosa, “El sacrificio especial en la persona dañada y la afectación de un derecho adquirido como requisito para viabilizar la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, en ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, ps. 141 y ss.).

(96) CS, Fallos: 318:531.

(97) Criterio reiterado en la causa “Malma Trading SRL”, LA LEY 2014-C, 263.

(98) CS, Fallos: 323:1897 y 330:2548.

(99) CS, Fallos: 315:1026.

(100) Ver, al respecto, la reseña jurisprudencial efectuada en el trabajo de VERAMENDI, Enrique V., “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la



responsabilidad del Estado”, LA LEY 2016-C, 1182.

(101) Conf. RASCHETTI, Franco, “Sobre los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito”, ED del 19/06/2020, p. 2.

(102) Conf., VERAMENDI, Enrique V., “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado”, LA LEY 2016-C, 1182; MURATORIO, Jorge, “La ausencia del deber jurídico de soportar el daño”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 484; y PIAGGIO - MATTERA, “El nuevo régimen de responsabilidad del Estado”, ob. cit., ps. 129 y ss.

(103) CS, Fallos: 329:3966.

(104) Ver al respecto, MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado en el derecho argentino en un reciente pronunciamiento judicial. A propósito del caso ‘Friar SA’”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 75; COMADIRA, Guillermo F., “La responsabilidad estatal por actividad ilícita (por acción u omisión) y lícita derivada del ejercicio del poder de policía y de la actividad de policía. A propósito del caso ‘Friar SA’”, Derecho Administrativo Austral, año 2009, nro. 3, p. 195; y GAUNA, Juan Octavio, “Responsabilidad del Estado por ejercicio del poder de policía en materia sanitaria: el caso ‘Friar’”, en CASSAGNE, Juan Carlos, Máximos precedentes: derecho administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 681.

(105) Ver, entre otros, los casos “Los Pinos” (CS, Fallos: 293:617), “Cantón” (CS, Fallos: 301:403) y “Motor Once” (CS, Fallos: 312:649).

(106) CS, Fallos: 317:1233.

(107) En forma similar se ha pronunciado SACRISTÁN, Estela, “Las expropiaciones de fuente regulatoria (regulatory takings). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito”, RDA, 85, enero-febrero 2013, ps. 89-90.

(108) CS, Fallos: 330:2464.

(109) LA LEY 2014-C, 263.

(110) La Corte rechazó los restantes rubros en el entendimiento de que se referían a perjuicios que constituían “riesgos propios del giro comercial”, por lo que no se encontraba acreditada, en lo que a ellos respecta, “la condición de especialidad” (ver, consids. 12 y 13 de la sentencia).

(111) Cabe recordar aquí la opinión de Bianchi, cuando afirma: “Partimos de dos extremos cuya solución inicial es fácil. En uno de ellos la ley ha dañado a una sola persona, que indiscutiblemente exhibe un sacrificio especial indemnizable. En el otro, la ley ha limitado los derechos de todos: ha impuesto una carga pública. Ahora bien, a medida que vamos acercando esos extremos, veremos que la comunidad de afectados crece y que la de no afectados se reduce. El problema consiste entonces —nada menos— en determinar el punto de inflexión en donde el sacrificio especial se torna en una carga pública. Y esto solamente pueden decirlo los jueces en presencia de un caso concreto” (BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del sacrificio



especial y la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 27). En referencia, puntualmente, a la responsabilidad estatal en el marco de la pandemia de COVID-19, en la doctrina española se ha señalado que “resultaría absurdo que un perjuicio sufrido por la generalidad de los ciudadanos fuera resarcido por los poderes públicos, pues serían esos mismos ciudadanos los que, a través del sistema tributario, tendrían que sufragar no solo el pago de las correspondientes indemnizaciones, sino también el coste de los procedimientos que habría que tramitar para depurar la responsabilidad patrimonial de la Administración. “Compensar” a las víctimas empeoraría paradójicamente su situación. El dinero que les entraría por un bolsillo sería menos que el que les saldría por el otro. A nadie se le escapa que, como consecuencia de las acciones y omisiones imputables a las Administraciones públicas en el marco de la gestión de esta crisis, prácticamente todos los ciudadanos españoles hemos sufrido o vamos a sufrir, en mayor o menor medida, daños de una enorme magnitud. Cuando menos, las consecuencias económicas negativas que esas actuaciones van a desencadenar en un futuro cercano para el conjunto de la sociedad española se avizoran extraordinariamente graves. De ahí que, por las razones expuestas, no tenga mucho sentido indemnizar estos perjuicios generalizados. Es muy probable que los poderes públicos compensen, en todo o en parte, algunos de ellos a fin de proteger el bienestar económico del país y, especialmente, el de las personas más necesitadas, pero la herramienta más eficiente y justa para lograr ese objetivo no es la responsabilidad patrimonial, sino, en su caso, el otorgamiento de ayudas de fomento o asistenciales, configuradas con arreglo a fines y principios muy distintos. Estas ayudas se conceden a través de procedimientos menos costosos y permiten asignar los recursos a las personas que más los necesitan o que pueden extraerles una mayor utilidad social” (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, ob. cit., p. 106).

(112) Al respecto, la doctrina española ha señalado que “no creemos que pueda excluirse a priori la posibilidad de que las Administraciones públicas, con ocasión de la crisis, hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del art. 32.2 de la LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de los que los ciudadanos, con carácter general, hemos soportado y vamos a tener que soportar como consecuencia de la gestión de la pandemia. No es descabellado pensar que determinados daños personales —v.gr. la muerte de un pariente cercano— o patrimoniales encajan en el referido concepto legal de daño individualizado” (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, ob. cit., p. 106).