



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La responsabilidad patrimonial de la Administración
Pública en el Perú. Análisis de la normativa vigente y
propuestas de reforma**

Tesis para optar el Título de
Abogado

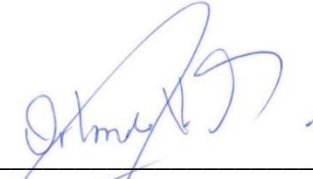
Carol Janelle Arrieta Narváez

**Asesor(es):
Dr. Orlando Vignolo Cueva**

Lima, febrero de 2024

Aprobación

La tesis titulada “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú. Análisis de la normativa vigente y propuestas de reforma”, presentada por la bachiller Carol Janelle Arrieta Narváez en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Dr. Orlando Vignolo Cueva.



Director de tesis



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

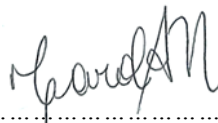
Yo, Carol Janelle Arrieta Narváez, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 77673516.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
“La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú. Análisis de la normativa vigente y propuestas de reforma”
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis¹ para optar el Título profesional² de Abogado.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
 - Dr. Orlando Vignolo Cueva, identificado con DNI N° 40714312
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 06/02/2024.



.....
*Firma del autor optante*³

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

³ Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A Dios, siempre.

A mis padres, Manuel y Noelia, por su amor y apoyo incondicional en la persecución de mis sueños; y por enseñarme que en la vida todo se logra con esfuerzo y sacrificio.

A mis hermanos, mis compañeros de vida, por ser mi ejemplo a seguir y mi fuente de consejos.

A mis sobrinos, por haber completado mi felicidad.



Agradecimientos

Al Dr. Orlando Vignolo, mi director de Tesis, por haber aceptado desde un principio asesorar esta investigación. Su guía y acompañamiento han sido valiosos. Agradezco el tiempo, los consejos y los conocimientos brindados.

A la Dra. Susana Mosquera, mi asesora académica durante los seis años de carrera. Por creer en mí y siempre motivarme a seguir adelante buscando la excelencia y la integridad.

Al Dr. Antonio Abruña, mi profesor de Derecho Administrativo, por cultivar en mí el interés por esta rama y exigirme siempre más.



Resumen

La presente investigación analiza de manera cualitativa la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú. Con dicho propósito, primero se describe la evolución histórica que esta institución ha tenido en el mundo a lo largo del tiempo. Luego, se revisan las categorías normativas que le sirven de fundamento, así como las distintas teorías que se han elaborado en la doctrina y la jurisprudencia. Más adelante, se realiza un análisis exhaustivo de la figura de la responsabilidad patrimonial en la Constitución Política del Perú, así como en el artículo 260 del TUO LPAG con el objetivo de identificar su naturaleza jurídica y sus presupuestos, advirtiéndose de manera especial, que la responsabilidad del Estado, se circunscribe a los servicios públicos que son directamente prestados por él. Posteriormente, se evalúan los mecanismos procesales previstos en la Ley N° 27584, identificándose únicamente una pretensión de carácter subordinado y sin una vía administrativa previa. En mérito a ello, en el tramo final, se presenta un consolidado de las principales propuestas de reforma que se sugiere realizar con miras a obtener una modificación de la normativa que permita que los ciudadanos empiecen a obtener compensaciones por los daños que el Estado ha causado y debe reparar.

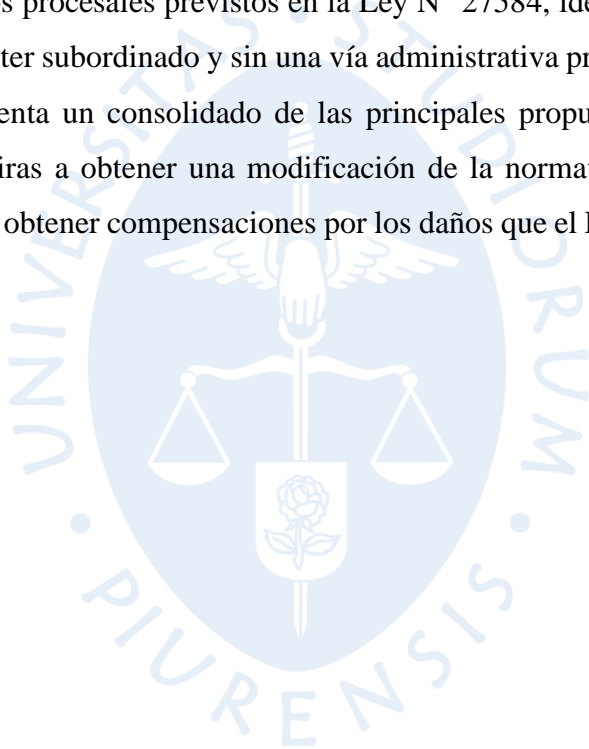
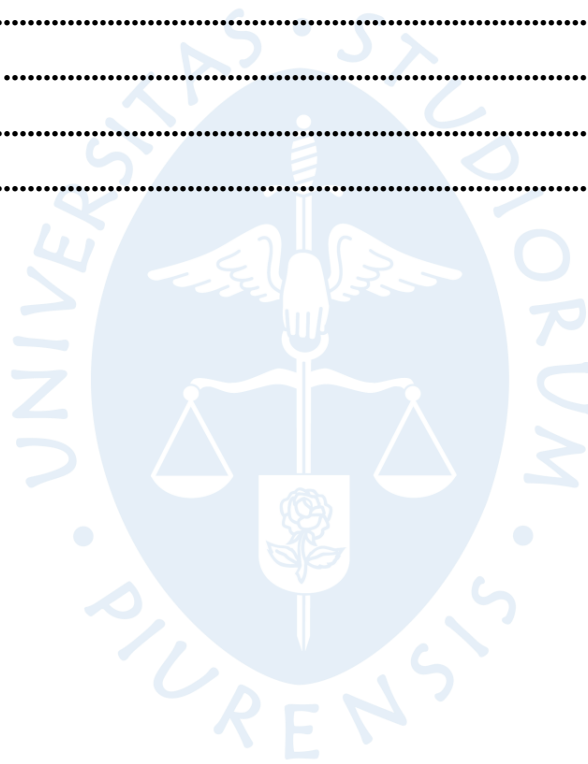


Tabla de contenido

Introducción.....	9
Capítulo 1 Historia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública	
.....	11
1.1 De la responsabilidad en general	11
1.2 De la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	14
Capítulo 2 ¿Qué es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública?	23
2.1 Aspectos generales.....	23
2.1.1 Concepto	23
2.2 Requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.....	24
2.2.1 La conducta	24
2.2.2 El daño	25
2.2.3 El nexo de causalidad.....	30
2.2.4 Los criterios o factores de imputación	33
Capítulo 3 La institución de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico peruano	38
3.1 Antecedentes.....	38
3.1.1 La responsabilidad patrimonial del Estado en el Perú en los siglos XIX, y XX.....	38
3.1.2 La responsabilidad patrimonial del Estado en el Perú en el siglo XXI.....	42
3.2 Análisis de la regulación vigente en el TUO de la LPAG	50
3.3 Presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	52
3.3.1 Imputabilidad de la conducta a la Administración.....	52
3.3.2 Los criterios de imputación: el funcionamiento anormal de la administración (y la culpabilidad) y el funcionamiento normal de la administración (responsabilidad por riesgo).....	66
3.3.3 La lesión patrimonial y la antijuricidad del daño.....	71
3.3.4 El nexo causal entre la conducta y la lesión y los supuestos de ruptura: hecho determinante de la víctima, hecho determinante de tercero, caso fortuito y fuerza mayor	73
3.4 Otros supuestos de exclusión contemplados por la norma	76
3.5 La declaratoria de nulidad y la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	79
3.6 La acción de repetición	80

Capítulo 4 Régimen procesal de la figura de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Perú.....	85
4.1 Aspectos generales en la Ley N° 27584 – Ley que regula el proceso contencioso administrativo	85
4.2 Determinación del “quantum” o monto indemnizatorio.....	90
4.3 Ejecución de la resolución judicial como derecho a la tutela judicial efectiva	91
Capítulo 5 El futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú	95
5.1 Propuesta de reforma de la Ley N° 27444 y la Ley N° 27584	95
5.2 Implicancias y consecuencias de la modificación del régimen vigente.....	96
Conclusiones	99
Lista de abreviaturas	102
Referencias.....	103
Normativas Legales.....	109



Introducción

El Estado de Derecho que impera en los últimos años, incluido nuestro país, destaca por sus cuatro componentes principales: el principio de legalidad, el de tutela judicial efectiva, el de garantía patrimonial y el de responsabilidad patrimonial del Estado. Sobre este último, se ha creído conveniente poner mayor atención toda vez que, pese a existir una regulación vigente en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la casuística ha demostrado que se trata de una norma que “existe”, pero que no surte efectos.

Esto, resulta sorprendente en la medida en que, se trata de una figura imprescindible para la vida en sociedad. Y decimos imprescindible, porque si a diario, los ciudadanos acuden al Estado en busca de compensación, se convierte en paradójico que la persona jurídica a quien se le solicita tutela, no la otorgue cuando le corresponde hacerlo, o bien porque ha causado un daño, o bien porque ha afectado un derecho.

En pocas palabras, la Administración Pública, en ejercicio de su actividad administrativa, también es pasible de generar daños, y cuando esto ocurra, al igual que un particular, también debe responder por los mismos. Este, quizás, fue el espíritu que motivó al legislador a implantar desde el año 2001, con la entrada en vigencia de la LPAG, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el artículo 138 del mencionado cuerpo legal.

Sin embargo, tras el pasar de los años, dicho dispositivo fue variando notablemente, y no de manera positiva, puesto que se instauró un ámbito de aplicación muy restringido y que prácticamente otorgaba a la Administración Pública un beneficio de indemnidad patrimonial; situación que ha perdurado con el transcurrir del tiempo.

Y si en el régimen sustantivo se advierten múltiples deficiencias, la vía procesal destinada a hacer efectiva esa institución, también revela ser objeto de carencias jurídicas. Por ello, la presente tesis pretende realizar un examen integral de la normativa vigente sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el Perú, para identificar sus principales falencias y proponer medidas de reforma.

De esta manera, la investigación está dividida en 5 capítulos. En el primer capítulo se describe la evolución histórica de esta institución a lo largo del tiempo. En el segundo capítulo se revisan las categorías normativas que la componen, así como las distintas teorías que se han elaborado en la doctrina y la jurisprudencia. Luego, en el tercer capítulo se aborda de manera exhaustiva la regulación de la responsabilidad patrimonial en la Constitución Política Peruana, así como en el artículo 260 del TUO LPAG, con el objetivo de identificar el régimen sustantivo vigente. Por su parte, el cuarto capítulo detalla el cauce procesal previsto en la Ley N° 27584

así como las acciones posteriores que permitirían obtener una sentencia estimatoria materializable. Finalmente, el quinto capítulo consolida y presenta las propuestas de reforma que se plantean sobre esta institución tanto a nivel constitucional, legislativo como judicial con miras a generar su eficacia en la práctica.



Capítulo 1

Historia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

1.1 De la responsabilidad en general

Los orígenes de la responsabilidad civil, se remontan a la época romana donde aparece por primera vez el principio rector "*alterum no ledere*"¹ o también conocido como el deber general de "no dañar a otro" tipificado por el jurista Ulpiano, que junto con los deberes "*honeste vivere*" o vivir honradamente y "*suum cuique tribuere*" o dar a cada uno lo suyo, fundamentaban la convivencia social, estableciéndose como un límite o estándar de conducta para los ciudadanos.

En ese entonces, si bien no se utilizó la expresión "responsabilidad civil", las autoridades romanas empezaron a considerar que los hechos generadores de daños debían ser objeto de reparación o resarcimiento. De ahí, que el surgimiento de este fenómeno jurídico y su evolución se fuera perfilando para sentar las bases de la posterior diferenciación entre la responsabilidad personal y la responsabilidad patrimonial, lo que, a su vez, contribuiría a la distinción entre las responsabilidades civiles y penales².

En dicho contexto, se empezó a distinguir entre delicta privada y delicta pública, según se trate de un daño causado a la propiedad o a la persona, tendencia que generó la creación de otra categoría denominada delicto, como un concepto referido a hechos ilícitos que, siendo perjudiciales, engendraban obligaciones de resarcimiento o también llamados *quasi delictos*. De este modo, se generaron las obligaciones que nacían ex delicto y las *quasi ex delicto*³.

Es así que, bajo el *nomen iuris* de delicto y de *quasidelicto* se denominaba a todas aquellas obligaciones dirigidas a reparar o resarcir un daño que vinculaban por el evento dañoso a un autor con su víctima. Asimismo, también fueron objeto de regulación todas aquellas obligaciones que nacían de compromisos previamente contraídos y cuyo incumplimiento generaba un daño susceptible de indemnización por parte del deudor quien asumía frente al *accipiens*⁴.

Por otro lado, la culpa fue un elemento que formaba parte de la responsabilidad civil y surgió en aquella regulación que de forma general se le brindó a la inexecución por obligaciones,

¹ Real Academia Española. Diccionario panhispánico de español jurídico, 2023.

² Fernando Vidal Ramírez, "La Responsabilidad Civil". *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 54, (2001), p. 390.

³ Vidal Ramírez, "La Responsabilidad". p. 390.

⁴ Vidal Ramírez, "La Responsabilidad". p. 391.

pero sin dejar de lado, al daño o *damnum*, que también era un elemento imprescindible para generar una obligación de compensación⁵.

De este modo, la evolución de la responsabilidad jurídicamente imputable se fue perfeccionando hasta dejar de ser una responsabilidad personal y convertirse en una responsabilidad patrimonial. Y con el tiempo, mientras la responsabilidad civil se convirtió en la respuesta a un daño causado sin que se requiera de la tipificación del *eventus damni*⁶ que la generaba, por su parte, la responsabilidad penal requirió del postulado, luego universalizado “*nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*”⁷.

Luego, aparecería la Ley de las XII Tablas que daría origen a lo que hoy conocemos como responsabilidad contractual; y, a la Lex Aquilia, se le atribuiría ser la raíz para el posterior nacimiento de la responsabilidad extracontractual⁸. A la primera se le concebía como un conjunto de normas cuyos preceptos incluían la idea de venganza por parte de la víctima; sin embargo, en la mayoría de ocasiones se cumplía con entregar una compensación catalogada como voluntaria, que no era fijada por el juez, quien únicamente se limitaba al esclarecimiento de los hechos⁹.

En tanto la segunda, se trató de un plebiscito rogado por el tribuno Aquilio Galo (287 a.c.)¹⁰, que marcó un hito importante en la regulación de la responsabilidad extracontractual¹¹, al introducir por primera vez la posibilidad de realizar una compensación por daños provocados, en lugar de asumir una pena y sin que exista un previo acuerdo de por medio¹². Es así que, en tres capítulos integraba cláusulas sancionatorias por daños causados a bienes ajenos, teniendo

⁵ Vidal Ramírez, “La Responsabilidad”, p. 391.

⁶ El término “*eventus damni*”, como locución latina, implica un daño o perjuicio que, al tiempo de cumplir la prestación, infiere por su insolvencia el deudor al acreedor. (v. “vg.” verbi gracia Acción pauliana.). Diccionario Jurídico Latín. Se trata de un término equiparable a la lesión de la garantía patrimonial, que representaba un daño al interés del acreedor (protegido por el ordenamiento) a contar con la solvencia del deudor como primera <<garantía>> para la satisfacción de su crédito. FERNANDEZ CAMPOS, Juan A, “Algunas Consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 50, Nº 2, (1997): p. 15. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46905>.

⁷ Vidal Ramírez, “La Responsabilidad”, p. 391.

⁸ Vidal Ramírez, “La Responsabilidad”, p. 392.

⁹ José Ángel Almodóvar Maldonado, “Evolución de la Responsabilidad Civil: Una aproximación”. *Ceiba*, 12 1, (2013), p. 11. <https://revistas.upr.edu/index.php/ceiba/article/view/3484>

¹⁰ Antonio Ortega Carrillo de Albornoz, “Damnum iniuria datum o delito de daños”, *Derecho Romano*, (2012). <https://www.derechoromano.es/2012/09/damnum-iniuria-datum-o-delito-de-danos.html>

¹¹ Luis Carlos Sánchez Hernández, “La lex aquilia: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la interpretatio prudentium y la actividad pretoria. *THEMIS Revista de Derecho*, 73, (2018): p. 1. <https://doi.org/10.18800/themis.201801.015>. En palabras del autor: “*La Lex Aquilia del derecho romano, plebiscito aprobado en el siglo III a. C., es el origen del moderno régimen de responsabilidad civil extracontractual de aquellos ordenamientos que son parte del sistema jurídico romanista, por lo que su estudio constituye hoy por hoy una necesidad, pues nos permite una comprensión más sólida de las previsiones de los códigos civiles actuales, tanto europeos como latinoamericanos.*”

¹² Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio. *Lecciones de responsabilidad civil / editado por Luis Fernando, Reglero Campos ... [et al.]*. (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), p. 33.

como principal supuesto el *damnum iniuria datum* cuyo objeto de regulación recaía en un bien que le pertenecía a otro.

El *damnum iniuria datum* se encontraba regulado en el tercer capítulo y era una conducta que se concretaba en matar (*occidere*), hacer pedazos (*frangere*), quemar (*urrere*) o romper (*rumpere*) una cosa ajena (esclavo, animal u otra cosa mueble), causando así un daño patrimonial a su propietario. Además, debía existir un contacto inmediato entre el sujeto agente y la cosa dañada, esto es, el daño debía causarse *corpore suo datum*¹³.

Adicionalmente, la conducta debía realizarse con iniuria¹⁴, que era el criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho. Así, una vez identificada la conducta dañosa, esto daba lugar al ejercicio de la *actio ex lege Aquilia*, que suponía el pago al propietario del íntegro del valor de la cosa por parte del agente causante del daño¹⁵.

Con el tiempo el pretor romano encontró en la *culpa* el fundamento perfecto para imputar responsabilidad, en lugar de utilizar la *iniuriae*, puesto que, a diferencia de esta última, implicaba un reproche de la conducta del agente (no necesariamente negligente) causante del daño, al estar en la capacidad de prever los efectos del daño. Sin embargo, esto recién sería aprobado en el Derecho Justiniano como condición para la aplicación de la *Lex Aquiliae*¹⁶.

Ahora bien, este enfoque de la responsabilidad civil empezó a influenciar rápidamente en otras realidades jurídicas siendo los impulsores del Código Francés quienes acogieron esta dualidad (responsabilidad contractual y extracontractual) eligiendo como principal protagonista al elemento culpa, lo que, a su vez, como señala VIDAL RAMIREZ, sería acogido por la corriente codificadora predominante del siglo XIX, que año más tarde llegaría a nuestro país de la mano

¹³ Luis Carlos Sánchez Hernández, “De la culpa de la *lex aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, 30 (2016), p. 289. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4554/5236>

¹⁴ Si bien, en un inicio, se generaron diversos debates respecto al carácter culposo del elemento de la inuria y su función dentro del plebiscito aquiliano; actualmente, se asume que la inuria posee un carácter distinto al dolo, pues no comparten significado y, por el contrario, al estar vigente un formalismo interpretativo arraigado en la corriente jurídica romana, su inclusión en la legislación, obedece a un concepto ligado a la ilicitud de la conducta reprochable y a la existencia de causas de justificación que la exoneren. La inuria equivaldría a una conducta o hecho injusto en concreto, mientras que la culpa haría énfasis en la conducta del sujeto. Al respecto, revisar Luis Carlos Sánchez Hernández, *De la culpa de la lex Aquilia*, p 283 y 294.

¹⁵ Sánchez Henández, “De la culpa”, p. 289.

¹⁶ Jhoan H. Uriburú Bravo. *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano: una aproximación a los supuestos, elementos, requisitos y presupuestos de la responsabilidad civil* / Jhoan H. Uriburú Bravo. Lima: Grijley, 2009, p. 82.

del Código Civil de 1852 que en el Título IV contempla las Obligaciones que nacen de Delitos o Cuasidelitos¹⁷¹⁸.

Sin duda, el derecho romano supuso una notable influencia en la conformación del mencionado cuerpo legislativo francés, que presentó entre distintos elementos, la *faute*¹⁹ o culpa, como límite y medida de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil se encontraba regulada originalmente en el Libro Tercero, Título IV, bajo el epígrafe “*Des engagements qui se forment sans convention*” (“De las obligaciones que se contraen sin convenio”), Capítulo II, bajo el epígrafe “*Des délits et des quasi-délits*” (“De los delitos y cuasidelitos”), en los artículos 1382-1386²⁰.

En consecuencia, la *faute*, se encontraba tratada de forma tal, que era imprescindible para atribuir responsabilidad y una compensación económica por la producción de un daño, por lo que, ante cualquier conducta intencional, negligente o imprudente, automáticamente nacía un deber de reparación. En otras palabras, para su aplicación bastaba argumentar cualquier tipo de culpa²¹.

Muchos años después, específicamente a finales del siglo XIX, el Código Civil alemán, siguiendo la tradición romanista y francesa (con ciertas atenuaciones), adoptó a través de un conjunto de disposiciones generales, un criterio objetivo de responsabilidad con base en el daño como elemento estructural acompañado necesariamente de un nexo de causalidad, desplazando de este modo al criterio de la culpa como principio rector. De esta manera, el criterio objetivo, vinculado a la teoría del riesgo creado, determinó el giro que daría la figura de la responsabilidad civil, especialmente en el ámbito extracontractual, lo cual, también irradiaría a los posteriores proyectos de reformas de las codificaciones dominantes de aquellos tiempos²².

1.2 De la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Como pudimos advertir, el esquema de la responsabilidad patrimonial empezó a dibujarse en la *civitas romana*, donde se asumía que los daños no debían quedar vacíos ni las víctimas quedar desprotegidas, pero tenía cabida únicamente para relaciones entre particulares, por lo que, su desarrollo se efectuó principalmente en la rama del Derecho civil.

¹⁷ Artículos 2189 al 2211

¹⁸ Vidal Ramírez, “La Responsabilidad Civil”, pp. 393 y 394.

¹⁹ Muchos autores expresan que el esquema plasmado en el Código Frances deviene de las ideas formuladas por Domat que se fundaron en el pensamiento cristiano imperante y, sobre todo, en el iusnaturalismo racionalista traducido en el concepto de autonomía de la libertad del ser humano junto con una fundamentación trascendente para el Derecho. Para profundizar, revisar: Cristián Aedo Barrena, “¿Siguió El código Civil francés El Pensamiento de Domat en Materia de Culpa (faute) Extracontractual?”. *Revista Chilena De Derecho* 44, 3, (2020), p. 638 y 639. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/9660>.

²⁰ Aedo Barrena, “¿Siguió El código Civil”, pp. 633 y 634

²¹ Aedo Barrena, “¿Siguió El código Civil”, p. 634

²² Vidal Ramírez, “La Responsabilidad Civil”, p. 394

En el caso de la responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos o súbditos, durante mucho tiempo, no se concibió una figura como tal, pues, se consideraba que los intereses de la Administración como de sus gobernantes se encontraban en un plano superior y sagrado. Esta situación, sufriría posteriormente una evolución que se puede resumir en tres etapas: en una primera etapa, rige lo que se conoce como la total irresponsabilidad del gobernante; en la segunda, aparece una incipiente teoría sobre la responsabilidad estatal; y en el tercer período, se consolidan dos tipos de responsabilidad: una de tipo subjetivo y otra, objetiva²³.

Durante la primera etapa, en pleno auge del Imperio Romano hacia el siglo I, se empezaron a concentrar todas las potestades políticas, militares y religiosas en manos del emperador y el sistema de responsabilidad en general estaba ligado a los preceptos del derecho privado. Por lo tanto, la responsabilidad estatal fue muy poco conocida, toda vez que “el César encarnaba en su persona al mismo tiempo la majestad divina, y la autoridad humana; era Sumo Sacerdote y Emperador; su persona por lo tanto era inviolable y sagrada y, por consiguiente, irresponsable”²⁴.

Más adelante, en la Edad Media o Medioevo (siglos VI a X), la situación continúa su curso sin vislumbrarse ni un ápice de responsabilidad del gobernante. En aquella sociedad estamental tampoco surgió un principio de responsabilidad que haga responder a la monarquía por sus actos excesivos y tiránicos, justificados en su gran poder e influencia. En efecto, el rey no era imputable, y de existir algún tipo de conflicto por daños acaecidos, solo podía hablarse de responsabilidad personal mas no institucional, pues aquél gozaba de prerrogativas que se transmitían en los contratos de vasallaje, a cada uno de los señores feudales, durante todo lo que duró el régimen del vasallaje²⁵.

Posteriormente, en la época de formación de los Estados Modernos, aparece por primera vez, el término “Estado”²⁶, definido como una organización política y territorial común, que establecía una situación de mando sobre sus habitantes, además de ser exclusiva e independiente, construida sobre el concepto de soberanía que le otorgaba un carácter absoluto,

²³ Se ha seguido en toda esta parte la investigación y desarrollo muy bien planteado que hace William Guillermo Jiménez Benítez, “Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal”. *Diálogos De Saberes*, n.º 38, junio, (2013): pp. 63-78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>

²⁴ Jiménez Benítez, p. 65.

²⁵ Jiménez Benítez, p. 66.

²⁶ Es a Nicolás Maquiavelo a quien se le atribuye el uso por primera vez del término Estado. Según la autora: “(..) con Maquiavelo se da el paso entre el significado original del término “lo stato” y el significado jurídico y filosófico. En sus ideas, la palabra Estado va tomando progresivamente un doble significado. Dos elementos se desprenden: un elemento formal –orden jurídico bajo un determinado poder– y un elemento material –el pueblo que vive sobre un territorio”. En Marcela Echandi Gurdían, “El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la Teoría del Estado”, *Revista de ciencias Jurídicas*, N.º. 119 (2009): p. 170. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9777>

perpetuo y permanente. Absoluto, porque no estaba sometido a ley alguna; perpetuo, porque no estaba prevista para perdurar por un tiempo determinado; y, permanente, porque se trataba de una cualidad que no era susceptible de ser compartida. Por todo esto, quien detentase este exacerbado poder, no tenía – ni debía – reconocer algún tipo de superioridad por encima de él²⁷.

Por esos tiempos, además, empieza a nacer aquella forma de gobierno político cuya filosofía propugnaba que la concentración del poder debía recaer en manos del rey quien como supremo soberano gozaba de un poder sagrado y absoluto, que no conocía de limitaciones. En aquella realidad denominada "absolutismo" (*ancien régime*), no existía una separación de poderes que ejerza un control y asegure un equilibrio político y social, por lo que, de ninguna manera el monarca, quien representaba la máxima autoridad, podía responder ante algún tipo de acto desmedido o privativo de algún tipo de derecho. Los ciudadanos, por su parte, solo debían obediencia.

Asimismo, los poderes exorbitantes que ostentaba el Estado se justificaban en la seguridad y la protección que debía otorgarse a los ciudadanos, motivo por el cual, estos no podían emitir juicios sobre lo que estaba bien o mal, era justo o injusto, o era correcto e incorrecto, ya que, los preceptos permitidos o no solo las dictaminaba el soberano²⁸.

A su vez, diversas teorías indicaban que el poder político y su origen obedecían a una intervención divina, en contraposición a las modernas tendencias que, respaldaban la soberanía emanada del pueblo. De tal suerte que, el rey únicamente respondía por sus actos ante Dios, porque su poder emanaba de él y le otorgaba legitimidad (origen divino)²⁹. Es por esta razón que, la total irresponsabilidad del gobernante se mantenía vigente. No obstante, el poder absoluto y sus consiguientes excesos, no reinarían infinitamente, y con la caída del absolutismo empezaron a germinar una serie de principios que fundarían, en última instancia, la teoría de la responsabilidad estatal.

Es en esta segunda etapa, coincidente con la caída de las monarquías y con el inicio de la expansión de las ideas liberales³⁰, donde el objetivo primordial, contrario a la búsqueda de la

²⁷ Jiménez Benítez, "Origen y Evolución", p. 67.

²⁸ Jiménez Benítez, "Origen y Evolución", p. 68.

²⁹ Estas fueron las teorías providencialistas que afirmaban que los gobernantes eran ministros directos de Dios y por tanto los súbditos solo debían acatar sus mandatos. Jiménez Benítez, p. 68

³⁰ "Las concepciones individualistas y liberales sobre el hombre y la sociedad permearon la Revolución Francesa de 1789 y las constituciones políticas que fundamentan el Estado Democrático centrado en la soberanía popular y en la libertad e igualdad de los ciudadanos. Parece que el surgimiento del Estado-nación se realiza en el siglo XVI cuando se dan como condiciones propicias los grandes descubrimientos geográficos y científicos y se consolida con la construcción cultural de la nacionalidad con su principal atributo, la soberanía como la fuente del poder político en los siglos XVII y XVIII cuando los Estados-nación de Europa delimitan su poder en contra de las pretensiones del poder de la monarquía (...). En José Gpe

máxima concentración del poder absoluto, se dirige por, sobre todo, a instaurar un Estado de Derecho que garantice la libertad del individuo en todos los ámbitos posibles: político, social, y económico. De este modo, los poderes públicos, separados entre sí, encontrarían restricciones a sus actuaciones, bajo un sistema de control regido por los mandatos de las leyes y normas establecidas.

A partir de aquella doctrina, se elaboraron dos principios medulares expuestos por Maurice Hauriou³¹:

- a) De ahora en adelante el poder público (Estado) actuaría según el principio de legalidad, es decir, acorde a lo establecido por la ley.
- b) Si en el marco de su actuación, se producen perjuicios o daños, el Estado debía asumir responsabilidad por los mismos, aplicándose el principio de responsabilidad.

En tal sentido, las ideas liberales que fomentaron la consagración de un principio de legalidad, y estaban destinadas a proteger los derechos y libertades, así como a imponer límites al gobernante, terminaron de edificar los cimientos de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado³², pese a no existir aún, una cláusula general plasmada en algún texto legal³³.

En adelante, ante la falta de una regulación administrativa eficiente, se usarían las normas y categorías jurídicas propias del derecho civil para aplicar la responsabilidad patrimonial del Estado; y la jurisdicción ordinaria era la vía llamada a ser el cauce a través de la cual se incoaban dichos procedimientos³⁴. A la par, lo que se hacía era asimilar al funcionario público como un simple mandatario del poder público, y la responsabilidad que se le atribuía reposaba en los postulados de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*³⁵, es decir, en un tipo de responsabilidad indirecta³⁶.

Vargas Hernández “*Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo*». *MAD*, n.º 17 (enero) (2007): p. 67. <https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/13938>

³¹ Jiménez Benítez, “Origen y Evolución”, p. 68.

³² Jesús Leguina Villa coincide en ello, señalando respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado: “*Es un fruto relativamente tardío del Estado liberal del Derecho que nace por los años finales del siglo XVIII y se desarrolla siguiendo evoluciones diferentes en cada país a lo largo del siglo XIX y en este que ahora termina, en el siglo XX*”. “Origen y Evolución de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado”, En *Repositorio Universitario Jurídicas*, (2004): p.3. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/21776>.

³³ Jiménez Benítez, “Origen y Evolución”, p. 69.

³⁴ Jiménez Benítez, “Origen y Evolución”, p. 70.

³⁵ Culpa *in eligendo* es la falta de cuidado en la elección de la persona que produjo el daño, mientras que, la culpa *in vigilando* es la falta de control de la persona cuya custodia tiene encomendada el responsable. En, Mónica Lucía Fernández Muñoz, “La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno”, *Revista Estudios Socio Jurídicos*, Vol. 5, N.º 1 (2003) p. 231. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2315025>

³⁶ Jiménez Benítez, “Origen y Evolución”, p. 71.

Sin embargo, con el paso del tiempo, los postulados civilistas, también empezaron a tornarse insuficientes, situación que coincidía con el progresivo desarrollo que iba alcanzando la rama Derecho Administrativo como rama autónoma, lo que conllevó el temprano abandono de aquella, para emprender el camino hacia la aplicación de la responsabilidad estatal bajo las reglas y procedimientos administrativos³⁷.

Como acertadamente expresa LEGUINA VILLA, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado fue un fruto relativamente tardío en Europa, y, no es sino, en Francia por el año 1870, donde se inicia el camino para el establecimiento de un sistema de responsabilidad apartado de las reglas para el ámbito de los privados, que es el que venía aplicándose para las relaciones de índole extracontractual entre la Administración y los ciudadanos³⁸.

Bajo este contexto, aparece por primera vez en la jurisprudencia, el principio especial de responsabilidad administrativa o estatal a través de la sentencia Arrêt Blanco emitida por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873. Con este fallo, el Consejo de Estado admite por primera vez que la Administración Pública tenía que responder frente a los ciudadanos, por los daños que hayan ocasionado, pero sin que ello signifique que la responsabilidad sería total y absoluta³⁹. La sentencia evidencia el caso de una niña que había sido atropellada por una vagoneta de una fábrica de tabacos administrada por el Estado francés, cuyo padre interpone una demanda ante los tribunales ordinarios con el fin de que se le otorgue una indemnización por daños y perjuicios, alegando que el Estado era quien tenía que responder civilmente por aquellos daños ocasionados por los obreros de la fábrica.

La contribución de esta sentencia se relaciona con la competencia exclusiva que se le atribuye a la jurisdicción administrativa para declarar deudor al Estado, así como con el contenido mismo del Derecho Administrativo y sus instituciones.

De este modo, la sentencia Blanco asume un carácter fundador del Derecho administrativo, atribuyéndole competencia para conocer las demandas por los daños causados por el Estado (como poder público) relacionadas con los servicios públicos prestados por él⁴⁰. Entre sus postulados más importantes se mencionaba:

³⁷ Jiménez Benítez, “Origen y Evolución”, p. 70.

³⁸ Leguina Villa, “Origen y Evolución”, p. 3.

³⁹ Leguina Villa, “Origen y Evolución”, p. 3.

⁴⁰ Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, Arrêt Blanco. Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, Grands Arrêts, 21^o Edición, (2017) p. 28.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2

“(…) que la responsabilidad, que podría incumbir al Estado por los daños ocasionados a particulares, como resultado de la actuación de personas empleadas en los servicios públicos, no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil para las relaciones entre particulares. Que dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; que se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados; Que, por tanto, en virtud de las leyes antedichas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer de esta causa (…)”⁴¹

De ello se deduce, en primer lugar, que el fallo Blanco otorgaba competencia exclusiva a la jurisdicción administrativa para conocer de los casos que puedan plantearse respecto a los daños y posibles indemnizaciones derivadas de los servicios que dependan del Estado, de manera que, los tribunales ordinarios no podrían fijar penas pecuniarias cuando se trate de actuaciones relativas a servicios públicos, incluso cuando estén inmersos en estos, empleados que mantengan un vínculo con la Administración en base a un contrato de derecho común. En pocas palabras, podían estar incluidos tanto funcionarios, como empleados auxiliares o encargados de la administración por un contrato suscrito bajo las reglas del derecho civil⁴².

En segundo lugar, dicha sentencia al excluir la aplicación de los principios del Código Civil para las relaciones suscitadas entre ciudadanos y el Estado, brindaba un marco de autonomía e independencia al Derecho administrativo, como rama capaz de ofrecer soluciones, y reglas jurídicas que puedan aplicarse a distintas controversias, en particular, a la responsabilidad que pueda incumbir al Estado como posible deudor. Asimismo, manifiesta que los servicios públicos se rigen por normas especiales, concibiéndose que el servicio público es al mismo tiempo, criterio de competencia administrativa⁴³ y fundamento del ya reconocido Derecho Administrativo⁴⁴.

Asimismo, cabe acotar, que, si bien se fijó el concepto de servicio público como indicativo de jurisdicción administrativa, también se dejó sentada la distinción entre las

⁴¹ Arrêt Blanco, p. 27.

⁴² Arrêt Blanco, p. 29.

⁴³ Eduardo García de Enterría explica sobre esto, que el famoso principio del servicio público ha hecho crisis completa y en modo alguno puede erigirse sobre el mismo ni el contenido en general del Derecho Administrativo ni mucho menos el de la institución de la responsabilidad civil de la Administración. Asimismo, señala que, la expresión servicios públicos debe entenderse en un sentido orgánico y no funcional y, por ende, equipararlo pura y simplemente a la actividad de la Administración. En Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 8, N° 4 (1955): p. 1141. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773531>

⁴⁴ Arrêt Blanco, pp. 28 y 29.

actuaciones provenientes del Estado como Poder público y las actuaciones de gestión privada⁴⁵, siendo estas últimas excluidas de la jurisdicción administrativa (el Estado como persona civil)⁴⁶.

Finalmente, como resultado de aquellas reglas y proposiciones, se creó un nexo entre la competencia y las normas de aplicación, es decir, un vínculo directo entre la competencia (administrativa) y el fondo (normas sustantivas de derecho administrativo), por lo que se afirma que dicha sentencia supuso el punto la inflexión para el desarrollo paulatino de la responsabilidad estatal y la jurisprudencia que se extendería a los demás países⁴⁷.

En razón de lo antes expuesto, se infiere que el crecimiento y evolución del Derecho Administrativo dio mérito a que empiecen a formularse normas relativas a la responsabilidad estatal, y que los tribunales empiecen a buscar técnicas normativas que permitan imponer reglas más adecuadas a estas controversias, acordes a la especial figura ya no solo de la Administración Pública, sino también, a la de los servicios públicos, en función de sus distintas necesidades, lo cual, permitió, a su vez, constituir un sistema jurídico autosuficiente y de carácter especial.

En los últimos tiempos, específicamente a fines del siglo XX, la sentencia Francovich del Tribunal de Justicia de la Unión Europea apareció como otro de los ejemplos más notorios de la evolución de esta figura jurídica⁴⁸. En este caso, se determinó que los Estados miembros estaban obligados a reparar los daños que resultaran para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE de 20 de octubre de 1980, a través de la cual, se brindan una serie de garantías específicas, a los trabajadores asalariados, respecto de los créditos impagados que resultasen de contratos de trabajo o de relaciones laborales en caso de insolvencia del empresario; para lo cual, establecía que los Estados miembros debían instaurar las disposiciones legales necesarias, a fin de adecuarse a la mencionada norma.

⁴⁵ Según García de Enterría, se solía hablar de Estado como persona jurídica cuando era titular de relaciones jurídicas patrimoniales, y había que entenderlo como una persona jurídica privada. Por ello, existía una visión dual de la administración, tanto como poder y como persona jurídica privada, estando este último concepto ligado a los contratos de la administración que durante todo el siglo XIX fueron considerados como contratos privados y que sólo a comienzos del siglo XX en Francia se intentará calificarlos como instituciones del Derecho Administrativo, distinguiéndose sobre la base de una actividad autoritaria o de poder y de una actividad de gestión o privada. En Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Administración Pública*, N° 129 (1992): p. 197. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17147>

⁴⁶ La explicación de esto se reconduce a tomar en consideración que la gestión privada de los servicios públicos no se debe solo a la materia de la que se trate, sino también a tomar en cuenta, a quien se le otorga dicha atribución. Es decir, la aplicación del derecho administrativo quedaba condicionada a que los daños hayan sido causados a raíz de la prestación del servicio y en virtud del ejercicio del poder público (una prerrogativa pública). Arrêt Blanco, p. 31.

⁴⁷ Arrêt Blanco, p. 29 y 30.

⁴⁸ Jesús Leguina Villa afirma que la responsabilidad estatal no solo se circunscribe a las controversias entre los ciudadanos y el Estado, sino también, a aquellas entre Estados o entre ciudadanos e instituciones de una comunidad más grande como la europea. Leguina Villa, “Origen y Evolución”, p. 4.

En efecto, el Estado italiano no cumplió con ejecutar las medidas de aplicación dentro del plazo estipulado; sin embargo, el Tribunal de Justicia, aclaró que, ello no lo convertía en un sujeto obligado a prestar las garantías, tomando en cuenta que las disposiciones de la Directiva no precisaban quien era el obligado a asumir dichas garantías. Lo que sí resultaba claro, es que los Estados miembros respondían por el incumplimiento de las obligaciones que les concernían en virtud del Derecho Comunitario, pues de otro modo, "la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro"⁴⁹.

Ello, también encontraba asidero en el art. 5⁵⁰ del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) que comprometía a los Estados a adoptar todas las medidas generales y particulares que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones.

De este modo, la sentencia de 1991 determinó los requisitos suficientes⁵¹ que debían cumplirse para que los particulares puedan obtener un derecho de indemnización a su favor, y los Estados reparasen las consecuencias de los perjuicios causados en el marco de sus normas internas, quedando de esta forma, consagrado el principio de responsabilidad patrimonial del Estado.

Como bien se advierte, en esta última etapa, el principio de responsabilidad del Estado fue trazando sus elementos más esenciales, encontrando un campo mayor de expansión, que iba desde el incumplimiento de los deberes estatales tanto a nivel interno como externo, hasta llegar a fijar criterios de responsabilidad según el funcionamiento de los servicios (públicos) que se prestasen. Poco a poco y en los últimos tiempos, el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado ha empezado a tejerse bajo dos sistemas claramente diferenciados, que serán acogidos según la importancia que cada realidad jurídica otorgue a los presupuestos de carácter subjetivo; por un lado, aquel que recae exclusivamente en la culpa, vale decir, el autor del daño responde solo y porque el mismo se ha producido por su culpa⁵²; y, el objetivo, cuya finalidad

⁴⁹ Considerando 33. Sentencia Francovich de 19 de noviembre de 1991.

⁵⁰ Artículo 5: Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente.

⁵¹ Según el considerando N° 40 de la Sentencia Francovich: El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Y, por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

⁵² José Luis Concepción Rodríguez, *Derecho de daños / José Luis Concepción Rodríguez*. 2a ed., corr.ampl. y act. Barcelona: Bosch, 1999, p.39.

no es sancionar al autor del daño, sino poner énfasis en el resultado de la conducta más que en la propia conducta.

En síntesis, el tránsito que el principio de responsabilidad patrimonial del Estado ha tenido a lo largo de la historia, ha sido desafiante, dado que en sus inicios no existían reglas normativas que permitieran sustentar este tipo de responsabilidad, y cuando estas empezaron a proyectarse con las primeras sentencias emitidas en el continente europeo, ha resultado complejo conseguir cristalizar un esquema práctico y eficiente. Por estas razones, es necesario conocer en primer término, las categorías jurídicas que conforman la responsabilidad patrimonial a fin de delimitar de manera correcta sus alcances, pues solo así podremos lograr obtener un sistema normativo eficaz.



Capítulo 2

¿Qué es la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública?

2.1 Aspectos generales

Para entender cuál es la finalidad que sustenta la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, primero hay que determinar el concepto de responsabilidad, enseguida los distintos elementos que construyen dicho concepto; de este modo, podremos comprender cuál es la naturaleza y esencia sobre la que se funda esta figura.

2.1.1 *Concepto*

El concepto de responsabilidad siempre ha sufrido profundas transformaciones con el fin de obtener una formulación unánime aprobada a nivel doctrinal y jurisprudencial. A pesar de que los esfuerzos no han sido suficientes hasta el día de hoy, diversos autores han presentado distintos conceptos que han terminado por delimitar los presupuestos que hoy en día definen a dicha institución jurídica.

El Diccionario de la Real Academia Española⁵³ expone como una de las acepciones de responsabilidad aquella deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Asimismo, se le define como aquella capacidad *existente* en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

Para BESALÚ PARKINSON, etimológicamente la palabra "responsable" significa "el que responde"; por ello, este concepto se vincula con el de reparación que implica que el daño va ser soportado por quien lo causó y no por la víctima⁵⁴.

A su vez, JORGE ADAME⁵⁵, afirma que la palabra "responsabilidad" deriva del verbo "responder". Como primera noción explica que la responsabilidad ocurre cuando una persona, dueña de sus acciones, ha de dar cuentas a otras por el incumplimiento de sus deberes y las consecuencias que derivan de ello. Por ello, para la existencia de la responsabilidad son necesarias dos personas: quien acciona una conducta incumpliendo un deber; y una segunda, quien sanciona el incumplimiento y se lo imputa a la primera.

REGLERO CAMPOS, sin embargo, considera que la "responsabilidad es imputación", ya que, el sujeto es responsable cuando incumple con un deber, una obligación o cuando causa un

⁵³ Diccionario de la Lengua Española.

⁵⁴ Aurora Besalú Parkinson, "La Responsabilidad Civil: Tendencias Actuales. La Experiencia Argentina y Su Posible proyección Al Derecho Mexicano". *Boletín Mexicano De Derecho Comparado* 1 (91), p- 54. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3525>

⁵⁵ Lucía Alejandra Mendoza Martínez, La acción civil del daño moral, (México: Repositorio Universitario Jurídicas, 2014), p. 4. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12532>

daño, pero siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable. De esta forma la responsabilidad descansa sobre un determinado título de imputación⁵⁶.

DE TRAZEGNIES, sugiere por su parte, que la responsabilidad civil es un mecanismo que persigue, ante todo, reparar económicamente el daño, y la forma en que se consigue es mediante el traslado de la carga económica a otro u otros individuos⁵⁷.

Finalmente, ESPINOZA ESPINOZA, aporta una definición de carácter procesalista, manifestando que se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente al autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado⁵⁸.

Como vemos, en los últimos tiempos, la noción de responsabilidad ha experimentado una evolución notable, adquiriendo una importancia significativa en el ámbito jurídico. Considerando que el objetivo fundamental del derecho siempre ha sido buscar la compensación y reparación de los posibles daños que puedan surgir, la responsabilidad patrimonial no es más que un instrumento jurídico que, a través de un vínculo de causalidad, une al autor de un daño con su respectiva víctima. Esto se realiza mediante un criterio de imputación, ya sea subjetivo u objetivo, permitiendo así la indemnización por los diversos tipos de daños ocasionados, en aplicación de los principios de justicia y equidad que se encuentran orientados al bien común.

2.2 Requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial

Comúnmente se consideran como elementos constitutivos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial: la acción u omisión, es decir una conducta o comportamiento, o la omisión de este, la existencia de un daño injusto, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y la existencia de criterios de imputación.

2.2.1 La conducta

Para que exista un daño, evidentemente, es necesaria la existencia de una conducta precedente (activa u omisiva) de la cual se derive. Esta conducta debe ser lo suficientemente relevante como para producir un resultado negativo, y, por ende, lesionar bienes o intereses ajenos.

Con frecuencia, la doctrina ha atribuido a la conducta causante del daño, el carácter de lesiva o ilícita, sugiriendo que nos encontramos a una conducta ilícita cuando esta es llevada a

⁵⁶ Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio. *Lecciones de responsabilidad civil / editado por Luis Fernando, Reglero Campos ... [et al.]*. (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), p. 34.

⁵⁷ Fernando De Trazegnies Granda., *La responsabilidad extracontractual: Arts. 1969-1988. T. I*, (Lima, Repositorio Institucional PUCP, 7ma edición, 2001): p. 47.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/74>

⁵⁸ Juan Espinoza Espinoza. *Derecho de la responsabilidad civil / Juan Espinoza Espinoza. 7a ed.* (Lima: Editorial Rodhas, 2013) p. 46.

cabo con culpa, es decir, con voluntad de actuar contrariamente a lo prescrito por la norma. No obstante, se dice también que podría existir ilicitud al margen de la intencionalidad, puesto que, la ilicitud siempre está tutelada por la norma, y se configura cuando el agente no toma los cuidados necesarios. A esto, se suma el hecho de que una conducta lesiva podría surgir también por la realización de hechos per se, riesgosos o peligrosos⁵⁹.

En esa misma línea, otros autores mencionan que, lo importante es que se trate de una conducta voluntaria que trasgreda un mandato imperativo establecido por la ley: el no dañar a nadie, llevada a cabo tanto de manera positiva u omitiendo una acción debida, pero de ninguna forma puede asimilarse a aquellas conductas relativas a la esfera del derecho penal, que vienen previamente positivizadas a través de mandatos generales. Sin embargo, en el campo de la responsabilidad civil no existiría una lista o catálogo de conductas⁶⁰.

Otro sector de la doctrina señala que la conducta o hecho generador no tiene ninguna connotación jurídica, y solo se refiere a aquel evento fáctico al que causalmente puede vincularse un daño⁶¹.

Compartimos esta última posición, toda vez, que la connotación de "injusto", como veremos más adelante, debe ser atribuida al segundo y más importante elemento del esquema de responsabilidad: el daño, que es consabido deriva de una conducta activa u omisiva que al materializarse afecta el bien jurídico de terceros, ocasionando un menoscabo en la naturaleza de las cosas. Además, esta acción u omisión debe ser imputable a alguien, de lo contrario, carecería de relevancia jurídica.

2.2.2 *El daño*

Otro elemento que configura la relación jurídica de responsabilidad patrimonial y quizá el más importante, es el daño. Y es que, producto del acaecimiento de un hecho (positivo u omisivo), resulta un perjuicio o evento dañoso, que importa la afectación de bienes o intereses, que como veremos, más adelante pueden ser morales o patrimoniales, respecto de un sujeto de derecho, pero que, en todo caso, deben ser jurídicamente tutelables⁶².

⁵⁹ Mendoza Martínez, "La acción civil", p. 13.

⁶⁰ Guillermo Orozco Pardo, "La teoría general de la responsabilidad civil aplicada al campo de la informática como actividad de riesgo", *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, N° 9-11, 1996 (Ejemplar dedicado a: II Congreso Internacional de Informática y Derecho. Actas (volumen I)), p. 349 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=248759>. El autor agrega que, en este campo, el civil, lo que si hace el derecho es señalar las causas que podrían eximir de responsabilidad al autor del daño.

⁶¹ Gastón Fernández Cruz, *Introducción a la Responsabilidad civil: lecciones universitarias*, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019), p. 55. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170701>

⁶² Por derecho jurídicamente tutelable se entiende aquel cuya lesión otorga a su titular una pretensión invocable ante los Tribunales. Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio, "Lecciones", p. 35.

La Real Academia Española (RAE), define al término “daño” que proviene del latín *damnum* como el efecto de dañar, es decir, el delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena.⁶³

ZANONNI, por su parte, sugiere que el término daño es “apto para designar todo menoscabo patrimonial y no patrimonial”. El primero “vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio”, entendido este como una universalidad constituida por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona⁶⁴; en tanto que el segundo, conocido como daño extrapatrimonial, está relacionado con el daño moral y daño a la persona.

ESPINOZA ESPINOZA, asevera que “el daño no puede ser entendido sólo como la lesión de un interés protegido por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”⁶⁵.

Doctrinarios nacionales como, TABOADA CÓRDOVA reflexionan sobre el daño, anotando que, en un sentido amplio abarca a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, protegido por el ordenamiento jurídico. Seguidamente expresa que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal⁶⁶.

De todo ello, podemos colegir al daño como aquel detrimento o menoscabo que sufre una persona en un bien o interés jurídicamente protegido como consecuencia de un acto lesivo, y que puede ser de carácter patrimonial o no patrimonial, lo que obliga a la reacción de su titular a través de las correspondientes acciones resarcitorias sean estas judiciales o extrajudiciales.

2.2.2.1 Requisitos para la configuración del daño. La doctrina predominante señala que el daño para ser resarcible debe reunir cuatro requisitos: debe ser cierto, subsistente, especial y concreto, e injusto⁶⁷. En primer lugar, se considera que el daño debe ser cierto, tanto en el plano fáctico, como lógico, haciendo referencia tanto al daño como evento y al daño como consecuencia, respectivamente. El daño evento es un resultado material o jurídico que se concreta en la lesión de un interés tutelado, mientras que el daño consecuencia, es el conjunto

⁶³ Diccionario de la Lengua Española.

⁶⁴ Mendoza Martínez, “La acción civil”, p. 16.

⁶⁵ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad*, p. 252.

⁶⁶ Lizardo Taboada Córdova. *Elementos de la responsabilidad civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual* /Lizardo Taboada Córdova. 2a ed. (Lima, Perú: Grijley, 2003): p. 34

⁶⁷ Fernández Cruz, *Introducción a la Responsabilidad*, p. 54.

de efectos perjudiciales que han tenido lugar con ocasión del daño evento⁶⁸, no teniendo cabida el sustento en hipótesis o suposiciones⁶⁹.

Asimismo, el daño debe ser subsistente, lo que significa que no debe haber sido objeto de reparación por cualquier otra vía; de ahí que, por ejemplo, el NCPP para evitar el doble pago por la misma obligación, en el artículo 106 ha establecido que la constitución en actor civil del agraviado impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extra penal; puesto que a nadie se le puede permitir enriquecerse a expensas de otro.

Igualmente, el daño debe ser especial y concreto, es decir, debe afectar un interés que pertenezca a un sujeto o a una colectividad⁷⁰; o, dicho de otro modo, debe existir una víctima a la cual haya que reparar. Ello, tiene sentido en la medida que, de no haber sido reparado el daño, resulta totalmente justo que la víctima, continúe en la búsqueda de protección jurídica a efectos de ser compensada y las cosas regresen a un estado anterior.

Por último, se dice que el daño debe ser injusto⁷¹, ya que únicamente un daño injusto (antijurídico) faculta a la víctima a activar los mecanismos de tutela resarcitoria sobre los que está autorizado; en otras palabras, estamos frente a un daño injusto cuando la víctima no tiene un deber de soportarlo⁷².

Así también, tradicionalmente se ha calificado a una conducta como antijurídica cuando trasgrede o es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, cuando lesiona un interés protegido por el Derecho. Sin embargo, es necesario precisar que la antijuridicidad no solo implica la contravención del ordenamiento jurídico, (entendido en un sentido amplio y ya no solo de una norma jurídica en particular)⁷³, sino también, la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo

⁶⁸ Gastón Fernández Cruz. «La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños». *Advocatus*, n.º 031 (junio) (2015), p. 328. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4370>

⁶⁹ Elena Vicente Domingo considera que la certeza del daño también está ligada a su capacidad de probanza. Por ello, menciona que cuando un daño no se prueba como cierto, entonces no es reparable. Pero a su vez, explica que esta necesidad puede quedar diferida en el tiempo, toda vez que, en ocasiones puede no ser necesario que sean probados al momento de ocurrir el supuesto de hecho. En Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio, “*Lecciones*”, p. 73.

⁷⁰ En el proceso civil se habla de la existencia de un interés individual, colectivo y difuso. La diferencia entre los intereses difusos y colectivos estriba en la indeterminación de los sujetos en estado de necesidad de tutela jurisdiccional; de manera que, una asociación, por ejemplo, acudiría a un órgano judicial, en base a una lesión a un interés colectivo, al estar concretamente organizada y determinada como tal. Para mayor profundización: Alexander Rioja Bermudez, *El Interés Difuso* (blog), 22 de agosto de 2013, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/08/22/el-interes-difuso/>

⁷¹ Un daño injusto es más fácil de detectar en el ámbito de la responsabilidad contractual, en tanto proviene del incumplimiento de una obligación previamente pactada, mientras que en el campo de la responsabilidad extracontractual el análisis será muchos más complejo.

⁷² Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio, “*Lecciones*”, p. 35.

⁷³ Extendiendo el término norma en particular, cabe acotar que este no se restringe a un precepto legal en un sentido propio, sino que, comprende, además, la formulación de carácter general que establece la prohibición de causar daño a otro u otros.

carente de justificación que trascienda en la esfera jurídica ajena⁷⁴. De ahí que se afirme que “el contenido de la antijuridicidad implica un desvalor de resultado -principal- y un desvalor de acción secundario”⁷⁵.

En concreto, la antijuridicidad agregada al análisis del daño, resulta ser un aspecto fundamental por cuanto el daño solo podrá ser injusto en la medida que provenga de una conducta que no sea amparada o autorizada por los límites que establece el ordenamiento jurídico en su sentido más amplio. Por el contrario, si el daño es resultado de una conducta que trasgreda lo permitido por el Derecho, y que la víctima no debe haber sufrido, con toda seguridad posibilitará que esta active los mecanismos de tutela judicial efectiva.

2.2.2.2 Clases de daños. Ante todo, cabe señalar que aun cuando puedan existir diversas clases o tipos de daños, lo que interesa para efectos jurídicos son los daños sujetos a resarcimiento, pues, existen daños que, a pesar de haberse acreditado su existencia, no son materia de resarcimiento o reparación, como es el caso de los supuestos previstos por el artículo 1971 del CC, es decir, de los daños justificados.

Ahora bien, en la doctrina existe unanimidad en que, según su naturaleza los daños se pueden clasificar en daños patrimoniales o extrapatrimoniales. Los primeros aluden a aquellas lesiones que afectan el patrimonio del sujeto (derechos de naturaleza económica), es decir, a aquellas lesiones que “recaen sobre un interés ajeno susceptible de valoración pecuniaria caracterizado por su exterioridad y por su aptitud para satisfacer necesidades económicas humanas”⁷⁶, mientras que los segundos abarcan todas aquellas afectaciones a la integridad del sujeto, es decir a los bienes y derechos personales que no son susceptibles de valoración económica ni responden a una necesidad pecuniaria⁷⁷.

Bajo este enfoque, en lo concerniente al daño patrimonial se pueden distinguir dos categorías: daño emergente y lucro cesante. Por daño emergente se entiende al perjuicio o pérdida del patrimonio efectivamente padecido o sufrido, es decir, se trata del coste de reparación del daño y de los gastos que se ha incurrido con ocasión de dicho perjuicio. Por lo tanto, estos daños existen en la medida que se puedan acreditar⁷⁸. Por ejemplo, cuando a causa de un accidente una persona destruye el vehículo de otra, a través del cual, esta realizaba servicio de taxi. El monto que tendría que pagarse correspondería al valor del vehículo al

⁷⁴ Jose Manuel Busto Lago, “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”, (Tesis Doctoral, Universidad de La Coruña, 1995). p. 68. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18295>

⁷⁵ Busto Lago, “La antijuridicidad”, p. 68

⁷⁶ Maita María Naveira Zarra, “El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual”, (Tesis Doctoral, Universidad de La Coruña, 2004): p. 56. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131>

⁷⁷ Naveira Zarra, “El resarcimiento”, p. 74.

⁷⁸ Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio, “Lecciones”, p. 75.

momento del daño. El lucro cesante por su parte, viene a ser la renta o ganancia frustrada (futura) o dejada de percibir. Siguiendo el ejemplo aludido, el dinero que la persona que realizaba servicio de taxi, dejaría de percibir al no tener vehículo durante todo ese tiempo.

Por otro lado, en cuanto al daño extrapatrimonial existe en la doctrina gran discusión y debate, pues para algunos la única categoría de este daño es el daño a la persona pero para otros existen dos categorías: el daño moral y el daño a la persona. Respecto al primero, se asume como una lesión a los sentimientos de la víctima que le produce un gran dolor y aflicción; por su parte, el daño a la persona se produce cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicobiológico y/o proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado.

FERNÁNDEZ CRUZ⁷⁹, ha sustentado correctamente una relación de género-especie entre el daño a la persona y daño moral, sobre la base de tres criterios diferenciadores: 1) el daño moral siempre será un daño interno imposible de ser valorado económicamente, por lo que para su evaluación únicamente es posible recurrir a un criterio de estimación⁸⁰; 2) la causa atributiva del daño será siempre jurídica, toda vez que, a través de la norma se le otorgará efectos resarcitorios y se definirán los límites y los alcances del mismo⁸¹; 3) tal como había sido señalado, el daño moral en su ámbito restrictivo es per se, transitorio.

En la misma línea se pronuncia la jurisprudencia nacional a través de la Casación N°1529-2007- Lima⁸², que postula lo siguiente: “El daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental de sujeto, resultando así una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, siendo un daño radical, continuado, que acompaña al sujeto durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su “manera de ser”.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista consideramos que se trata de dos categorías independientes, en consonancia con lo preceptuado en el artículo 1985 del Código Civil (en adelante CC) que establece: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el

⁷⁹ Francisco Chuquicallata Reátegui, “Diferencias entre daño a la persona y daño moral”, por Gastón Fernández Cruz [Video], 21 de octubre de 2019, <https://lpderecho.pe/diferencias-dano-persona-dano-moral-gaston-cruz/>

⁸⁰ El daño moral es tanto daño como el daño patrimonial y su reparación no supone ni la imposición de un “plus” de condena al autor, ni tampoco una duplicidad de indemnizaciones, pues ambos, daño patrimonial y daño extrapatrimonial, son perfectamente compatibles y ambos pueden producirse conjuntamente dependiendo de un hecho único. Natalia Álvarez Lata y Juan Manuel Bádenas Carpio, “Lecciones”, p. 78.

⁸¹ El artículo 1984° del Código civil peruano establece que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

⁸² Casación N°1529-2007- Lima

daño moral (...)”. De cuya redacción advertimos que el daño a la persona y el daño moral se enuncian como categorías distintas, siendo compatible con una idea de concepto general y un subtipo de dicho concepto.

Como corolario, podemos colegir que el daño es uno de los presupuestos más importantes para el juicio de responsabilidad y se instituye como una *conditio sine qua non*, que, bajo determinadas condiciones, genera el nacimiento del deber de compensación, que se ve reflejada en la entrega de una cantidad pecuniaria o de otro tipo.⁸³

2.2.3 *El nexo de causalidad*

Un tercer elemento que forma parte del análisis de determinación de responsabilidad es el nexo o relación de causalidad, el cual se define como aquel vínculo que surge entre la conducta (hecho generador) que ha sido determinante y el daño propiamente dicho, vale decir, funge como un elemento que permitirá identificar al causante o autor del daño, y de otro lado, permitirá fijar los alcances de la indemnización.

Así lo entiende BELTRÁN PACHECO al afirmar que, la relación causal, cumple dos funciones principales: “a) Entre una serie de hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño cuál es aquel que lo ocasionó (causa) y b) Entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados cuáles merecerán ser redistribuidos”⁸⁴.

Empero, con el afán de proveer de criterios que permitan sustentar una relación de causa y efecto entre el daño generado y el agente generador, han ido apareciendo distintas teorías causalistas, cuya elaboración data de años anteriores a este siglo, y que hoy en día, muchas de ellas han sido recogidas en diversas codificaciones occidentales.

Entre las teorías más conocidas y difundidas en materia de responsabilidad civil la doctrina las ha dividido en dos grupos. Por un lado, las teorías individualizadoras, que intentan discriminar y encontrar una sola causa que sustente la producción del daño; mientras que, el segundo grupo, el de las teorías totalizadoras, pretende agrupar un conjunto de causas concurrentes sobre las cuales descansa el llamado vínculo de causa-efecto.

⁸³ Como la vinculada a los derechos humanos, fruto de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Barrios Altos, sentencia del 17 de noviembre de 2004), que amplió los criterios de reparación a otros espacios como aquellos de impedir que queden impunes los crímenes de lesa humanidad. De ahí que, el cuestionamiento a las amnistías e indultos y una forma de reparar el daño a los familiares de las víctimas, es el derecho a la verdad, obligación del Estado de hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares o que los funcionarios del Estado, reconozcan públicamente la responsabilidad del Estado por actos de sus agentes, pidiendo en su representación perdón o disculpas con el propósito de que esos execrables hechos no vuelvan a ocurrir y como un desagravio a las víctimas, el mismo que deberá realizarse en presencia de éstos. Como ejemplo, existe la sentencia Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, fundamento 2434.

⁸⁴ Jorge Alberto Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”, *Derecho & Sociedad* 23 (2004): p. 260. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891>

2.2.3.1 Teorías individualizadoras

- a) **Teoría de la causa próxima.** Se trata de una teoría propuesta por el filósofo y abogado inglés Francis Bacon, según la cual, la causa determinante del daño es la más cercana temporalmente a la realización del mismo⁸⁵. Por ende, aquel evento inmediato anterior será considerado como el único factor generador y responsable del resultado negativo, mientras que los otros hechos influirían como simples condiciones.
- b) **Teoría de la causa eficiente.** Según esta teoría, dentro del conjunto de eventos conducentes a la producción del daño, el que tenga mayor eficacia, desde un punto de vista cualitativo, será el que adquiera mayor relevancia y, por tanto, el que será elevado a categoría de nexo causal.

Sobre este punto, destaca el aporte del alemán J. Kohler⁸⁶, quien, sustentando esta teoría, alude a la existencia de dos tipos de condiciones para efectos de la determinación del daño. Por un lado, se habla de las condiciones estáticas, que son aquellas que actúan de una manera neutral, sin impedir o facilitar un resultado, y por otro, se hace referencia a las condiciones dinámicas, a través de las cuales se facilita la producción de un resultado; siendo dentro de este último grupo, donde encontraríamos a la causa o hecho determinante.

Similar análisis realiza STOPATTO, quien distinguió tres tipos de supuestos en el análisis de la relación causal “(i) la causa, que es antecedente generador de un resultado; (ii) la condición, que es aquel elemento que solo facilita la producción del resultado; y (iii) la ocasión, que constituye un hecho que solo se presenta circunstancialmente”⁸⁷.

- c) **Teoría de la causa preponderante.** Reconoce esta teoría que, la causa de un hecho, será aquella que, en términos cuantitativos, ofrezca un mayor peso a la consecución del resultado; en otras palabras, aquel acto que haya tenido un rol más activo en la determinación del daño. Sin embargo, esta teoría también ha sido objeto de crítica al señalarse que: «en efecto, la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible, para atribuir a una condición per se un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico»⁸⁸.

⁸⁵ Se piensa que, respecto a la responsabilidad por inexecución de obligaciones, en el Perú se ha adoptado la teoría de la causa próxima, en razón de que, el artículo 1321 establece lo siguiente: “(...) *El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución* (...). Hilario Leysser Leon, “Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual”, *Biblioteca Digital Academia de la Magistratura* (2016): p. 85. <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/714>

⁸⁶ Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal”, p. 260.

⁸⁷ Goldenberg citado en Fernández Cruz, *Introducción a la Responsabilidad*, p 131.

⁸⁸ Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal”, p. 261

d) Teoría de la causa adecuada. A diferencia de lo que postulan las teorías precedentes, la teoría de la causa adecuada, cuya concepción se atribuye al alemán Johannes von Kries⁸⁹, prioriza los criterios de razonabilidad y probabilidad en el análisis de la responsabilidad. Ello implica que, un hecho ocurre a causa de otro, cuando con regularidad y normalidad, este último aparece como consecuencia lógica y necesaria de aquel⁹⁰. Por ello, TRAZEGNIES GRANDA sugiere que, esta *teoría debió denominarse más propiamente como la de la causa normal de un hecho*⁹¹.

Conviene subrayar, que esta tesis, propone un método de análisis denominado “método de la prognosis póstuma”, que consiste en determinar ex post facto, la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes. Se trata entonces, de un juicio de idoneidad, efectuado en un marco de abstracción, en el que una acción en un escenario de condiciones totalmente normales y de la vida diaria, produciría usualmente un determinado resultado⁹².

Ahora bien, esta teoría, aparentemente, se manifiesta de una forma más completa que las otras, al presentar un método de análisis llevado a cabo por etapas, con prescindencia de sucesos singulares; no obstante, también, es posible advertir que este planteamiento podría verse afectado, sobre todo cuando, la aparición de un daño obedezca a situaciones totalmente atípicas o anormales, es decir, fuera de lo común, y que no permitan por lo tanto, atribuir una relación de causalidad al generador del hecho. La realidad ha demostrado, que no todos los daños, se producen por repetición de hechos, o no todos los daños, tienen antecedentes comunes, por lo que, cuando esto último ocurra, ya no sería posible recurrir a la experiencia para fundamentar este tercer elemento de orden fundamental.

2.2.3.2 Teoría totalizadora o teoría de equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*. En virtud de esta teoría, se asume que no solo una de las causas intervinientes será elegida como determinante del daño, sino que, todas las causas vinculadas serán consideradas relevantes para la producción del mismo; lo que evidencia que cada una de ellas, surge como condición de la siguiente, generando una cadena de hechos, que desencadenan el hecho dañoso.

Pues bien, aunque esta hipótesis, en cierto modo, resulte lógica y razonable, en otro extremo, es posible señalar lo insuficiente que resulta sostener que todo el conjunto de actos vinculados con un hecho dañoso, puedan considerarse relevantes a efectos de elevarlos a una

⁸⁹ Leysser Leon, “Responsabilidad Civil”, p. 85

⁹⁰ Fernández Cruz, “Introducción a la Responsabilidad”, p.132.

⁹¹ De Trazegnies Granda., “La responsabilidad”, p. 314.

⁹² Fernández Cruz, “Introducción a la Responsabilidad”, p. 132.

categoría de nexo causal, toda vez que, no siempre todos los hechos que intervienen participan con igual importancia⁹³. Inclusive, el acto mismo de realizar la búsqueda de todas las fuentes generadoras podría resultar infructífero, al convertirse en una labor infinita, y de nunca terminar, sin finalmente lograr concretar el juicio de responsabilidad.

En atención a lo expresado ut supra, es preciso señalar que, si bien se han elaborado diversas teorías que pretenden ser una guía para identificar el elemento que será considerado como relación causal, también lo es, que, hoy en día, ninguna de estas tiene una aceptación mayoritaria, por lo que, cada ordenamiento jurídico⁹⁴ ha decidido qué tipo de relación causal exige para definir el vínculo evento daño - autor, que permita imputar responsabilidad, y consigo, se generen las consecuencias jurídicas correspondientes.

Por otro lado, es preciso señalar que, en el marco de una relación causa - efecto, puede existir un conflicto entre diversas conductas sobre la producción de un daño, de modo tal que, solo una de ellas habrá sido la verdadera causante del mismo, a la cual habría que denominarle causa ajena. Bajo este supuesto, lo que ocurre es un quiebre del nexo existente entre el que era considerado inicialmente como hecho determinante del daño y el daño ocasionado. Por lo tanto, aparece un fenómeno definido como fractura del nexo causal⁹⁵ que excluye la acción de reparación y también deberá tomarse en cuenta en el análisis de causalidad.

Para finalizar, cabe indicar que, no bastará con determinar que una conducta ha causado físicamente un daño, sino que, también será necesario establecer que dicha conducta abstractamente considerada ha sido capaz de producir ese daño de acuerdo con el curso ordinario y normal de los acontecimientos.

2.2.4 Los criterios o factores de imputación

Como ya hemos explicado en los puntos anteriores, para que se configure un supuesto de responsabilidad patrimonial es necesario la concurrencia de determinados requisitos: la conducta antijurídica del autor o coautores, el daño causado a la víctima o víctimas, la relación de causalidad y finalmente los factores de atribución. La importancia de esta categoría radica en vislumbrar a quien se le trasladará el peso económico del daño, cerrando de este modo, el

⁹³ Fernández Cruz, "Introducción a la Responsabilidad", p. 129

⁹⁴ El Código Civil Peruano, acoge la teoría de la causalidad adecuada cuyo artículo 1985 establece: "*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)*"

⁹⁵ Este fenómeno conocido como fractura del nexo causal, que implica que no deba existir ninguna acción reparatoria de por medio, será objeto de análisis en el capítulo dedicado a la revisión de la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú.

juicio de responsabilidad, habiendo encontrado al responsable y decretando la forma y tiempo en que se asumirá el coste del daño, por lo cual la víctima podrá ver satisfecho su derecho.

En ese sentido, históricamente, la culpa ocupó un lugar preeminente en el desarrollo de la responsabilidad extracontractual, al ser el criterio decisorio y único bajo el cual se sustentaba la imposición de una obligación compensatoria. En los orígenes de esta figura jurídica en Roma y luego, en la legislación francesa, influenciada por los valores éticos y morales de la época, este elemento admitía cierta graduación en su evaluación, lo que, a su vez, permitía intuir si las circunstancias del caso exigían o no una prueba más sólida que sustente la compensación del daño.

Bajo este contexto, se advierte que durante mucho tiempo ha primado un sistema de atribución subjetivo, fundamentado en la sindicación de una conducta realizada con dolo o culpa por parte del agente, a través de un proceso de evaluación de la culpabilidad del sujeto, que, en pocas palabras, presupone un juicio de valor sobre dicha conducta⁹⁶.

Sin embargo, hoy en día, el mejor camino para comprender la temática de los factores de atribución nos parece es el indicar en primer lugar que hay dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual en la legislación comparada y en la doctrina universal: el sistema subjetivo y el sistema objetivo. Cada uno de ellos construido o fundamentado sobre diferentes factores de atribución razón por la cual reciben el nombre de factores de atribución subjetivos y objetivos.

El CC peruano acoge ambos sistemas. El sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969 cuyo texto señala lo siguiente: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. En tanto el sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970 cuando dice: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, será obligado a repararlo”.

Como se podrá apreciar fácilmente el sistema subjetivo de responsabilidad civil se construye sobre la culpa del autor, constituyendo este el factor de atribución subjetivo. Obviamente culpa en sentido amplio que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima.

En pocas palabras, el sistema subjetivo, por ende, se estructura sobre la base del dolo y la culpa como criterios de imputación. ESPINOZA ESPINOZA, por un lado, define a la culpa como

⁹⁶ Uriburú Bravo. *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano*, p. 122

una ruptura o contravención a un estándar de conducta relacionado con la conciencia social⁹⁷ y por otro, define al dolo como “aquella voluntad del sujeto de causar un daño”⁹⁸. Frente a ello, podríamos complementar esta última definición, agregando que el dolo no solo consta de un elemento volitivo, sino también incluye un factor cognoscitivo por parte del sujeto con el fin de causar o generar un daño, es decir, involucra un conocimiento acerca de la acción que se está realizando y sus futuras consecuencias⁹⁹. Asimismo, otros autores suelen hacer referencia a distintos tipos de culpa: culpa *in concreto* o *in abstracto*¹⁰⁰, la culpa leve o culpa grave¹⁰¹, o a graduaciones de la culpa, como la negligencia, la impericia o la imprudencia¹⁰².

Pues bien, la noción de culpa exige no solo que se haya causado un daño a la víctima, sino que en el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor, caso contrario por más que se acredite el daño y la relación causal, no habría responsabilidad civil extracontractual del autor. La culpa es pues el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil y es por ello que dicha exigencia fluye claramente del artículo 1969 del acotado.

Sin embargo, ante la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del mismo, la doctrina moderna y en tal sentido nuestro CC, ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor, lo cual por regla general es bastante difícil, sino que corresponderá a este último demostrar su ausencia, conforme fluye claramente del artículo 1969 “(...). *El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”.

Por otro lado, el sistema objetivo de responsabilidad es un sistema que surge a raíz de las crecientes innovaciones tecnológicas y del desarrollo industrial a gran escala y se basa

⁹⁷ Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad*, p 164.

⁹⁸ Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad*, p. 169.

⁹⁹ Este planteamiento viene recogido de la doctrina penal, y lleva consigo, la extensión de múltiples categorías dentro del dolo, dependiendo del grado de probabilidad de la producción de un daño.

¹⁰⁰ La culpa *in concreto* enfatiza que para atribuir responsabilidad es necesario analizar tres circunstancias: las condiciones o características personales del agente, el tiempo en que se desarrolla el hecho y el lugar donde ocurre. En cambio, la culpa *in abstracto* busca atribuir responsabilidad sobre la base de una apreciación general y con relación a un parámetro de conducta previamente establecido. Fernández Cruz, *Introducción a la Responsabilidad*, p 147.

¹⁰¹ Se considera a la culpa leve como el no uso de una diligencia que es propia de las personas con capacidad media, mientras que la culpa grave hace referencia al no uso de una diligencia que corresponde a la mayoría de los hombres, es decir, quien ha tenido una conducta que no ha hecho lo que los hombres harían comúnmente. Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad*, p. 166.

¹⁰² Dentro de este grupo, se identifica a la negligencia que se corresponde con una falta de cuidado u omisión de conductas totalmente necesarias o esenciales, en comparación con la imprudencia que implica la realización de actos sin una previa reflexión, es decir temerarios o precipitados. La impericia, más bien, denota la mala ejecución de una actividad, pese a que, el sujeto habría sido preparado para su realización. Uriburú Bravo. *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano*, p. 123.

fundamentalmente en la noción de riesgo¹⁰³ creado (riesgo fuera de lo común, de lo ordinario), constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo, aunque otras tendencias hayan buscado fundamentar su uso en la creación de un "estado de peligro" (que estaría más enfocado a la evaluación de un resultado¹⁰⁴).

Además, el sistema objetivo de responsabilidad está conformado por tres presupuestos que le sirven de fundamento¹⁰⁵:

- a) Las situaciones de riesgo generan responsabilidad por los daños ocasionados, al margen de la conducta del agente o de que haya podido obtener un beneficio.
- b) Las situaciones de ventaja si generan un deber de compensación en virtud de un resultado favorable o un beneficio obtenido por el agente o su dependiente.
- c) Existen situaciones que también implican que se responda por los daños con motivo de estar establecidas expresamente por ley.

Aunado a ello, conviene precisar que el sistema objetivo de responsabilidad no entiende ni pretende que en los casos de daños causados a través de bienes o actividades riesgosas, no exista culpa del autor, pues ello sería absurdo e irreal, lo único que pretende es hacer total abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor, de modo tal que la existencia o no, sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse además, la relación causal, la calidad de bien o actividad riesgosa.

Por último, debemos tener en consideración que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier bien o actividad podría ser considerada como riesgosa; por ejemplo, el uso de un tenedor de mesa no puede ser considerado riesgoso si por las circunstancias de su uso anormal es utilizado para matar a una persona. En realidad, dicha calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso o realización normal y cotidiana suponga un riesgo adicional al común ordinario para todos los demás.

Asimismo, cabe tener presente que, el criterio objetivo no es sinónimo de absoluto, y no necesariamente deberá aplicarse para todos los casos. En ciertas circunstancias, pueden

¹⁰³ Según la DRAE El riesgo consiste en la contingencia o proximidad de un daño.

¹⁰⁴ Tal como lo expresa Espinoza Espinoza, la crítica a esta postura está dirigida a cuestionar el juicio ex post que deberá realizarse para calificar a una actividad como anormalmente peligrosa, pese a que, la calificación a partir de un factor de atribución de naturaleza objetiva se debe realizar ex ante, Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, p. 175.

¹⁰⁵ Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, p. 175.

aparecer eximentes de responsabilidad por los cuales, por ejemplo, los costes del daño permanezcan en la esfera jurídica de la víctima¹⁰⁶.

Para finalizar, y tras haber identificado los elementos que configuran una responsabilidad de tipo extracontractual, es preciso señalar que la concurrencia de todos estos elementos (conducta, daño, criterio de imputación, nexo de causalidad) es imprescindible para que finalmente se materialice la obligación de reparar los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Tarea compleja y que, deberá llevarse a cabo conforme a las reglas normativas vigentes y a las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean los hechos materia de análisis.



¹⁰⁶ Como ejemplo, podríamos mencionar que, en un accidente de tránsito, no se le puede imputar responsabilidad al conductor del vehículo que atropelló a un peatón cuando esta persona, decidió cruzar la calle cuando el semáforo se encontraba en luz verde.

Capítulo 3

La institución de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico peruano

Expuesto en el capítulo anterior los alcances de la responsabilidad extracontractual, corresponde ahora analizar, cómo surge la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico, cuál ha sido su desarrollo a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinario y, a su vez, examinar los principales fundamentos de esta figura a fin de brindar una apreciación clara sobre los aciertos y/o desaciertos que ha tenido la formulación positiva de esta institución y las modificaciones que podrían lograrse a partir de un estudio minucioso de esta figura.

3.1 Antecedentes

3.1.1 *La responsabilidad patrimonial del Estado en el Perú en los siglos XIX, y XX*

Durante el S.XIX¹⁰⁷ la teoría de la responsabilidad civil del Estado en el Perú no tuvo una definición clara. Por ello y en razón a que presentaba muchas dificultades en su contenido, la jurisprudencia administrativa y judicial se mantuvo ajena a impulsar su aplicación práctica, sobre todo, cuando se trataba de daños provenientes de revueltas y tumultos que el Estado no podía controlar¹⁰⁸. Sin embargo, los argumentos que manifestaban los ciudadanos destinados a imputar responsabilidad a la Administración surgieron bajo la idea de una responsabilidad vicaria contemplada en el artículo 2191° del Código Civil de 1852. Es decir, el Estado como principal, debía responder por los daños que se generen por los actos de sus dependientes o servidores.

No obstante, dicha tesis fue inmediatamente rechazada por dos ilustres fiscales del siglo XIX.: Manuel Toribio Ureta y José Gregorio Paz Soldán, ambos coincidían en sus dictámenes en dejar inmune al Estado argumentando que los daños producidos en medio de revueltas no obedecían a una actuación intencional por parte de este. En su caso, el primero, aseguró, que los actos del Estado se regían por el derecho público y que la acción de reclamación debía dirigirse únicamente contra los autores directos; incluso, afirmó que, si se aceptara la idea de hacerle responder en virtud del artículo 2191, el Estado sería exonerado al acreditarse que no

¹⁰⁷ En este apartado seguiremos a lo descrito por Fernando De Trazegnies Granda, “*La responsabilidad extracontractual: Arts. 1969-1988. T. II*, (Lima, Repositorio Institucional PUCP, 7ma edición, 2001): 659pp. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/41244>

¹⁰⁸ Una de aquellas revueltas nace a partir del Tratado Vivanco-Pareja con España que fue motivo de rechazo y de revueltas debido al repudio popular. Durante este tiempo se produjeron diversas manifestaciones contra el gobierno de turno a cargo del General Pezet, bajo el nombre de “Restauración de la Honra Nacional”, lo que provocó que el ejército restaurador logre tomar el poder en 1865 y con ocasión de la celebración, en el Callao se produjeron diversos disturbios y actos de saqueo afectando a distintas casas comerciales. De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, pp. 229 al 232.

pudo impedir la generación del daño, toda vez que, se trataba de hechos ocurridos en circunstancias de caso fortuito, que no generaban indemnización alguna¹⁰⁹.

Por su parte, PAZ SOLDÁN, afirmaba que “*el Estado ni nadie, según una regla de derecho está obligado a impedir las consecuencias remotas, ni a responder por ellas. La reparación de daños y perjuicios debe repetirse contra el causante*”¹¹⁰. Dejando claro que solo cuando se trataba de actos directos (actos de gobierno) e intencionales que provocasen perjuicios el Estado sería responsable; o, siempre que, los funcionarios hayan actuado en pleno cumplimiento de una orden o deber, o con motivo de actos oficiales.

Es a raíz de la revolución restauradora que causó muchos daños en Arequipa, lo que determinó que el gobierno de ese entonces promulgara un Decreto Supremo que abría la posibilidad de que se investigasen los hechos ocurridos y se pague una indemnización cuando se comprobara que los daños habían sido ocasionados por el bombardeo o por el arreglo de fortificaciones con motivo de la revolución propiciada por insurgentes. Sin embargo, en este último caso, en un dictamen de 1868, PAZ SOLDÁN indicó que esos pagos no eran un deber del gobierno sino un acto de mera benevolencia y que debían ser considerados como actos políticos de gracia¹¹¹.

Bajo este contexto no es ajeno pensar que, la cantidad de demandas que hubiera recibido el Estado con motivo de las afectaciones a la propiedad privada, hubieren sido infinitas, tomando en cuenta, además, la situación social que se vivía en aquellos tiempos; por lo que, los operadores jurídicos prefirieron evitarle un gasto dinerario excesivo al poder público, limitando o rechazando cualquier tipo de pretensión de esta naturaleza.

Vistas, así las cosas, se advierte que, en el siglo XIX durante la vigencia del Código Civil de 1852, primó la idea de que al Estado no se le puede exigir responsabilidad civil porque sus actos estaban protegidos por la inmunidad soberana. Se excluía de este modo la responsabilidad vicaria por lo actos de los subalternos, y siempre que el daño tenga una causa o finalidad privada la responsabilidad tenía que ser asumida por las personas naturales. Sin embargo, años más tarde, con la promulgación del Código Civil de 1936, la situación empezaría a tornarse más favorable para los particulares, en razón que las nuevas tendencias ratificadas posteriormente por diversas ejecutorias judiciales empezaron a acoger acciones indemnizatorias frente a daños a la propiedad privada por actos intencionales del Estado¹¹².

¹⁰⁹ De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, pp. 232 al 234

¹¹⁰ Alfredo Gastón citado en De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, p. 234.

¹¹¹ De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, p. 235

¹¹² De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, p. 239

Asimismo, se empezó a reconocer el derecho a una indemnización cuando los daños provenían de actos arbitrarios¹¹³, aunque solo se hubiere afectado un interés privado. En otros casos, también se responsabilizaba por los daños producto de una negligente ejecución de actos autorizados u ordenados por el gobierno, es decir, cuando se trataba de daños producidos en el ejercicio de sus funciones (sobre todo cuando se trataba de deficiencias en la seguridad pública), amparándose, no solo en el artículo 1136, sino también en el 1144¹¹⁴ del CC aludido.

Aunado a ello, el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos también fue otro rubro que generó la procedencia de una reparación indemnizatoria; de este modo, se rechazaba cualquier tipo de actuación estatal con un nivel o un estándar inferior a aquel razonable para cumplir con la calidad de los servicios brindados. A modo de ejemplo, se describe el caso de la señora Julia Jacob de Urquiaga quien demanda al Concejo Provincial de Trujillo, a fin de que se le indemnice por los daños producidos a sus fincas con ocasión de los desbordes de agua que se produjeron por las malas condiciones en que se encontraba el canal. La demandante acreditó las deficiencias del tubo colector del centro de la calle y si bien el Concejo Municipal se defendió argumentando que se cumplió con realizar la limpieza del canal, lo necesario para solucionar el problema consistía en realizar una reparación del sistema completo. El caso fue llevado hasta la Corte Suprema quien el 25 de octubre de 1949 confirmó la procedencia de una indemnización¹¹⁵.

Finalmente, se observa también que durante esos años se estableció una responsabilidad del Estado cuando se producía un daño, pero a raíz de actos propios de una gestión privada¹¹⁶, principalmente en temas de transporte o de daños a inmuebles vecinos.

De esta forma, se advierte que, la línea jurisprudencial del Código de 1936 marcó una drástica diferencia respecto a su predecesora, encontrando argumentos para despojar al Estado de su indemnidad soberana y convertirlo en responsable civilmente, independientemente de que se trate de daños procedentes de actos públicos o de actos privados, o que el evento dañoso nazca en la ejecución de aquellos, tendencia que se vio consolidada con el advenimiento del Código Civil de 1984.

¹¹³ El artículo 1136 perteneciente al Título IX Actos Ilícitos, del Código Civil de 1936 enunciaba lo siguiente: Cualquiera que, por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

¹¹⁴ Artículo 1144 del Código Civil de 1936: Todo aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que este irroge.

¹¹⁵ De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, pp. 244 y 245.

¹¹⁶ Al respecto, se menciona el caso de Enrique Trujillo Montesinos quien demandó al estado por los daños producidos al camión de su propiedad por una camioneta del Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Se comprobó que la camioneta no tenía frenos de pie y de mano y que el chofer un servidor del Estado viaja a una alta velocidad. En este caso se sanciona una responsabilidad doble: de manera directa por defecto del mantenimiento de la camioneta y de manera vicaria, por la imprudencia del chofer que estaba bajo sus órdenes. De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, pp. 245 y 246

Por esa razón, autores como DE TRAZEGNIES, afirmaron que la responsabilidad extracontractual del Estado venía consagrada en el Código Civil de 1984, principalmente en los artículos que abordan la responsabilidad por culpa (1969), la responsabilidad objetiva por riesgo (1970), la responsabilidad por daño causado a un animal (1979) o por la caída de un edificio (1980) y la responsabilidad vicaria del principal (1981)¹¹⁷. Para este autor, si las normas civiles no hacían distinción a los sujetos a quien se les debía aplicar dichos artículos, no había porque excluir a las entidades públicas. Por consiguiente, el artículo 1969 cubría los espacios de una responsabilidad por actos negligentes o imprudentes por parte del Estado, mientras que, en virtud del artículo 1970, se resguardaban los ámbitos de uso de bienes riesgosos o actividades peligrosas.

Al mismo tiempo, dicho jurista mencionaba que era posible recurrir tanto a la vía administrativa como a la vía civil para reclamar una reparación de esta índole. La elección de una u otra dependería del sujeto privado y de las pretensiones que tuviese. Sin embargo, el agotamiento de la vía administrativa no se constituía como requisito previo para acudir a la vía civil e interponer una demanda por daños y perjuicios¹¹⁸.

Más adelante este mismo autor, sería partidario de elaborar un artículo especial de la responsabilidad patrimonial del Estado dedicado a abordar temas como el deficiente funcionamiento de los servicios públicos, de los actos de la administración y los actos de los funcionarios. Sin embargo, se sugería que este artículo permaneciera en el ámbito de la normativa civil, pues “no se estaba creando un derecho nuevo, sino se trataba mostrar de una forma más evidente un derecho que ya existía conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual”¹¹⁹. Y si bien esto no fue objeto de debate por la Comisión Reformadora, proporcionó algunos indicios sobre la necesidad de realizar una construcción autónoma de dicha institución para terminar de delimitar su concepto y sus elementos.

Por lo demás, es evidente que, durante el siglo pasado en nuestro país, el CC se convirtió en una fuente invaluable para acudir a reclamarle directamente al Estado por los daños que este causara y por los que debiera asumir responsabilidad. Sin embargo, esta postura no sería compartida por un sector de la doctrina como ALTAMIRA GIGENA, quien sostenía que “la indemnización no se basa en las reglas del Derecho Civil, referentes a la responsabilidad por el hecho ilícito. Puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y representantes del Estado, pero esto no es esencial para que la indemnización tenga lugar. Esta corresponde sin necesidad de

¹¹⁷ De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, pp. 260 y 261

¹¹⁸ De Trazegnies, *La responsabilidad*, pp. 271 y 272

¹¹⁹ De Trazegnies, *La responsabilidad*, p. 228

tener aquello en cuenta y hasta por actos completamente legítimas¹²⁰. Posteriormente, este planteamiento encontraría respaldo en el desarrollo de una teoría de la responsabilidad del Estado en el ámbito administrativo.

3.1.2 *La responsabilidad patrimonial del Estado en el Perú en el siglo XXI*

Nuestro Estado de Derecho está conformado por cuatro ejes centrales: el principio de legalidad¹²¹, el principio de tutela judicial efectiva¹²², el de garantía patrimonial¹²³ y el de responsabilidad patrimonial del Estado, este último como manifestación específica de esta última garantía.

Pues bien, en nuestro país, actualmente, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública no cuenta con un reconocimiento constitucional como tal¹²⁴, y, tan solo contempla la posibilidad de indemnización en supuestos de expropiación¹²⁵ o por errores judiciales en procesos penales¹²⁶.

Otras realidades, sin embargo, demuestran que esta institución jurídica si goza de protección y reconocimiento constitucional. Así, por ejemplo, en México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza el derecho de los ciudadanos a la integridad patrimonial, habiéndose trasladado de un sistema subjetivo inicialmente propuesto por el Código Civil Federal, hacia uno objetivo, tomando como base una reforma donde el principio

¹²⁰ Autor de la doctrina comparada. De Trazegnies Granda, *La responsabilidad*, p. 255

¹²¹ Dentro de los principios que contempla la Ley N° 27444, aparece el principio de legalidad, definido así: Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

¹²² “La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. Sentencia Exp. N.º 763-2005-PA/TC del 13 de abril de 2005.

¹²³ Garantía que cubre todos los ámbitos o esferas en las que el Estado (constituido por todos los poderes públicos) deba indemnizar por actuaciones que lesionen bienes o derechos de los ciudadanos. Dentro de esto, podríamos encontrar la expropiación e incluso la propia responsabilidad de la Administración Pública.

¹²⁴ María Eugenia Caller Ferreyros, “Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario”, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 49 (2010): p. 71 y 72. Sin embargo, esta situación difiere de lo que se aprecia en otros países como México. Al respecto, el autor Guillermo Cambero Quezada señala que la Constitución mexicana sí incluye un artículo sobre la Responsabilidad del Estado. Al respecto, indica que, en el último párrafo del artículo 109 de la Constitución Mexicana se establece que, la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. En: “Responsabilidad Patrimonial del Estado: contrapeso al poder exorbitante de la Administración pública mexicana”, *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, N.º. 55 (2021), p. 105. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8301770>

¹²⁵ El artículo 70 de la CP a la letra dice: A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

¹²⁶ El artículo 139.7 respecto a los principios de la Administración de Justicia, señala entre otros: la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar.

de responsabilidad se apoye en la creación de un riesgo, así como, en una cláusula donde se haga responder al Estado de forma totalmente directa¹²⁷.

Por su parte, el Estado ecuatoriano, a partir de la Constitución Política promulgada el 11 de agosto de 1998, consagró una norma de carácter constitucional que acogía la responsabilidad patrimonial del Estado. Norma que poco después, fue reformulada en aras de reparar los derechos conculcados de los ciudadanos, a través de diversas medidas de compensación o reparación. Sin embargo, se considera que el sistema que prima es uno de tipo subjetivo¹²⁸.

En Colombia existe un profundo debate respecto al análisis que debería realizarse a los daños antijurídicos imputables a las autoridades públicas por una conducta activa u omisiva de su parte, siguiendo lo que el artículo 90° de la Constitución Política Colombiana ha prescrito para ello¹²⁹: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”¹³⁰.

En el continente europeo, la Constitución Española alberga en su artículo 106 denominado “Control judicial de la Administración”, el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹³¹.

Como vemos, en formas distintas, y bajo sistemas distintos de responsabilidad, numerosos regímenes se han preocupado por incluir entre sus disposiciones constitucionales¹³²,

¹²⁷ Sandra Marlene Cornejo Zavaleta, y Alejandro Orrico Gálvez, “La Culpa en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, año X, N° 23, (2018), p.5. <https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/abstracts/r23-art-2.html>

¹²⁸ Gladys de Lourdes Fajardo Muñoz, “Responsabilidad Extracontractual del Estado ecuatoriano y vulneración de derechos por funcionarios públicos de instituciones educativas”, *Revista Santiago de la Universidad de Oriente*, Número Especial (2022), pp. 225 y 226. <https://santiago.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/view/5665>

¹²⁹ En concordancia, el art. 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano establece lo siguiente: «Reparación directa. En los términos del art. 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. (...)».

¹³⁰ Artículo 90 de Constitución Política de Colombia.

¹³¹ En el artículo 121° también contempla la indemnización por daños causados por errores judiciales siempre que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

¹³² Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos como Chile cuentan con una Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) en cuyo artículo 42 se menciona: *Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.* Asimismo, para mayor información sobre la naturaleza jurídica de una Ley Orgánica Constitucional revisar Patricio De Zapata, “Sobre las leyes orgánicas constitucionales”, *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile (2008), Capítulo 6.

una garantía de protección para los administrados. Situación que no debería ser ajena en el Perú, siendo crucial que una garantía tan importante como esta, que brinda protección a los administrados frente a la Administración, cuente con una consagración explícita en el más alto nivel normativo.

Por ello, y a fin de no contar tan solo con un concepto legal, correspondería una reforma de la Constitución, siguiendo los procedimientos establecidos en el artículo 206¹³³, a fin de que se incluya un apartado de Control de la Administración Pública, o como otra alternativa, se incorpore dentro del rubro destinado al Derecho y defensa de la propiedad (Artículo 70¹³⁴ de la CP).

En el fondo, lo que debe quedar claro, es que la responsabilidad de los poderes públicos presenta una doble finalidad. Por un lado, permite que, al exigirse esa responsabilidad, se logre un mayor grado de democracia (en una democracia representativa los representantes ostentan un poder discrecional que les permite actuar por propia iniciativa); y, por otro, dicha responsabilidad también permite alcanzar mayores cotas en la consecución de la eficacia y los objetivos generales¹³⁵.

Por lo tanto, urge que como exigencia constitucional la responsabilidad de los Poderes Públicos y especialmente de la Administración Pública, a fin de que sea reconocida como una garantía para el ciudadano y que se constituya como piedra angular del sistema jurídico el cual está destinado a promover diversos valores de orden superior.

Con ello, tal como lo expresa LEGUINA VILLA, este precepto constitucional obligaría a la Ley a definir el contenido del derecho, regular los elementos de los hechos dañosos que permitan su imputación a la Administración, fijar modalidades de reparación del daño e incluso establecer reglas especiales de resarcimiento¹³⁶. En palabras de CARL SCHMITT, la responsabilidad patrimonial estaría amparada por la garantía constitucional contemplada en la

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=166581&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>. Por su parte, en Argentina, existe la Ley 26.944 cuyo objeto es regular la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. Seguidamente, agrega que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa. En: Juan Carlos Ferrada Bórquez, “La responsabilidad patrimonial del estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la corte suprema”, *Revista de administración pública*, N° 211 (2020) p. 382. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7376851>.

¹³³ Artículo que a la letra dice: Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum.

¹³⁴ A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

¹³⁵ Carlos Yañez Díaz y Juan José Rastrollo Suárez. *Responsabilidad patrimonial de la administración y privatización de servicios públicos / Carlos Yañez Díaz; prólogo, Juan José Rastrollo Suárez*. 1a edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 98

¹³⁶ Yañez Díaz y Rastrollo Suárez. *Responsabilidad patrimonial*, p. 126.

Constitución de tal forma que el legislador no puede dejar de regular esta institución o regularla en contra de los principios básicos recogidos en el texto constitucional¹³⁷.

Así también si tomamos en cuenta que, el orden jurídico – político establecido en la Constitución “asegura la existencia de determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. (...) Por definición en consecuencia, la garantía constitucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”¹³⁸, será necesario asegurar la responsabilidad del Estado en nuestro orden jurídico - constitucional, de manera que se, proteja su núcleo o contenido esencial.

Por ello, se presenta como una tarea indiscutible y necesaria que se incorpore el mandato general de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a fin de que el legislador encuentre en su actuar un parámetro constitucional del que no pueda desligarse, ni mucho menos contradecir, y, de ningún modo, limitar.

Por otro lado, en el ámbito legislativo, hasta el año 2001, la situación era muy similar al panorama constitucional. Expresión específica son el Decreto Supremo N° 006-SC¹³⁹ “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” (RNGPA) publicado el 11 de diciembre de 1967, y su modificatoria, el Decreto Ley 26111¹⁴⁰ “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” (LNGPA) publicado el 30 de diciembre de 1992, así como el Decreto Supremo 02-94-JUS Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos¹⁴¹; normas de cuyas disposiciones no se advierte consagración alguna relacionada a la responsabilidad patrimonial estatal.

Es a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 27444, el 11 de octubre del 2001 (publicada el 11 de abril del mismo año), que, por primera vez, el legislador patrio incorpora

¹³⁷ Yañez Díaz y Rastrollo Suárez. *Responsabilidad patrimonial*, p. 125

¹³⁸ Yañez Díaz y Rastrollo Suárez. *Responsabilidad patrimonial*. p. 125

¹³⁹ Derogada por el numeral 1) de la Sexta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27444 publicada el 11 abril 2001 (11-10-2001) que indicaba:

SEXTA. - Derogación expresa

Particularmente quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

1. *El Decreto Supremo N° 006-67-SC, la Ley N° 26111, el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias. SPIJ*

¹⁴⁰ Norma que no forma parte del ordenamiento jurídico vigente según el Artículo 1 de la Ley N° 29477, publicada el 18 diciembre 2009, vigente a los noventa días calendario de la publicación de la citada Ley.

¹⁴¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de enero de 1994.

en el Título V bajo el rótulo De la responsabilidad de la Administración Pública y del Personal a su servicio, un Capítulo dedicado a la Responsabilidad de la Administración Pública, el cual establecía: "Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que, el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración (...)".

A la luz de este precepto, el legislador peruano, a semejanza de los estatutos españoles¹⁴², al parecer había implantado un sistema objetivo de responsabilidad en nuestro país. Es decir, cualquier lesión que los administrados sufran como consecuencia del funcionamiento de la Administración, generaba un deber de indemnizar por parte del Estado, universalizando, de esta forma, la garantía patrimonial estatal como mecanismo de reparación.

Además, el legislador optó por utilizar la expresión general "funcionamiento de la Administración", en lugar de especificar que el funcionamiento que daría lugar a una indemnización podría tratarse de uno normal o anormal (tal como si lo hizo el texto español que se tomó como referencia). Igualmente, llamaba la atención que, únicamente alegando la causal de fuerza mayor era viable para el Estado liberarse de responsabilidad.

Asimismo, el numeral 238.3 establecía que el daño alegado, además de afectar cualquiera de los bienes o derechos, debía ser efectivo, tener un valor económico y estar individualizado con relación a un administrado o a un grupo de ellos. Del mismo modo, el numeral 238.4 determinaba que solo sería indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que este no estuviera obligado legalmente a soportar, tal como lo estipulaba la normativa constitucional de 1983 respecto al mandato de indemnización en casos de procesos expropiatorios.

Basándose en este marco legal, MORÓN URBINA formuló como presupuestos para la configuración de la responsabilidad patrimonial: (i) que el administrado sufra una lesión en cualquiera de sus bienes o derechos, (ii) que la lesión sea efectiva, valuable económicamente e individualizable, (iii) que la lesión sea imputable a la administración como consecuencia de su funcionamiento (normal o anormal) o como consecuencia de actos lícitos como ilícitos, (iv) la

¹⁴² A través de la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954 se había instaurado en España un sistema de responsabilidad objetivo. El artículo 121 disponía lo siguiente: «Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.» Jesús Leguina Villa, "La responsabilidad del estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos", *Revista de Administración Pública*, N° 92 (1980): p. 5. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-92-mayoagosto-1980/la-responsabilidad-del-estado-y-de-las-entidades-publicas-regionales-o-locales-por-los-danos-2>

existencia de un nexo causal entre el funcionamiento de la actuación administrativa y la lesión, y que no irrumpa de por medio el eximente de responsabilidad que describe la ley como fuerza mayor¹⁴³.

En esa misma línea dicho autor argumentaba: “no basta que exista un perjuicio, sino que debe analizarse si tal perjuicio no deba ser soportado razonable y legítimamente por el administrado, en función del ordenamiento vigente. Si así lo fuera, no cabe hablar de posibilidad de resarcimiento económico, pues sería un sacrificio económico admitido y legitimado por el sistema jurídico”¹⁴⁴.

Por lo tanto, el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivado de dicho dispositivo, se centraba en un daño que, además de haberse producido con certeza, permitía identificar a los futuros sujetos indemnizables. Al mismo tiempo, requería un criterio de antijuricidad, es decir, que los daños no tengan relación con un deber jurídico de soportar por parte del administrado, criterio que a decir de CALLER FERREYROS debía ser delimitado por el legislador; caso contrario, el juez asumía el deber de declarar en cada caso concreto cuando existía o no (y hasta qué punto) esa carga pública que el ciudadano debía arrojarse¹⁴⁵. En consecuencia, el alcance y los límites de esa expresión “deber jurídico de soportar” quedaban a criterio de los operadores jurídicos, de manera discrecional.

Por otra parte, el artículo 238.6 del aludido dispositivo contemplaba una acción de repetición contra los funcionarios que hayan intervenido en la generación del daño injusto, al preceptuar: “Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio (...)”.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, el hecho de establecer una norma (aunque con rango legal) que instituyera un principio general de responsabilidad a cargo de los poderes públicos y, con ello, dejar atrás la inmunidad soberana de la que gozaba la Administración al no tener que responder por los perjuicios causados por sus actos, representó un avance significativo para nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de los errores que pudieron surgir con esta primigenia regulación, estos serían subsanados con modificaciones posteriores, como la ocurrida en el 2008 con la emisión del D.L. N°1029, que mudó la LPAG y la Ley del

¹⁴³ Caller Ferreyros, *Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario*, p. 74

¹⁴⁴ Caller Ferreyros, *Responsabilidad*, p. 75

¹⁴⁵ Caller Ferreyros, *Responsabilidad*, p. 76

Silencio Administrativo – Ley N°29060, especialmente, en lo referido al artículo 238° acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

La nueva redacción del artículo 238° remarcaba que la Administración sería responsable no solo por actos propios, sino también, y especialmente, por los servicios públicos que ella misma prestaba directamente¹⁴⁶. Lo llamativo de esta modificación fue que el Estado limitó, en beneficio propio, su ámbito de responsabilidad patrimonial al restringirlo únicamente a los servicios que proporcionara directamente, lo que, en un contexto de economía liberalizada y tendiente a confiar la gestión de los servicios públicos a entidades privadas, prácticamente exoneraba de toda carga económica al Estado y lo convertía en indemne.

Por ello, se dice que, en aquel contexto de innumerables demandas interpuestas por los asegurados del Servicio Social de Salud (Essalud) debido a presuntas negligencias médicas por parte de una empresa privada a la que se le había encomendado la prestación de un servicio médico, el propósito de esta reforma fue poner fin a cualquier debate en torno a la responsabilidad de los concesionarios o contratistas en casos de daños derivados de la actividad prestacional que ejercían¹⁴⁷.

Al mismo tiempo que se redujo el ámbito de aplicación, la lista de causales eximentes también fue ampliada, hecho que llama notoriamente la atención, puesto que al incluirse el caso fortuito como causal, parecería que el eje gravitacional de un modelo objetivo se trasladó a uno de tipo subjetivo¹⁴⁸. Además, junto con el caso fortuito, se añadieron el hecho determinante de tercero y del administrado damnificado o también considerada víctima. Aunado a ello, se consideró oportuno precisar que, cuando el Estado actuaba en favor de bienes fundamentales como la vida, la integridad de las personas o en salvaguarda de bienes públicos, no correspondía asumir ningún coste económico.

¹⁴⁶ Resulta interesante lo transcrito en el Acta N° 16 Decima Sexta Sesión Ordinaria (31 de marzo de 2009) de la Comisión de Seguridad Social correspondiente al Período Anual de Sesiones 2008/2009, en la cual se da cuenta del Proyecto de Ley N° 3096/2008-CR que propone modificar el artículo 238° de la Ley 27444, motivado por la falta de garantías y de reparación de daños ocasionados por el funcionamiento de la administración, remarcando la falta de dichas garantías en el ámbito de los servicios y programas de salud, especialmente cuando se trataba de las actuaciones asistenciales que brindaba ESSALUD. Según se leía en el Acta: “ (...) *Se propone el reconocimiento de garantías efectivas al derecho a la reparación frente a daños a asegurados, como es el caso de ESSALUD, que como una contribución los afiliados aportan para recibir una contraprestación, en las mejores condiciones*”.

¹⁴⁷ Tal como lo menciona la autora en su artículo, existieron muchas demandas iniciadas por los asegurados del Essalud al presuntamente haber contraído la enfermedad de hepatitis mientras recibían un tratamiento médico por parte de una empresa privada contratada por Essalud para dar el servicio; sin embargo, todos esos casos se correspondían con hechos producidos antes de la modificatoria del 2008. Caller Ferreyros, *Responsabilidad*, pp. 76 y 77

¹⁴⁸ Más adelante haremos referencia a la introducción de esta causal en la norma peruana y sus repercusiones en el sistema vigente.

Así también, se aprecia que la indemnización ahora no solo incluía intereses legales como lo establecía la regulación precedente¹⁴⁹, sino que también comprendía el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, aspectos propios de una compensación que generalmente se otorga en la vía civil. Igualmente, el artículo 238.6 referido a la acción de repetición que las entidades podían emprender contra sus autoridades o personal a cargo considerando la responsabilidad en la que hubieran incurrido, quedó incólume y no fue objeto de observaciones.

Posteriormente, a partir de la publicación del Decreto Legislativo 1272¹⁵⁰ de 2016, se introdujo por primera vez en el Título Preliminar de la LPAG, el principio de responsabilidad (1.18). Este principio se sumó a los demás principios que respaldan la actuación administrativa y estableció que la autoridad administrativa tiene la obligación de responder por los daños ocasionados a los administrados como resultado del mal funcionamiento de la actividad administrativa; es decir, tanto las entidades como sus funcionarios o servidores deben asumir las consecuencias de sus acciones de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Considerando que, a la fecha de publicación del referido decreto, nuestro marco normativo ya contemplaba desde el 2008 la figura de la responsabilidad patrimonial, esto sin duda, no resta importancia al significado que tuvo para el legislador poder incorporar un principio como este en el amplio catálogo de principios inspiradores de la actuación y del procedimiento administrativo, que se utilizan además como directriz de orientación en casos de vacíos o deficiencias de la legislación positiva, otorgándole a dicho precepto, relevancia jurídica y una mayor exposición a nivel doctrinal y jurisprudencial. De hecho, fue un acierto su inclusión.

Así pues, se concluye que, la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú data de los inicios de este siglo, pese a que, en otros ordenamientos jurídicos, ya venía siendo utilizada. Por lo pronto, en nuestro país, su desarrollo ha sido gradual, y, por lo tanto, aún se encuentra en una etapa incipiente. Por estos motivos, nos enfocaremos en analizar los puntos clave de este instrumento legal, que se ha consagrado como una herramienta esencial de prevención y control sobre la Administración Pública; y, a su vez, como una garantía fundamental para los ciudadanos frente a las autoridades administrativas¹⁵¹.

¹⁴⁹ Asimismo, dicho precepto estipulaba, que la cuantía sería calculada con referencia al día en que el perjuicio se produjo, supuesto que posteriormente sería suprimido.

¹⁵⁰ Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo

¹⁵¹ Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II*, 14ª (Lima: Gaceta Jurídica, 2019), p. 548. <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/tomo-ii-comentarios-a-la-ley-general-del-procedimiento-administrativo.pdf>

3.2 Análisis de la regulación vigente en el TUO de la LPAG

El TUO de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por D.S. N°004-2019-JUS, contempla en el Título V, denominado “De la Responsabilidad de la Administración Pública y del Personal a su Servicio”, Capítulo I, artículo 260°, las disposiciones generales relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Al respecto, el primer párrafo de dicha disposición menciona lo siguiente:

“260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas”.

La exposición de motivos de esta norma señalaba expresamente que, al incluir un enunciado como este, se buscaba destacar que el artículo 260, no excluye otras responsabilidades comunes, sino que, regula una modalidad especial de responsabilidad, específicamente una responsabilidad por daños provenientes del ejercicio de funciones administrativas¹⁵².

Al parecer, entonces, cuando la norma hace referencia a las "responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales" implícitamente hace alusión a las normas del derecho civil que regulan la responsabilidad extracontractual. En este sentido, las disposiciones del Código Civil serían una suerte de regulación supletoria o incluso, complementaria al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, tal como fluye del artículo IX del TP, que establece que las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Sin embargo, como mencionamos previamente, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado es una figura que necesariamente debe ser diseñada en el campo administrativo constituyéndose como un régimen independiente, pues, no se trata de una modalidad especial sino de una modalidad autónoma, que, si bien utiliza categorías propias de una responsabilidad extracontractual, ha sido perfilada de una forma distinta en base a las particularidades de los sujetos que intervienen: uno de ellos, con atribución de potestades públicas.

En oposición a dicha postura, destacados juristas aducen que el Derecho civil como derecho común, tiene una serie de principios generales capaces de abarcar toda la casuística

¹⁵² Exposición de motivos DL. 1029.

que se pueda presentar, y de no recurrir a estas disposiciones solo se generaría que muchos daños se queden sin reparación. A ello, le añaden que el derecho administrativo es un derecho público con categorías distintas al derecho civil y su principal preocupación no reside en la víctimas sino en el funcionamiento del Estado, por lo que, si de proteger a la víctima se trata es más que obligatorio acudir al Derecho Civil¹⁵³.

Sin embargo, olvidan que al ser el Estado uno de los sujetos involucrados, ya no basta con acudir a las disposiciones del Código Civil, sino que es necesario, apoyarse en una norma de derecho público que previamente haya entendido con precisión cuál es el rol del Estado, cómo se relaciona con sus funcionarios y con los actores privados, y de qué manera contribuye al interés general a través de los servicios que ofrece. De esta manera se podría aplicar un régimen preciso y coherente con este sistema particular.

Así lo entiende CLAVERO ARÉVALO, afirmando con certeza que el derecho administrativo se trata de un derecho con cualidades de común y normal. En su momento también VIGNOLO CUEVA aseveró que el sistema ajustable a las organizaciones administrativas (el patrimonial), es diametralmente opuesto en naturaleza, sujetos responsables, tipos de afectación, fines y mecánica de despliegue con el sistema civil¹⁵⁴.

De lo anterior, se desprende que resulta jurídicamente inviable, admitir la posibilidad de una doble responsabilidad del Estado, ya que colisionaría con el principio de cosa juzgada y/o cosa decidida, siendo innegable que los alcances del artículo 260 al hacer mención a las responsabilidades comunes y leyes especiales, en realidad se refieren a la responsabilidad contractual del Estado, que estaría fuera del ámbito de aplicación de ese artículo, y por el cual, si es preciso acudir a otras disposiciones normativas de carácter especial, además de la civil¹⁵⁵.

Dicho esto, el primer párrafo del artículo 260° también detalla los requisitos que deben cumplirse para que se configure una responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el cual, resultará necesario analizar minuciosamente cada uno de ellos.

¹⁵³ De Trazegnies Granda, “*La responsabilidad extracontractual: Arts. 1969-1988. T. II*, 255 y 256

¹⁵⁴ Orlando Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas”. *Revista De Derecho*, 12, 22 (2013), p. 64. <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/603>

¹⁵⁵ Luis Sánchez Povis indica que habría que recurrir a la normativa de contratos del Estado, a la que regula los contratos de inversión como son el Decreto Legislativo N°1012, que aprueba la ley marco de Asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado por Decreto Supremo N°059-96-PCM y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N°060-96-PCM, entre otras. En “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano: Aproximaciones a una Institución Pendiente de Reforma”. *Derecho & Sociedad*, 45, (2015), p. 327. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15250>

3.3 Presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

3.3.1 Imputabilidad de la conducta a la Administración

El artículo 260, establece que “ (...) las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas”. De su lectura se desprende que el primer requisito a exigir es la imputabilidad de la conducta a la Administración pública, es decir, la capacidad de atribuirle jurídicamente el deber de reparar un daño.

Asimismo, al mencionar que son las entidades las que responderán por los perjuicios causados a los administrados, se evidencia que asumen el papel de sujeto pasivo de la relación jurídica, siempre y cuando actúen en ejercicio de sus funciones o potestades públicas. De esta manera, en el marco de dichas actuaciones, se considera que quien actuó fue el Estado, representado por sus autoridades o funcionarios.

Así, si bien el daño puede derivarse del comportamiento de personas que forman parte de la estructura de la Administración Pública y que actúan dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones, la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es suficiente para justificar su imputación a la Administración y no al funcionario, bajo un criterio estrictamente orgánico¹⁵⁶. En ese sentido, la Administración no es quien actúa directamente, sino que lo hace a través de sus funcionarios y dependientes; por ende, siempre debe ser la responsable por los actos de estos últimos, al margen, de la culpa o dolo con los que hayan actuado¹⁵⁷ e independientemente, que luego se le brinde la posibilidad de reclamar a estos a través de un proceso de repetición.

Por esta razón, la característica que se deduce es que la responsabilidad estatal es principalmente directa (aunque no necesariamente), lo que significa que los administrados siempre tendrán a su disposición una garantía patrimonial como derecho frente a la Administración como entidad con personalidad jurídica, sin tener que identificar a los funcionarios o agentes públicos responsables del hecho en particular.

En base a lo expuesto, al tener una acción directa contra el Estado y no subsidiaria, se crea en la práctica una mayor probabilidad de que la tutela jurisdiccional efectiva de la que gozan los afectados se concrete, situación que, según las máximas de la experiencia, sería todo lo contrario, si la pretensión se dirigiera contra el funcionario causante del daño.

¹⁵⁶ Sánchez Povich, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, p. 326.

¹⁵⁷ Sánchez Povich, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, p. 325.

Vistas, así las cosas, es importante destacar que el artículo 260, también señala las formas en las que surge la responsabilidad estatal: por actos emanados de la Administración y por los servicios públicos prestados directamente por ella. A continuación, procederemos a explicar cada uno de estos conceptos.

3.3.3.1 Los actos de la Administración. En relación con los actos de la Administración, es preciso señalar que la imputación al poder público de los daños causados a terceros puede derivarse tanto de actos lícitos como ilícitos. En la práctica, es más común encontrar responsabilidad por actos ilícitos, dado que en estos casos el Estado responde ante los daños causados por una actividad antijurídica o contraria a derecho de la entidad. Por el contrario, en la responsabilidad por actos lícitos, a pesar de que la actuación del Estado se ajusta a los límites de la legalidad, este tiene el deber de indemnizar porque el daño ha sido un daño injusto, toda vez que ha superado las condiciones normales de exigencia de solidaridad¹⁵⁸.

En ese entendido MORÓN URBINA expone que “el fundamento de esta responsabilidad estatal no es el simple daño producido, sino el quebrantamiento al principio de la igualdad de las cargas públicas a través del sacrificio especial e injusto que la administración le infiere al ciudadano”¹⁵⁹.

Sin embargo, la regla general debería ser que la Administración responda por los actos ilícitos y solo de manera excepcional por actos lícitos y permitidos por el ordenamiento¹⁶⁰. En este último caso, algunas propuestas sugieren que la evaluación debiera realizarse por el juez¹⁶¹ en cada caso concreto, con el fin de determinar si la actividad desplegada por la Administración se llevó a cabo de manera irregular: o, siguiendo la línea de pensamiento de MIR PUIGPELAT, la norma podría establecer expresamente en qué situaciones corresponde que el Estado indemnice por actos considerados totalmente legítimos.

En efecto, sería ideal que el legislador dedique un apartado específico a formular de manera taxativa los supuestos en los que procede una indemnización por parte del Estado cuando este ha actuado conforme a lo permitido en el ordenamiento jurídico; sin embargo, se corre el riesgo de dejar fuera muchos supuestos que también ameritarían una indemnización

¹⁵⁸ Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II, p. 549

¹⁵⁹ Morón Urbina, Comentarios, p. 550

¹⁶⁰ Pese a que autores como Huapaya Tapia y Sanchez Pavis, afirman la existencia de una responsabilidad patrimonial por actos lícitos e ilícitos, al mismo tiempo, consideran que, los supuestos por actos lícitos deben estar bien limitados, para no dar cabida a una amplitud de situaciones exageradas con demandas indemnizatorias de cualquier tipo. En: Ramón Huapaya Tapia., y Luis Sánchez Pavis, “La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano. Notas para el estudio de su régimen jurídico”. *Derecho & Sociedad*, 2, 54 (2020), p. 259. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/22446>.

¹⁶¹ Sánchez Pavis, “La Responsabilidad Patrimonial”, p.325.

patrimonial. Por lo tanto, siempre será imprescindible y óptimo la participación de los jueces quienes en cada caso específico deberán ponderar las circunstancias para determinar la procedencia o no de una reparación patrimonial.

De no ser así, estaríamos respaldando una garantía patrimonial objetiva que, al no considerar el carácter lícito o ilícito de la actuación obligaría a indemnizar en todos los supuestos por cualquier daño que la ley no exija soportar, prescindiendo así de la evaluación de la legalidad de la acción administrativa¹⁶².

Por el contrario, lo que se busca precisamente, es evitar que la Administración sea objeto de demandas infructuosas, lo cual conllevaría a un perjuicio económico para el tesoro público, al abrirle la puerta a un amplio abanico de casos de indemnización para todo tipo de daños. La evaluación cuidadosa de la legalidad de las acciones administrativas es esencial para evitar la proliferación de demandas injustificadas y garantizar la protección del erario público.

De igual modo, es importante señalar que los actos de la Administración que podrían generar responsabilidad no se limitan únicamente al ejercicio de actuaciones positivas, sino que también incluyen las omisiones o inacciones por parte del Estado.

En el caso de estas omisiones, para que se produzca la lesión del derecho de un particular, es necesario que exista un previo deber jurídico de actuar, circunscrito a ciertos límites sin que se pretenda una actuación del poder público más allá de lo que la norma exige. Además, se requiere que tal deber no haya sido cumplido, ya sea por una pasividad radical de la Administración o por una ejecución deficiente del obrar administrativo. En suma, se busca que este incumplimiento impida satisfacer cualitativa o cuantitativamente el derecho de algún particular. De producirse ambos supuestos, la lesión ocasionada debe ser reparada¹⁶³.

Por lo tanto, las demandas indemnizatorias que se inicien contemplarán no solo daños derivados de conductas activas, sino también omisivas por deberes materiales incumplidos por parte de las entidades públicas.

3.3.3.2 La prestación de servicios públicos. El artículo 260 no solo identifica a los actos provenientes de la Administración como fuente generadora de daños, sino también los servicios públicos directamente prestados por aquella. Si bien este enunciado parece claro a

¹⁶² Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. (Madrid: Civitas; 2002). pp.192 y 193. <https://repositori.upf.edu/handle/10230/43125?locale-attribute=es>

¹⁶³ A esto se le añade, lo que en un principio resulta presumible: que la actividad no sea imposible de realizar, sino no sería por si misma objeto de indemnización. En Francisco Javier de Ahumada Ramos y Juan Alfonso Santamaría Pastor. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos / Francisco Javier de Ahumada Ramos; prólogo, Juan Alfonso Santamaría Pastor*. 3a ed. (Elcano, Navarra: Aranzadi, 2004). pp. 298 - 309.

simple vista, abarca distintos aspectos que podrían ser objeto de controversia en su aplicación práctica. Por lo tanto, resulta relevante examinar detenidamente cada una de las cuestiones relacionadas con este enunciado.

En primer lugar, cuando la norma hace alusión a los daños ocasionados en el marco de un servicio público directamente prestado por el Estado, su significado es claro en esencia, pues de una lectura literal, se advierte que si el servicio público es asumido y suministrado directamente a una colectividad por una entidad pública (en consonancia con el principio de subsidiariedad¹⁶⁴), cualquier daño o perjuicio causado en ejercicio de dicha actividad, conllevaría una responsabilidad para la entidad a cargo.

Sin embargo, como habíamos mencionado en los antecedentes de esta versión original, el Estado al introducir una fórmula como esta, ha sido lo suficientemente audaz y ha logrado –equivocadamente– eximirse de responsabilidad, sin caer en el reparo de que, su posición ha terminado por vaciar de contenido a esta institución y dejarla prácticamente inoperable.

Esto, no hace más que colisionar con la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de los ejes centrales del Estado de Derecho donde los ciudadanos deben estar protegidos frente a la actividad gubernamental. Si existe una Administración Pública que daña, pero no asume responsabilidad por las consecuencias derivadas de sus actos, estaríamos afectando ese Estado de Derecho.

Entonces, por un lado, es pertinente cuestionar, cómo el Estado responde por los daños que podrían surgir del funcionamiento de un servicio concesionado o autorizado, y por otro, resulta necesario evaluar si es apropiado mantener un régimen como este, teniendo en cuenta que, en nuestro país la mayoría, si no todos, los servicios públicos no son prestados directamente por el Estado, sino a través de la concesión a un sujeto privado.

Para dar respuesta a dichas interrogantes, es esencial comprender qué entendemos por servicio público y tener presente el rol y las implicancias de las técnicas administrativas que permiten la gestión indirecta de dichos servicios.

Al principio, el servicio público, se categorizaba desde una perspectiva restrictiva entendiéndolo como una "actividad indispensable para la vida colectiva, cuya titularidad era

¹⁶⁴ La subsidiariedad entendida en sentido positivo, como ayuda económica o legislativa corresponde una serie de implicaciones en negativo, que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad, cuya iniciativa, libertad y responsabilidad no deben ser suplantadas. Baldo Kresalja Rosselló, *¿Estado o mercado? el principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015), p. 54. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/173066#:~:text=E1%20principio%20de%20subsidiaridad%20se,para%20lograr%20el%20bienestar%20general.>

asumida en exclusiva por el Estado, y destinada a los usuarios a título singular¹⁶⁵. En otras palabras, se trataba de una actividad prestacional, que podía ser llevada a cabo directamente por el Estado, o encomendada a una empresa privada. Además, debía garantizar su continuidad y regularidad mediante un marco jurídico específico, independientemente de la modalidad de prestación del servicio; y, debía ser suministrado en condiciones de igualdad, respetando el principio de no discriminación¹⁶⁶,

Simultáneamente, se afirmaba que el servicio público mantenía una exclusividad regalística, lo que implicaba una actividad de titularidad administrativa a la que solo podían acceder los privados mediante concesión otorgada por la Administración Pública¹⁶⁷. Entonces, aunque existiese una reserva de titularidad administrativa, el servicio podía ser prestado no solo directamente por el Estado, sino también encomendado a terceros (gestión indirecta del servicio).

Sin embargo, con el tiempo, esta idea fue objeto de serios cuestionamientos, toda vez que en el ámbito administrativo empezó a considerarse que, la reserva de titularidad del servicio, también denominada “*publicatio*”, no es ni debía ser un componente esencial para la concreción de una figura destinada a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, quienes como sociedad podríamos estar excluidos de participar en esta dinámica.

Por ello, MARTINEZ LÓPEZ- MUÑIZ, sostenía que la aplicación del régimen del servicio público debía considerarse más bien excepcional – por necesaria que pueda ser a veces–, sólo justificada cuando la regulación con sus diversas técnicas, no sea suficiente, para garantizar adecuadamente cuanto exige el Estado social y democrático de Derecho¹⁶⁸.

De hecho, nuestra Constitución en el capítulo dedicado al régimen económico de nuestro ordenamiento, no ha establecido propiamente una reserva de titularidad administrativa para actividades específicas¹⁶⁹; más aún, en el artículo 58° se indica que la iniciativa privada es libre

¹⁶⁵ Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto., *Notas de Derecho Administrativo, Lección 21, La actividad de la Administración (III) La empresa pública y el servicio público, (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2008, p. 443.

¹⁶⁶ Abruña Puyol y Baca Oneto, p. 443.

¹⁶⁷ Abruña Puyol y Baca Oneto, p. 443.

¹⁶⁸ Citado por Orlando Vignolo Cueva en “El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria”, (Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza, 2017): p. 240. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=145332>

¹⁶⁹ Antonio Abruña señala que, hoy día, el servicio público tradicional, caracterizado por ser una actividad administrativa de prestación, cuya titularidad ostenta la Administración pública y que se regula en su totalidad por el Derecho público es una técnica marginal en nuestro Ordenamiento constitucional, aunque reconocida de manera formal en los textos legales sectoriales. En Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto, *Primera Lección, I Nociones Fundamentales, La Administración Pública, (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2015, p. 20.

y en el artículo 61° se establece que el Estado es un facilitador y supervisor de la libre competencia.

En consecuencia, quedaba claro que servicios como educación, salud, seguridad, empleo entre otros, debían empezar a mirarse desde una perspectiva jurídica distinta. Esto ha llevado a la adopción de una nueva categoría normativa inspirada en la orientación liberalizadora de la economía, dirigida a cubrir espacios prestacionales imprescindibles sobre las cuales el Estado debe promover su difusión, pero esta vez, en el marco del respeto a las libertades individuales y la libre competencia. De esta manera, surgen los servicios esenciales.

Los servicios esenciales hacen alusión a los servicios que llevan intrínseca la necesidad y la garantía pública en su prestación, y que se denominan esenciales, porque se estiman vitales para los ciudadanos. Asimismo, se dice que un servicio es esencial, porque es básico para el ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que, no deben dejar de ser accesibles a todos y ser prestados en condiciones de igualdad, toda vez, que se vinculan estrechamente con el interés general y los bienes que persiguen¹⁷⁰.

Desde ahora, entonces, la publicación de actividades no necesariamente es el punto de partida para la prestación de servicios a los ciudadanos. Mas bien, la garantía de su prestación será el factor distintivo a partir del cual se establecerá el rol del Estado, ya sea compartiendo actividades con el privado simultáneamente o de forma subsidiaria, pero, tomando en consideración los bienes públicos involucrados, y las potestades que le son inherentes avocadas a proteger este ámbito prestacional.

Esta naturaleza objetiva que se predica del servicio esencial demuestra que, por tratarse de actividades económicas, para estos servicios ya no es importante una reserva de titularidad a favor del Estado, sino puramente una ordenación o regulación por parte del poder público como parte de su función de tutela.

Así lo entiende, el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") cuando realiza el análisis de estos servicios en el Perú en la sentencia recaída en el Exp.N°34-2004-PI/TC¹⁷¹ del 15 de febrero de 2005. En dicha sentencia (fundamento 40) el TC identificó los rasgos más característicos: su naturaleza esencial para la comunidad, la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, su naturaleza regular y con estándares mínimos de calidad; así como la imperiosa necesidad de garantizar su acceso en condiciones de igualdad.

¹⁷⁰ Definición y caracteres extraídos de Orlando Vignolo, "El principio de subsidiariedad social", p. 243.

¹⁷¹ Si bien el TC utiliza la expresión "servicio público", las características que introduce identifican más a un servicio de carácter esencial.

Ahora bien, teniendo presente este panorama general de los servicios públicos y servicios esenciales, conviene recordar también que el Estado puede proveer el servicio directamente o de forma mediata acompañado de privados. En este último caso, cuando se encarga a un privado la gestión de un servicio, la técnica administrativa más utilizada es la concesión. En virtud de una concesión el Estado le otorga a un particular la facultad para prestar un determinado servicio público o explotar una infraestructura pública por un tiempo definido y bajo ciertas condiciones.

El artículo 5° del D.L N°758 - Ley para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos, definía a la concesión como el acto administrativo por el cual el Estado, con el objeto de que el concesionario realice determinadas obras y/o servicios fijados o aceptados previamente por el organismo concedentes, le otorga el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo establecido. Por su parte, el artículo 5° del Reglamento del D.L. N°1362 (D.S. N°240-2018-EF), la define como “el acto administrativo por el cual las entidades públicas titulares de proyectos otorgan a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado (...)”.

Igualmente, el Reglamento del D.S. N°059-96-PCM en su artículo 3° define a la concesión como el “acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos”. En este régimen general la concesión tiene una triple dimensión: como un acto, como un procedimiento y como un contrato administrativo¹⁷².

De lo expuesto líneas arriba, se deduce que la concesión es un contrato administrativo, donde el concesionario gestiona un servicio otorgado por la Administración Pública asumiendo el riesgo de la actividad, es decir, ejerce su actividad empresarial, por cuenta y riesgo propios. Mientras tanto, el concedente busca satisfacer el interés general otorgándole al concesionario el derecho a realizarla.

De este modo, la concesión otorga un derecho “ex novo”, actuando como un título habilitante para que el privado pueda ejecutar actividades de interés general, estableciéndose entre el concedente y el concesionario una relación jurídica contractual. BACA ONETO Y ORTEGA SARCO, describen dos rasgos que identifican a esta figura: a) que exista un vínculo

¹⁷² Richard James Martín Tirado, “Los Actos Administrativos en el régimen de las Personas Jurídicas del régimen privado”. *Revista De Derecho Administrativo*, 12 (2012): p 173. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13501>

directo entre el concesionario y el usuario final del bien o servicio (que puede no ser la Administración concedente); y b) que el concesionario obtenga su remuneración o al menos parte de ella, del usuario final, ya sea directa o indirectamente¹⁷³.

A partir de dichas premisas, entonces es necesario preguntarnos: ¿cómo sería el esquema de imputación de responsabilidad en el caso de que, se produzcan daños a terceros por servicios públicos gestionados por contratistas, concesionarios o sujetos autorizados?

Siguiendo las ideas de reconocidos doctrinarios españoles como MUÑOZ MACHADO, se argumenta que la Administración Pública no debería convertirse en indemnizadora de todo daño, toda vez, que el concesionario no actúa ni se transforma de ningún modo en un órgano de la administración, por lo que, su posición es totalmente diferente a la de un verdadero funcionario o agente. La idea de una concesión responde al deseo de separar orgánicamente a la Administración de la atención de algunas necesidades prioritarias, siendo justo que no se le exonere completamente de su responsabilidad y se le sitúe como una garante patrimonial, a través de la búsqueda de mecanismos para resarcir a la víctima, sin que el camino sea necesariamente el de una responsabilidad directa¹⁷⁴.

De manera similar, su compatriota GARCÍA DE ENTERRÍA, argumenta que los perjuicios ocasionados a terceros en el ámbito de un servicio concedido son imputables al concesionario y no a la Administración Pública, puesto que aquellos no forman parte de la organización administrativa. Entonces, solo excepcionalmente se debe imputar responsabilidad a la Administración Pública cuando los daños se deriven de una cláusula impuesta por ella y que sea de ineludible cumplimiento para el concesionario¹⁷⁵.

A su vez, el Tribunal Supremo Español, asume que toda interpretación que pretendiera que la Administración quede libre siempre de responsabilidad debe ser rechazada, por erróneamente asumirse que la actividad del concesionario es una de tipo no vinculada. Agregando, además, que, si la gestión de servicios públicos establecida mediante un contrato implica una previa atribución de competencias administrativas, entonces la Administración conserva la titularidad de dicho servicio, motivo por el cual, la concesión no es más que una especie de delegación, y en tal sentido, los actos del delegado se tienen como dictados por la autoridad que le otorgó tal delegación¹⁷⁶.

¹⁷³ Víctor Baca Oneto y Eduardo Ortega Sarco., “Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano”, *Revista De Derecho Administrativo*, 13 (2013): pp. 33-49. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13466>

¹⁷⁴ Jesús González Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas / Jesús González Pérez*. 5a ed. (Madrid: Thomson-Civitas, 2010), p. 282

¹⁷⁵ De Ahumada Ramos y Santamaría Pastor. *La responsabilidad patrimonial*, p. 490.

¹⁷⁶ González Pérez, *Responsabilidad patrimonial*, p. 281.

En nuestro país, si nos fijamos en la redacción del artículo 260°, en principio, la Administración Pública no tendría responsabilidad alguna frente a las víctimas ya que solo se contempla una responsabilidad por gestión directa de servicios públicos; sin embargo, habíamos visto también, que la responsabilidad del poder público no nace únicamente por actuaciones positivas sino también por omisiones, por lo que, la responsabilidad que se le puede atribuir en este campo vendría precedida por una omisión en el cumplimiento de sus deberes.

Sobre esto último, se entiende que, cuando la Administración entrega en concesión un servicio, pese a no prestarlo directamente, continúa siendo garante de este, con el fin de que sea brindado en las mejores condiciones posibles a los ciudadanos. Por ello, establece un marco regulatorio riguroso con el fin de vigilar y fiscalizar el adecuado comportamiento del agente concesionario. De hecho, si el Estado entrega a un particular el derecho para explotar un bien o realizar una actividad, evadiendo realizar tareas de control a fin de verificar el cumplimiento de las condiciones otorgadas, lógicamente sería susceptible de asumir responsabilidad patrimonial; máxime, si no cabe desligarse totalmente de sus funciones y responsabilidades como poder público.

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), destaca que la prestación de los servicios públicos implica la protección de bienes públicos, y si bien los Estados pueden delegar su prestación, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios y proteger el bien público respectivo. Por ello, son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente su ejecución a fin de garantizar una efectiva protección de los derechos humanos (Sentencia Ximenes Lopes vs Brasil del 4 de julio de 2006)¹⁷⁷.

Por tanto, tal como lo expresa PANTALEÓN, la responsabilidad patrimonial de la Administración en estos casos debe nacer cuando los daños sean consecuencia del ejercicio negligente de los poderes de inspección, control y vigilancia¹⁷⁸.

En tal sentido, para GÓMEZ PUENTE¹⁷⁹, la inactividad administrativa como concepto puede construirse a partir de dos elementos: uno de carácter material, que involucra la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro de carácter formal, que sugiere la omisión en la observancia de un deber legal de obrar o actuar y que determina su antijuridicidad. A estos elementos, sin embargo, es necesario añadir un tercer componente referido a la “contingencia de las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales” que pueden perjudicar la actuación administrativa y condicionar su efectividad, y

¹⁷⁷ Considerando 96 y 99 de la Sentencia del 4 de julio de 2006 Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.

¹⁷⁸ Citado en De Ahumada Ramos y Santamaría Pastor. *La responsabilidad patrimonial*, p. 499.

¹⁷⁹ Citado por Huapaya Tapia y Sánchez Povis, “La responsabilidad patrimonial”, pp. 256 y 257.

que se hace propicio evaluar para determinar si la obligación legalmente debida era o no fácticamente posible.

Desde esta perspectiva, la inactividad de la Administración no sería más que, un funcionamiento anormal de ella, ya que constituye una negación de su obligación de hacer, una inercia, una situación de pasividad, que resulta reprochable jurídicamente ya que causa perjuicio al administrado¹⁸⁰. En razón de esto, en nuestro país, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública nacería en virtud de una *culpa in vigilando*. Lo que significa como lo expone BELADIEZ ROJO¹⁸¹, que “la administración responde, no por un mal funcionamiento del servicio concedido sino por un mal funcionamiento del servicio de inspección”.

Pues bien, la relación de imputación entre ese deber de actuación omitido y el daño producido, es un tema muy complejo y controvertido, principalmente porque “para acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el menoscabo, es necesario demostrar que, si la entidad hubiera realizado el deber incumplido, se hubiera evitado el daño producido”¹⁸².

En tal sentido, lo pertinente, consistiría en aplicar un factor de atribución que recaiga sobre un funcionamiento anormal de la Administración Pública, que permita determinar cuando no se ha realizado un comportamiento debido o exigible, y, en realidad, el Estado se ha excedido respecto al estándar de actuación permitido.

Sobre este punto, MIR PUIGPELAT, “manifiesta que lo óptimo para resolver este debate consiste en conocer con certeza las normas de diligencia que establecen un modelo de conducta a seguir por parte de la Administración, e identificar al responsable de elaborar dichas pautas de conducta administrativa”¹⁸³. Para ello, el parámetro a seguir está conformado por dos elementos: el primero, referido a un sistema de estándares específicos de diligencia, que haya sido plasmado en una norma, y el segundo, conformado por una cláusula general de diligencia o cierre que permita superar esa rigidez normativa y otorgue flexibilidad al sistema.

De esta forma, se permitiría imputar responsabilidad a la Administración en virtud del título culpa in vigilando, cubriéndose el espacio de responsabilidad con relación a los servicios otorgados a un concesionario.

Así también, con relación a la responsabilidad que debe asumirse cuando se trate de servicios prestados en virtud de una autorización, la respuesta no sería diametralmente distinta.

¹⁸⁰ Huapaya Tapia y Sánchez Povich, “La responsabilidad patrimonial”, p. 257

¹⁸¹ Citado en De Ahumada Ramos y Santamaría Pastor. *La responsabilidad patrimonial* pp. 499 y 500.

¹⁸² Citado por Huapaya Tapia y Sánchez Povich, “La responsabilidad patrimonial”, p. 268

¹⁸³ Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial*, pp. 260 y 261.

En sentido estricto, la autorización hace referencia a aquella técnica mediante la cual se levanta a un privado la prohibición del ejercicio de un derecho siempre que se cumplan unas condiciones legales o reglamentarias mínimas. Por ende, la autorización posibilita al privado el ejercicio de actividades en principio privadas¹⁸⁴.

El profesor LAGUNA PAZ, explica este tipo de responsabilidad, partiendo de la premisa de que un sujeto autorizado no lleva a cabo una actividad administrativa sino privada, y, además, la autorización solo genera un vínculo jurídico – público entre la Administración y su titular, mas no respecto de terceros¹⁸⁵. Sin embargo, afirma que, también en estas actividades sujetas a autorización, la Administración mantiene deberes concretos y específicos (control, vigilancia e inspección) que debe observar siempre, a fin de evitar que se produzcan resultados dañosos¹⁸⁶. Desde luego, el Estado asume su responsabilidad por omisión a sus deberes, estando facultado para repetir en la vía ordinaria contra el concesionario.

En efecto, cuando el daño se produce por omisión no puede afirmarse en estricto una relación de causalidad, sino a lo mucho, una causalidad hipotética, consistente en la evitación de un resultado. Por ello, lo decisivo, según ENTRENA, es la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios¹⁸⁷; habida cuenta que la imputación de una conducta por omisión se sustenta, por un lado, sobre el principio *ex nihili nihil fit* (de la nada, nada proviene) puesto que, en una omisión, en realidad no cabe hablar de una causa que origine el resultado; y, por otro, sobre la causalidad hipotética: una creación dogmática que permite ante la falta de una causa material fundamentar una relación de causalidad entre omisión y daño, tal como sucede para la imputación de conductas activas.

Esto quiere decir que, en la hipótesis en que el agente hubiera cumplido con el deber preceptivamente exigido, el resultado lesivo probablemente¹⁸⁸ se hubiera evitado.

A este juicio de imputación se le debe adicionar el factor de atribución que posibilita concretar el análisis jurídico de responsabilidad haciendo responsable a la Administración por una negligencia en su actuar. Es así que, que autores como JIMÉNEZ BLANCO Y REBOLLO PUIG, afirman que será la culpa o negligencia lo que permita concretar esa relación de causalidad,

¹⁸⁴ Abruña Puyol y Baca Oneto, *Primera Lección*, pp. 16 y 17.

¹⁸⁵ José Carlos Laguna de Paz, “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *Revista de administración pública*, N° 155, (2001), p. 1. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17536>

¹⁸⁶ Laguna de Paz, “Responsabilidad de la Administración”, pp. 35 y 36.

¹⁸⁷ Laguna de Paz, p. 50

¹⁸⁸ En la doctrina penal a este juicio de probabilidad se le conoce como la probabilidad rayana en la certeza, que implica que un comportamiento omisivo se atribuye a determinado agente cuando de haber cumplido con su deber, se hubiera muy probablemente (casi con certeza) evitado el resultado.

tomando en cuenta el funcionamiento anormal o culposo de la Administración por la falta de diligencia para prevenir y evitar los daños generados¹⁸⁹.

En suma, lo que hay que entender es que no estamos frente a una responsabilidad objetiva, pues las organizaciones administrativas no tienen por qué hacerse cargo de todos los daños provocados por el sujeto privado, sino solo de aquellos, en los que, mediando una causación adecuada, se pueda imputar un funcionamiento anormal¹⁹⁰.

Por esta razón se afirma, que, en el ámbito de servicios gestionados por contratistas, concesionarios, o titulares de autorizaciones, la Administración pública no debe ni tiene por qué estar totalmente exenta de responsabilidad. En consecuencia, dicha responsabilidad aparecerá cuando el daño resulte de actuaciones contrarias a lo determinado por la norma o contrato, y cuando, por la posición de garante que ostenta, exista un deficiente cumplimiento de sus deberes. Por tanto, lo importante será determinar en cada caso concreto, si se infringió o no y en qué medida el estándar de conducta establecido previamente.

Siendo las cosas así, cabría preguntarse entonces, si la víctima debe dirigirse directamente contra la Administración o contra el sujeto privado o podría indistintamente hacerlo contra ambos. Una vez realizado este análisis, también será importante dilucidar, si cuando existe responsabilidad por parte del sujeto privado, este la asume en virtud del numeral 8 artículo 1 de la LPAG, o según las reglas aplicables del Código Civil.

Nuestra legislación a diferencia de otros ordenamientos jurídicos¹⁹¹, no contempla una cláusula que defina expresamente si la Administración Pública o el concesionario responderán individual o solidariamente por los daños y perjuicios causados a terceros, o solo será aquella – universalmente y en todos los casos- quien tenga el deber de resarcimiento frente a estos últimos.

En otros ordenamientos se ha tomado en consideración una responsabilidad solidaria entre el Estado y persona jurídica privada, a fin de reparar a las víctimas por los daños generados. De esta forma, el particular puede dirigirse indistintamente contra algunos de ellos a fin de ver completamente satisfecho su derecho.

¹⁸⁹ Laguna de Paz, “Responsabilidad de la Administración”, p. 47.

¹⁹⁰ Laguna de Paz, p. 46.

¹⁹¹ En España, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LE) y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establecían que en los supuestos de servicios públicos prestados mediante concesión, solo respondía el concesionario, salvo que el daño provenga de alguna cláusula impuesta por la Administración, o cuando deriven de manera inmediata y directa de una orden de aquella o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma.. En González Pérez, *Responsabilidad patrimonial*, pp 280 y 286

En nuestro régimen jurídico, lo más óptimo sería que en todos los casos sea la Administración Pública quien responda directamente ante los ciudadanos, de tal modo, que el derecho que ostentan los particulares sea realizable y tenga mayores posibilidades de obtención. Posterior a ello, la propia Administración tendría que remitirse a unas reglas de reparto interno (también previamente elaboradas) que le permitan ejercer una acción de repetición contra los responsables directos de la prestación de esos servicios públicos. Bajo estas condiciones, la Administración tendría acciones superiores de cobro para recuperar el monto desembolsado respecto de aquellas que podría ejercer un privado, quien se encuentra en una posición menos favorable y no goza de prerrogativas ni de privilegios como poder público.

Asimismo, en el supuesto de que los daños se hubieran producido como consecuencia del cumplimiento de órdenes estrictas por parte de la Administración, o en función de determinadas cláusulas establecidas en el contrato, en estos casos, quien responderá de forma directa será aquella, pues el sujeto privado actuó en pleno ejercicio de una actividad vinculada (siempre y cuando se haya desenvuelto dentro de ese marco contractual establecido).

Por otro lado, otro punto importante consiste en definir las reglas aplicables para el concesionario gestor de servicios públicos, para cuyo efecto nos remitimos a lo establecido en el Título Preliminar del TUO- LPAG que prescribe:

Artículo I. *Ámbito de aplicación de la ley:* La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la ley en cuestión se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Un estudio detallado del numeral antes transcrito indica que las personas jurídicas bajo régimen privado pueden ser tanto personas de titularidad privada como de titularidad pública, y en el caso de estas últimas, el título de gestión del servicio público o de ejercicio de función administrativa sólo puede ser, respectivamente, la concesión o la delegación¹⁹².

Siendo la concesión el modo ordinario de encomendar a un privado la gestión de un servicio público, en virtud de este título habilitante, el concesionario está sujeto al contrato de

¹⁹² Si se admitiera un sentido amplio del servicio público, como los servicios educativos y de sanidad (actividades que, constitucionalmente, deben poder ser, al menos en parte, propiamente privadas), la autorización sería una técnica adecuada para el reconocimiento del ejercicio de estas actividades. Y, aunque en apariencia, salvo una excepción puntual, en el ordenamiento peruano actual no se reconocería el servicio público en sentido estricto, un estudio más detallado nos lleva a concluir su admisión en las diferentes leyes sectoriales. Abruña Puyol y Baca Oneto, *Primera Lección*, p. 17

concesión y a las leyes y reglamentaciones específicas del servicio, por lo que, parecería que la Administración concedente se reserva el ejercicio del poder público, otorgando solamente la gestión de la actividad material que debe ejercerse en conformidad con las normas que ella misma dicta¹⁹³.

Además, al observarse las distintas normas generales y sectoriales que contemplan la concesión de servicios públicos, no se advierte la transferencia a los concesionarios de potestades públicas, ni mucho menos, se advierte que, por el hecho de prestar un servicio público, se conviertan en entidades gubernamentales; por el contrario, es la Administración quien establece firmemente las condiciones en que se oferta el servicio en ejercicio de sus potestades públicas.

Es por esto que, ABRUÑA PUYOL, asevera con precisión que,

“los concesionarios de servicios públicos, por el hecho del contrato de concesión, no ejercen poder administrativo. En consecuencia, aunque en ciertos casos pudieran aplicárseles las normas generales administrativas, ni son Administraciones públicas ni se constituyen como tales por el mero hecho de ocuparse de la gestión de un servicio público”¹⁹⁴.

Así también lo reconoce MARTIN TIRADO cuando afirma que las personas jurídicas del régimen privado descritas en el numeral 8 del artículo I de la LPAG, no son propiamente entidades de la administración Pública, puesto que no ejercen potestades administrativas y tampoco están incluidas en la organización del Estado peruano¹⁹⁵.

Por lo tanto, el sujeto privado que gestiona servicios no es Administración Pública ni le alcanzan las prerrogativas ni los privilegios propios del Derecho público, como tampoco las restricciones a ese poder: es por ello que, en virtud de los daños derivados de su gestión indirecta, se le deben aplicar las reglas de responsabilidad consagradas en el Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que dejar de mencionar que, el juez jugará un rol trascendental al valorar en cada caso concreto las circunstancias en que ocurrieron los daños, a fin de evaluar si debe existir una responsabilidad compartida, o incluso si solo existió responsabilidad exclusiva de la Administración o del tercero; pero siempre esta tarea será más eficiente si las reglas se encuentran previamente establecidas.

¹⁹³ Abruña Puyol y Baca Oneto, p. 17.

¹⁹⁴ Abruña Puyol y Baca Oneto, p. 21.

¹⁹⁵ Martín Tirado, “Los Actos Administrativos”, p. 184.

3.3.2 *Los criterios de imputación: el funcionamiento anormal de la Administración (y la culpabilidad) y el funcionamiento normal (responsabilidad por riesgo)*

Habiéndose expuesto cómo el Estado es pasible de asumir responsabilidad en virtud del artículo 260, corresponde ahora distinguir bajo qué criterios se le debe imputar ese deber de reparación, o, en otras palabras, como se determina la factibilidad jurídica de asignar el daño a la Administración referida a contar con un factor de atribución objetivo o fundamento jurídicamente relevante que permita asignar el deber de compensación al Estado, ocupando el papel que en la responsabilidad patrimonial tiene la imputabilidad (culpa y dolo)¹⁹⁶.

Al respecto, la culpa como factor de atribución siempre ha sido el sustento para fundamentar la hegemonía de un sistema subjetivo de responsabilidad donde la reparación económica se otorga en función a la conducta del agente; sin embargo, del otro lado, la responsabilidad objetiva, es un sistema que permite prescindir de dicho elemento obligando a entregar una compensación por riesgos o peligros creados. En el ámbito civil peruano, se han contemplado ambas opciones; en la esfera de responsabilidad estatal, se ha importado un sistema extranjero con determinados matices.

Tradicionalmente, en la escuela administrativa española se estableció que la administración sólo respondería cuando el daño le fuera “imputable” por tratarse de: (1) la realización material directa y a la vez legítima de un daño, que se daría en el supuesto del funcionamiento “normal” de los servicios públicos; (2) la comisión material directa pero ilícita del daño, que sería el funcionamiento “anormal” de los servicios públicos y reenvía a la noción de culpa; y (3) el riesgo creado por la Administración Pública, que también sería un supuesto de funcionamiento “normal” del servicio público, pero en donde el daño no es imputable al hecho de la administración, sino al caso fortuito¹⁹⁷.

Durante mucho tiempo, esta doctrina fue objeto de críticas, debido a que, muchos se oponían a establecer como un criterio de imputación el funcionamiento normal de los servicios públicos, toda vez que ello, solo le generaba al Estado un deber de remediar todo tipo de daños que se presenten convirtiéndolo en una especie de garante universal. Es decir, no era necesario efectuar un análisis sobre la conducta irregular del órgano administrativo, pues, independientemente de existir dolo, culpa, o negligencia en el ejercicio de potestades, si se

¹⁹⁶ Para este autor, los factores de atribución que generalmente se utilizan son: funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad administrativa con relación con ciertos estándares admisibles. Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II, p. 552.

¹⁹⁷ Victor Baca Oneto, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa”. *Revista De Derecho Administrativo*, 9 (2010): p. 240 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13716>

producía un daño, se tenía que responder por el mismo, pues el alcance de la responsabilidad estatal era ilimitado.

Por eso, en primer lugar, se ha considerado que, para realizar un análisis efectivo de la responsabilidad patrimonial y de este modo, establecer debidamente su alcance, es necesario tener en cuenta los criterios de imputación objetiva tales como¹⁹⁸:

- El riesgo general de la vida, que implica que no es posible asumir responsabilidad por los daños naturales que puedan surgir con motivo de la existencia del afectado.
- La prohibición de regreso, a través de la cual aquella persona que inició el curso causal de un daño queda exonerada de responsabilidad, si durante ese proceso existió la intervención dolosa o grave de un tercero; salvo que la conducta haya sido favorecida por el comportamiento previo del primer causante, o si éste tenía el deber de impedirla.
- El criterio de la provocación que permite imputar los daños causados durante una persecución o al intentar salvar (razonablemente) la vida o bienes propios o de tercero, puestos en peligro por un accidente, al causante de la primera o del segundo.
- El criterio del incremento del riesgo, según el cual no puede imputarse el daño a una conducta cuando, de no haber existido esta última, igualmente se hubiera concretado el evento dañoso.
- El criterio del fin de protección de la norma fundadora, según el cual no se puede imputar objetivamente daños que quedan fuera del ámbito de protección de la norma.
- El principio de confianza, que implica que, en un contexto de repartición del trabajo, una persona siempre obra con la plena confianza de que los terceros también actúan acorde con lo estrictamente permitido.
- La competencia de la víctima según la cual si la víctima tiene un control de la situación a ella se le puede imputar el evento dañoso y no, al autor mediato del hecho,
- El criterio de la adecuación, en virtud del cual no se puede imputar un daño a una conducta cuando la producción de ese daño hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado, que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión ex ante.

En armonía con estos criterios, también debe tenerse presente que la imputación objetiva no es exclusiva de la responsabilidad objetiva, sino que también se predica de la responsabilidad

¹⁹⁸ Baca Oneto, “Es objetiva la responsabilidad”, pp. 237 y 238.

por culpa, pues se trata de un paso previo a la determinación de criterios de imputación subjetiva que distinguirían la responsabilidad objetiva y subjetiva¹⁹⁹.

Con relación a esto último, MIR PUIGPELAT, explica que, existen dos niveles de imputación. El primero que abarca la imputación de conductas a la Administración, y el segundo, que corresponde a una imputación de daños a esas conductas. Este segundo nivel aplica la teoría de la imputación objetiva, concluyendo que solo procede imputar un daño a la Administración cuando esta, con su actuación, además de haber producido el daño (debe existir una relación de causalidad entre la conducta administrativa y el daño), haya creado un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido, y dicho riesgo – y no otro, sea el que se haya realizado en el resultado lesivo²⁰⁰.

Por consiguiente, el elemento de culpabilidad de la actuación administrativa, debe integrarse en el título de imputación del riesgo no permitido: cuando la Administración funciona de manera anormal, rebasará ese nivel de riesgo permitido (y en el caso de que dicho riesgo no se encuentre consentido y se realiza en el resultado) deberá serle imputado objetivamente un daño, teniendo la víctima derecho a la indemnización²⁰¹.

En ese sentido, el autor español manifiesta que, la subordinación de la responsabilidad administrativa al requisito de la anormalidad solo provoca que se eleve el nivel de riesgo permitido. Además, esa limitación incide en el título de imputación (de segundo nivel²⁰²) del riesgo no permitido, pero no en los demás (no disminución de un riesgo, riesgo no insignificante, y no consentido, realización del riesgo en el resultado)²⁰³.

De ahí que, lo interesante consista en determinar si una responsabilidad objetiva en el Perú cumpliría con satisfacer las demandas de los ciudadanos a fin de ver restaurado su patrimonio, sin que ello, implique un desmedro de la caja fiscal, o si, por el contrario, habría que decantarse por una responsabilidad subjetiva que permita evaluar con justicia el tráfico administrativo y solo conceda ese deber resarcitorio cuando haya existido esencialmente una "faute service". Igualmente, resulta importante definir la viabilidad de un marco legal que incorpore la responsabilidad subjetiva de manera amplia, y, al mismo tiempo, sea compatible con un sistema objetivo que incluya criterios que restrinjan su ámbito de aplicación, superando de esta forma, la falta de uniformidad y los vacíos legales.

¹⁹⁹ Baca Oneto, "¿Es objetiva la responsabilidad", p. 243

²⁰⁰ Mir Puigpelat, La responsabilidad patrimonial, pp. 281 y 283.

²⁰¹ Mir Puigpelat, p. 283.

²⁰² En este caso, el autor citado, manifestaba que existe una imputación de conductas a la Administración (imputación de primer nivel) y una imputación de daños a esas conductas previamente imputadas a la administración, lo que sería la imputación de segundo nivel.

²⁰³ Mir Puigpelat, p 283.

Para BACA ONETO, indudablemente, la responsabilidad objetiva presenta muchas dificultades especialmente desde el punto de vista económico; por lo que, adaptarse a un sistema como ese (aun, intentando salvar sus deficiencias con criterios de relativización), no sería lo más conveniente. Además, explica que en nuestro país no podría afirmarse la existencia de un régimen exclusivamente objetivo pues la norma no obliga a una interpretación como tal²⁰⁴.

En base a las circunstancias en que se aprobó el D.L. 1029, en realidad parece ser que el legislador se dedicó a buscar una salida para las demandas iniciadas por los daños relacionados a servicios de salud tercerizados, redefiniendo el ámbito de responsabilidad, limitándolo a los actos de la Administración y a la gestión directa de servicios, mas no, se preocupó por aclarar el sistema patrimonial que se estaba instaurando en el país.

En la doctrina peruana, autores como GUZMÁN NAPURÍ²⁰⁵, se han pronunciado al respecto, indicando que la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, y tomando como base la doctrina española, señala que para atribuir responsabilidad basta con la existencia del daño y que este, sea consecuencia del funcionamiento de la Administración, sin probar la negligencia o deficiencia del servicio.

Siguiendo esa misma idea, ISASI CAYO²⁰⁶ sostiene que la responsabilidad de la LPAG es una responsabilidad objetiva, pero al mismo tiempo expresa que puede existir un riesgo al abrirse una puerta muy grande para que ingresen toda clase de pretensiones que el presupuesto público no esté en condiciones de soportar.

No obstante, tal como lo plantea BACA ONETO, la regla general debería ser atribuir responsabilidad a la Administración cuando exista un funcionamiento anormal, es decir, responderá por culpa, y cuando se cree un riesgo especial responderá objetivamente.

En la actualidad, en el Perú existe una responsabilidad híbrida, esto es, una responsabilidad mixta; pero habría que ajustar determinados aspectos. En principio, se tendría que modificar el TUO- LPAG y establecer una cláusula general donde el criterio de imputación sea el funcionamiento anormal de los servicios públicos y, al mismo tiempo, se precisen los supuestos para responsabilizar a la Administración por los riesgos creados.

Así también, el examen se deberá realizar a partir de una noción objetiva de culpa, con lo cual bastaría con infringir la norma objetiva de cuidado (de diligencia) propuesta por el

²⁰⁴ Baca Oneto, “¿Es objetiva la responsabilidad”, p 247

²⁰⁵ Citado en Baca Oneto, “¿Es objetiva la responsabilidad”, p 247

²⁰⁶ Citado en Baca Oneto, “¿Es objetiva la responsabilidad”, p 247

ordenamiento para incurrir en culpa. En ese sentido, habría que comparar la conducta realizada con el modelo de conducta que se deriva de la norma objetiva²⁰⁷.

Visto esto, MIR PUIGPELAT²⁰⁸, indica que el legislador y la Administración deben esforzarse en fijar criterios y estándares concretos de actuación de las Administraciones públicas, que indiquen cuál es el funcionamiento normal de los servicios públicos y cuya vulneración constituya la anormalidad que desencadene una responsabilidad de tipo patrimonial.

Desde esa perspectiva, para muchos, lo ideal es recurrir a las cartas de servicio ya que se trata de documentos escritos elaborados por la Administración o sus entes, que describen e informan a la ciudadanía los servicios gestionados o prestados por el ente público, las condiciones que deben cumplir, los compromisos de calidad que se asumen en su prestación y los derechos que tienen los ciudadanos/usuarios en relación con los mismos²⁰⁹.

Estos documentos no solamente informan sobre los estándares de prestación del servicio, sino que deben convertirse en verdaderos instrumentos vinculantes, de modo tal que, establezcan imperativamente auténticas obligaciones de actuación para el ente emisor. Sin embargo, y pese a su indudable utilidad, las cartas de servicio no son totalmente idóneas porque su función natural consiste en imponer a la Administración obligaciones de resultado, más que obligaciones de medios o de conducta. En tal sentido, como bien afirma CARAZA CRISTIN, se convierten en herramientas poco adecuadas para imponer deberes de diligencia, toda vez que estos últimos están referidos a modelos de conducta y no a resultados²¹⁰.

Por esta razón, y debido a su falta de regulación en nuestro país, lo recomendable es adoptar un sistema como el mencionado en párrafos anteriores que, por un lado, establezca normativamente exhaustivos estándares específicos de diligencia dirigidos a la Administración y a sus entes; y, por otro, defina el modelo de conducta que se debe seguir, es decir, una cláusula general de diligencia que permita superar la rigidez de la estandarización y otorgue flexibilidad al sistema²¹¹.

²⁰⁷ De esta forma, se distingue de la noción tradicional de culpa donde, además, de infringirse la norma de cuidado, era necesario evaluar las condiciones personales del sujeto que infringió la norma, es decir, tener en cuenta sus conocimientos y capacidades. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial*, p. 258.

²⁰⁸ Mir Puigpelat, p. 262.

²⁰⁹ María del Mar Caraza Cristin, “Los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos y su incidencia en la responsabilidad de la administración” (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015) p. 129 y 424. <https://idus.us.es/handle/11441/27026>

²¹⁰ Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial*, pp. 271 y 272

²¹¹ Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial*, p. 279.

Los estándares normativos de diligencia serían plasmados en las leyes sectoriales de cada servicio público que sea prestado²¹², mientras que, la cláusula general vista como un concepto jurídico indeterminado, se convierte de forma complementaria a los estándares normativos en una fuente de valoración para el juez, en función de las circunstancias de cada caso concreto.

De esta forma, el funcionamiento anormal estaría asociado con la culpa objetiva y vendría sustentado por un sistema de estándares elaborado por la Administración, al mismo tiempo que se utilizaría una cláusula de cierre para cubrir espacios en los que interviene la casuística. A ello, solo habría que añadirle los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos que, excepcionalmente, generarían también indemnización a cargo de las entidades públicas.

3.3.3 La lesión patrimonial y la antijuricidad del daño

La lesión patrimonial es uno de los elementos principales y sobre el cual se realiza el análisis de responsabilidad. Si no existe lesión que resarcir, no hay nada que reparar. Pero tampoco puede tratarse de cualquier lesión o daño, sino de una de tipo antijurídico; habida cuenta que la antijuricidad es uno de los requisitos, indispensables y se predica no desde el ámbito de la ilegalidad, es decir, la lesión no necesariamente se deriva de un acto contrario al ordenamiento jurídico, ya que puede generarse a partir de un funcionamiento normal o anormal de la Administración.

Por lo tanto, este elemento también hace referencia a que el administrado no tiene la obligación de soportar esa carga, es decir, que no existe obligación alguna establecida en la ley que respalde o justifique dicha carga²¹³. Por tanto, la antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable, se predicará del efecto de la acción y no de la acción administrativa en sí misma²¹⁴.

La distinción entre uno u otro caso se realizará a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto no existan causas de justificación que legitimen el perjuicio²¹⁵. Así

²¹² En telecomunicaciones podemos encontrar entre otras, la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 172-2022-CD/OSIPTEL o en el sector de energía, la Directiva N° 010-2004-OS-CD/OSINERGMIN; o, también existe el Decreto Legislativo N° 1280 Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento.

²¹³ Citado en Sánchez Povich, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 326.

²¹⁴ Sánchez Povich, p. 326.

²¹⁵ Citando a Eduardo García de Enterría, (Eduardo y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez. *Curso de Derecho Administrativo* Lima-Bogotá: Palestra – Temis. 2006. Tomo II. pp. 1296-1297.) En Sánchez Povich, “La Responsabilidad Patrimonial, p. 326.

pues, no resultará relevante evaluar si nos encontramos frente a una lesión o dilucidar sobre el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa causante del daño, sino sobre los efectos que ésta produce en el particular y si el particular tiene o no el deber de soportarlos²¹⁶.

Por otra parte, el artículo 260.4 del TUO LPAG señala como otras características del daño, que este debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos. Al respecto, que el daño sea efectivo implica que debe existir certeza de su existencia, es decir, debe ser concreto y no hipotético o eventual. Asimismo, la valuación económica del daño implica que puede otorgársele un precio cuantificable, teniendo en cuenta que, no solo se trata de realizar un análisis de daños patrimoniales sino también de daños extrapatrimoniales. Y que sea individualizado significa que debe ser posible identificar a la persona o al grupo de personas que se convierten en acreedores de la reparación. Esto último, dado que, se busca excluir la posibilidad de calificar como daño indemnizable aquellas situaciones que sean consideradas cargas colectivas comunes de la sociedad o de una parte de ella²¹⁷.

Al mismo tiempo, el numeral 260.5 explica que la indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, lo cual incluye el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Es decir, la reparación va incluir daños de carácter patrimonial, o más bien, aquellas rentas o ganancias dejadas de obtener como consecuencia del hecho dañoso, así como daños de carácter extrapatrimonial, como el daño a la persona que afecta a los derechos de la persona, su integridad física o su proyecto de vida y el daño moral, que involucra un dolor, pena o aflicción, es decir, la afectación a un sentimiento de especial consideración.

En síntesis, a fin de tutelar el principio de integridad patrimonial²¹⁸, el daño debe cumplir con todos los requisitos señalados en los párrafos precedentes para calificar como un daño injusto y de este modo, se convierta en objeto de resarcimiento.

²¹⁶ Sánchez Pavis, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 326

²¹⁷ La idea es excluir de la posibilidad de calificar como daño indemnizable aquellos que sean cargas colectivas comunes de la sociedad o parte de ella. Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II, p. 553

²¹⁸ Principio que a criterio de Orlando Vignolo deba mostrar un equilibrio contra el principio de enriquecimiento injusto. Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad”, p. 72.

3.3.4 *El nexo causal entre la conducta y la lesión y los supuestos de ruptura: hecho determinante de la víctima, hecho determinante de tercero, caso fortuito y fuerza mayor*

Otro de los presupuestos para el análisis de la responsabilidad patrimonial corresponde al nexo causal. El nexo causal es el elemento que une la conducta de la Administración con el evento dañoso; en su ausencia no es factible imputarle responsabilidad a la Administración y, consecuentemente, exigirle indemnización.

De este modo, para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea lo suficientemente idóneo para producirlo, es decir, que tenga una especial aptitud para generar el efecto lesivo (causalidad adecuada)²¹⁹.

De la misma forma lo interpreta VIGNOLO CUEVA, cuando expresa que toda actuación administrativa debe tener ciertos grados de idoneidad de cara a la afectación, sin perjuicio de las demás características que debe ostentar en virtud de la normativa vigente²²⁰.

En la misma dirección, la redacción del artículo 260 TUO LPAG declara que los daños ocasionados, tienen que ser “consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal” de los servicios públicos.

Con ello, esta disposición tiene el propósito de identificar hasta qué punto determinados daños deberán ser imputados a la actuación de la Administración y cuáles otros, por el contrario, deberán considerarse producidos como resultado de una circunstancia que escapa a la que originó directamente una determinada actuación administrativa²²¹. Por lo tanto, “estamos en presencia de un requisito o presupuesto directo y exclusivo que permite valorar jurídicamente los hechos u omisiones que aparecerían en un caso concreto”²²².

Sin embargo, este requisito no se presenta siempre de forma absoluta, hecho que se evidencia con lo normado por el inciso 2 del aludido artículo: “no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante del administrado damnificado o de tercero”, haciendo referencia a supuestos que ocasionan una fractura del nexo causal y que detallaremos a continuación.

²¹⁹ Sánchez Povich, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 326.

²²⁰ El autor distingue que si bien, respecto al funcionamiento anormal la doctrina comparada ha preferido la teoría de la equivalencia de condiciones, en nuestro ordenamiento ello se ve mitigado por las causales de exclusión que contempla la norma. Asimismo, respecto al funcionamiento normal, señala que nuestra LPAG se inclina por actividades administrativas con consistencia. Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad”, p. 69

²²¹ Sánchez Povich, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 329.

²²² Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad”, p. 69

3.3.4.1 Supuestos de fractura del nexo causal. En principio, cabe acotar que, si bien para estas causales de indemnidad el legislador no ha determinado explícitamente sus características básicas, resulta provechoso realizar un somero examen a la doctrina civilista que funciona como parámetro de referencia:

a) Caso fortuito o fuerza mayor

Siguiendo la teoría del Código Civil, el artículo 1315 establece que el caso fortuito o fuerza mayor es aquella causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible (...).²²³. Sin embargo, como se advierte, el acotado artículo no aporta una distinción expresa sobre estas dos categorías jurídicas, calificándolas por igual.

Desde un punto de vista histórico- doctrinario, el caso fortuito se equipará a un hecho natural (también conocido como “acto de Dios”²²⁴) que impide el cumplimiento de una obligación o que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, genera un daño. En cambio, la fuerza mayor se vincula con una intervención irresistible por parte de una autoridad (también denominado “acto del Príncipe”). Otros por su parte, mencionan que el énfasis en el caso fortuito radica en su imprevisibilidad mientras que la fuerza mayor prevalece por su carácter irresistible.²²⁵

Para OSTERLING PARODI, los acontecimientos extraordinarios son aquellos hechos fuera de lo común, que no son usuales. Los acontecimientos imprevisibles son aquellos que no tienen motivos atendibles para presumirse que vayan a suceder, y, por último, la irresistibilidad implica que no existe posibilidad de evitar el acontecimiento²²⁶.

Por tanto, estaremos frente a un evento extraordinario cuando exista una situación excepcional (fuera del orden y regla natural), de acuerdo al contexto temporal y las circunstancias de espacio en que se deba ejecutar la prestación²²⁷. Así también, el evento será imprevisible si supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en dicha relación obligatoria²²⁸, y si, además, no permite ser tolerado, o rechazado u contrarrestado con alguna acción, se tratará de uno inevitable o irresistible.

²²³ Artículo 1315 del Código Civil Peruano

²²⁴ O también conocido como “Act of God”.

²²⁵ De Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual: Arts. 1969-1988. T. I*, p. 30

²²⁶ Felipe Osterling Parodi, *Inejecución de Obligaciones*, p. 139. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20obligaciones%201985.pdf>

²²⁷ Walter Gutiérrez Camacho, ed. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas/ [dirección] Walter Gutiérrez Camacho*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

²²⁸ Felipe Osterling Parodi, *Inejecución de Obligaciones 1985*, 2013, <https://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20obligaciones%201985.pdf>.

En sede administrativa, a través del precedente vinculante como el de SUSALUD²²⁹, se expresa que el caso fortuito se constituye como un hecho proveniente de la naturaleza, caracterizado por la imprevisibilidad, pues el evento no ha podido ser evitado; en cambio, la fuerza mayor, corresponde a un evento proveniente de una autoridad con poder otorgado por el Estado, por lo que, calificar un hecho con una u otra condición depende de las circunstancias y características del caso concreto.

En ese sentido, la última modificación realizada a la LPAG a través del Decreto Legislativo N°1029 que introdujo el caso fortuito como causal de exclusión, conllevaría a pensar que tenemos un sistema subjetivo de responsabilidad, pues en un sistema de responsabilidad objetiva, la administración también responde por accidentes. Sin embargo, el artículo 1972 del Código Civil, ha contemplado el caso fortuito como causal que limita esta última responsabilidad (objetiva), por lo que, nada se puede deducir del DL 1029²³⁰. Sin embargo, pese a no definir el sistema de responsabilidad, dichos conceptos contribuyen a formular el modelo de responsabilidad que debe primar en nuestro ordenamiento jurídico.

b) Hecho determinante del administrado damnificado o de tercero

El TUO – LPAG al igual que el CC en la Sección Sexta sobre Responsabilidad extracontractual, ha establecido como supuesto de exclusión de responsabilidad patrimonial el hecho determinante del administrado damnificado o de tercero; entendible toda vez, que estamos ante un daño que no ha sido producido por el presunto agente, sino más bien, por el propio administrado.

A diferencia de lo estipulado en el ámbito civil, en el ámbito administrativo no se alude a una “víctima” sino al “administrado damnificado”; sin embargo, el uso de una terminología distinta no implica diferencias sustanciales en el análisis. Por lo tanto, cualquier daño que el administrado sufra como consecuencia de su propia conducta (ya sea por acción u omisión) no debe ser asumido por una entidad pública, siempre y cuando dicha conducta haya sido decisiva para la ocurrencia del evento dañoso.

Asimismo, es importante precisar que el hecho determinante de tercero, implica que tal hecho debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza tal que aniquile su propia capacidad de acción, para lo cual la doctrina lo califica como una clase de “vis maioris”²³¹.

²²⁹ En sesión de Sala Plena N° 018-2020 de fecha 2 de diciembre de 2020

²³⁰ Baca Oneto, “Es objetiva la responsabilidad”, p. 248.

²³¹ Según el Diccionario Panhispánico del español jurídico: fuerza mayor.

Además, debe ser un hecho de carácter extraordinario, es decir, una causa extraña al presunto causante que debe revestir características de imprevisibilidad e irresistibilidad²³².

En consecuencia, en el campo administrativo, la teoría del hecho determinante de tercero al ser aplicable para exonerar al Estado de una responsabilidad patrimonial, requiere que se presente un supuesto en el que se cumplan con las condiciones antes descritas (extraordinario, imprevisible e irresistible) y, se trate de un hecho con una entidad tal que invalide o desplace la responsabilidad de la Administración Pública hacia el ciudadano o tercero.

En el mismo sentido, conviene destacar que, el carácter determinante²³³ del hecho del administrado damnificado²³⁴ o de tercero debe reflejar en la práctica que el hecho ha tenido efectos cancelatorios.

Sin embargo, no podemos soslayar como afirma DE TRAZEGNIES, que existen una serie de dificultades que pueden surgir en la práctica para determinar si la conducta de un tercero ha sido lo suficientemente determinante para cancelar la responsabilidad²³⁵. Ante dicha eventualidad será necesario determinar, si la conducta del administrado (damnificado) o tercero coadyuba en la producción del evento dañoso, mas no es determinante para su realización. Siendo que, en este último caso, el escenario correspondería (aparentemente) a una concurrencia de causas²³⁶, donde la responsabilidad se reparte y se asume entre los partícipes e involucrados en el hecho.

3.4 Otros supuestos de exclusión contemplados por la norma

El artículo 260.2 de la LPAG también ha establecido criterios adicionales que sirven como fundamento para alegar una exoneración de responsabilidad, al precisar que:

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

²³² Caracteres que se atribuyen a la causal establecida en el artículo 1972. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual: Arts. 1969-1988. T. I*, p. 359 y 360.

²³³ Para Orlando Vignolo se trata de un concepto jurídico indeterminado que deberá ser sustentado de manera prudente por los jueces. Vignolo Cueva, O. (2013). *La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas*, p.70

²³⁴ Como ejemplos de la doctrina comparada tenemos: el suicidio de un detenido en una celda policial y la explosión de un depósito de gas por descuido de un particular. *Ibidem*, p. 70

²³⁵ De Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual: Arts. 1969-1988. T. I*, pp. 363 y 364

²³⁶ Sobre esto, se afirma que, en los casos de concausa, no existe una verdadera ruptura del nexo causal, sino un supuesto de alteración parciales, donde el sujeto responsable y la víctima comparte y asumen ambos, los efectos de la indemnización. Beltrán Pacheco, "Estudios de la Relación Causal", p. 266

Sobre esto último, DIEZ PICAZO indica que, se trata de una importación de la teoría del estado de necesidad²³⁷ al ámbito de la responsabilidad patrimonial, pero a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, ésta no justifica la ausencia de responsabilidad, pues no se busca castigar a nadie, sino simplemente determinar qué patrimonio debe asumir el costo de los daños²³⁸.

Sucede que, la norma hace referencia a la salvaguarda de bienes como la vida, integridad, la salud, así como bienes públicos, entendiéndose con ello, de que existe una obligación primaria por parte del Estado de tutelar dichos bienes; y, por otro, que, al tratarse de una acción en beneficio de la sociedad, conlleva aparejado un eximente de responsabilidad de tipo económico. Sin embargo, para BACA ONETO dicha cláusula resulta absurda en la medida que al ser la propia Administración pública la beneficiada, en dichos casos existe una razón suficiente para que asuma el costo de los daños generados²³⁹.

Se discrepa con esta postura, teniendo en cuenta que dicha norma apunta a una conducta razonable y proporcional por parte de la Administración pública en defensa de bienes jurídicos de trascendencia para la sociedad²⁴⁰: por tanto, resultaría excesivo que, a raíz de una conducta justificada como esa, deba responder patrimonialmente por los efectos generados. Sin embargo, cabe precisar que siempre deberá primar ese carácter razonable y proporcional.

Por lo tanto, deberá ponderarse en cada caso concreto el estándar de actuación de la Administración, así como los daños generados, y la obligación del particular de soportar aquellos, sin quebrar el principio de igualdad de las cargas públicas.

Sobre esto, MORÓN URBINA asevera: “la intención legislativa es que los ciudadanos tengamos el deber de soportar los daños y perjuicios ocasionados a nuestros derechos y patrimonios (...). En la práctica será competencia de los jueces esclarecer cuando estas acciones han sido desarrolladas de manera razonable y proporcional (...)”²⁴¹.

Por tanto, se advierte que será también rol de los operadores jurídicos, evaluar el carácter que debe predicarse de la conducta pública a fin de determinar si el ciudadano tenía el deber de soportar los daños generados a su patrimonio.

²³⁷ El estado de necesidad (siempre que concurren determinadas condiciones) funciona como un eximente de responsabilidad, pese a haberse vulnerado un bien jurídico protegido. En el Perú se ha regulado el estado de necesidad justificante y exculpante (Artículo 20 del Código Penal). Para mayor ilustración revisar: Jesús-María Silva Sánchez, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 35, Fasc/Mes 3, (1982): pp. 663-692 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46225>

²³⁸ Baca Oneto, “¿Es objetiva la responsabilidad, p. 248

²³⁹ Baca Oneto, p. 248.

²⁴⁰ A nuestro juicio, la defensa de bienes como los ilustrados en la norma, en definitiva, implican un beneficio para toda la sociedad.

²⁴¹ Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II, p. 542.

Precisamente sobre esto último, el segundo párrafo del numeral acotado culmina agregando como causal exonerativa de responsabilidad lo siguiente: “(...) cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”. Al respecto, una corriente interpretativa, expone que el objetivo del legislador al considerar el “deber jurídico de soportar el daño”, hace alusión a supuestos de daños producidos por actos lícitos que se encuentran exentos de compensación, lo cual, a su vez genera, la reducción del extenso campo de supuestos de responsabilidad patrimonial²⁴².

Complementando esa línea interpretativa, consideramos que dicha expresión se encuentra íntimamente ligada con el carácter antijurídico del daño²⁴³ descrito en párrafos anteriores; siendo importante advertir que, en esta oportunidad el legislador no solo otorga potestad a la ley para determinar cuando el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar un daño, sino que también, atribuye la facultad de que este deber sea determinado según las circunstancias que rodean el supuesto de hecho, situación que tendría que ser desarrollada en el procedimiento judicial respectivo²⁴⁴.

Sobre esto último, es importante resaltar que la labor de determinar cuando el ciudadano tiene o no el deber jurídico de soportar un daño, también involucra la evaluación que debe realizarse tomando en consideración el contenido esencial de los derechos fundamentales. Este contenido esencial está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance²⁴⁵. Por lo tanto, en la medida en que no esté comprometido el contenido esencial, y no sea limitado ni mucho menos restringido, estaremos frente a una situación que debe ser perfectamente asumida por el particular.

²⁴² Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II, p. 549.

²⁴³ Tomando como base las ideas de su similar español, este último sistema incluyó el perjuicio antijurídico traducido en “*el no tener el deber jurídico de soportar*”, en la Ley española 30/1992, Sobre esto, y tras las críticas al supuesto régimen objetivo absoluto implementado en ley española, García de Enterría, explica que la responsabilidad que se intentó formular por primera vez en la Ley de Expropiación Forzosa, incluía una nota de antijuricidad que se desplazaba desde la conducta del agente a la del patrimonio que había sufrido el daño. Mir Puigpelat, La responsabilidad patrimonial de la Administración, p. 20 y 21.

²⁴⁴ Con ello, también se absuelve el debate que planteaba en su momento María Eugenia Caller Ferreyros respecto a la los criterios que otorgaban legitimidad a ese deber jurídico de soportar por parte del administrado.

²⁴⁵ En esa misma línea se afirma que el contenido esencial está compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, se ha de insistir, no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual. En Luis Castillo Córdova, “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”. *Foro Jurídico*, 13 (2014): p. 149. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13783>

Así también, es de interés apuntar la importancia de determinar (una vez ocurrido el daño) el deber preestablecido para el administrado, en la medida que define la legitimidad del sacrificio a ser asumido por el supuesto responsable del mismo.

3.5 La declaratoria de nulidad y la responsabilidad patrimonial de la Administración

Vistos los conceptos considerados para dispensar de responsabilidad al Estado, el siguiente punto a examinar está referido a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y su consecuente relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, contemplado en el inciso 3 del artículo 260 que señala: “La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización”.

Su lectura trasluce que por regla general la declaratoria de nulidad en sede administrativa y/o judicial no necesariamente conlleva el derecho resarcitorio al afectado; empero, deja abierta la posibilidad que en algunos supuestos sea admisible una pretensión indemnizatoria.

En líneas generales, la declaratoria de nulidad de un acto supone que la autoridad competente declare la invalidez del mismo, en virtud de un vicio trascendente previsto en la norma, generando la privación de todos sus efectos. Sin embargo, no todas las anulaciones generan afectaciones patrimoniales a la esfera jurídica de los privados, toda vez que, en muchas ocasiones la materialización de la invalidez de un acto es causada por el administrado o como consecuencia del uso de potestades discrecionales habilitadas por el legislador, a fin de que la organización administrativa obre en pro del interés público²⁴⁶.

Por ello, ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, distinguen dos supuestos en los que nace la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Por un lado, existe la obligación que nace como consecuencia de los efectos que hubiera producido el acto anulado. Por ejemplo, la imposibilidad de destruir la carretera construida en ejecución de un contrato inválido, si éste fuera impugnado por un tercero no adjudicatario, supuesto en el cual su interés tendrá que satisfacerse mediante una indemnización²⁴⁷.

Este último supuesto está contemplado por la ley en el numeral 216.2²⁴⁸ del TUO-LPAG que a la letra dice: “Los actos incursos en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero

²⁴⁶ Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad”, p. 71

²⁴⁷ Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto, *Lección 13, Perfección, validez, invalidez, eficacia y ejecución forzosa de los actos administrativos en el Derecho Peruano, (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2018, p. 18.

²⁴⁸ A su vez el numeral 216.1 señala: Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

cuyos efectos hayan caducado o agotado, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación o anulación.”.

No obstante, como bien se aprecia, este supuesto de indemnización o responsabilidad patrimonial viene expresamente determinado por el legislador en los casos de revocación o anulación de un acto administrado, cuando se origine un perjuicio económico al administrado y cuando no sea posible revertir sus efectos.

Situación distinta recae en lo preceptuado por el artículo 260, del cual se deduce que excepcionalmente la Administración va indemnizar por los efectos de una declaratoria de nulidad de un acto administrativo. En relación a esto, el análisis consiste en matizar la referida cláusula normativa con el carácter antijurídico del daño, o, en otras palabras, determinar si existe un deber jurídico por parte del particular para soportar el daño generado. Solo así, será viable activar la cláusula de responsabilidad patrimonial estipulada expresamente en el artículo 260.

Asimismo, los referidos autores recalcan que, cuando el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño, habría que recurrir al principio de confianza legítima²⁴⁹ de modo tal que solo podría reclamarse una indemnización cuando la anulación fuera imprevisible para el privado (es decir, que el vicio sea imputable al Estado), y además este hubiera realizado actos concretos amparado en dicha confianza²⁵⁰.

Con ello, queda evidenciado el esquema de responsabilidad patrimonial del Estado en el supuesto de declaraciones de nulidad de actos administrativos y su consecuente viabilidad en mérito a demostrarse que el particular no debe asumir los perjuicios generados y que su actuación se realizó sobre la base de la buena fe.

3.6 La acción de repetición

Después de haberse explicado los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado, así como los casos que no le asiste, en éste último tramo corresponde analizar los alcances del artículo 260.6 de la acotada, que a la letra dice: “Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no existencia de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la

²⁴⁹ Uno de los principios que se encuentra recogido en el Título Preliminar del TUO – LPAG y que señala que la autoridad administrativa brinda a los administrados información veraz y completa de los procedimientos a su cargo, a fin de que puedan tener una comprensión de su duración y de sus resultados.

²⁵⁰ Abruña Puyol y Baca Oneto, Lección 13, p. 16.

producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución”.

Según Morón URBINA, en dicho texto:

“se trata de hacer efectivo el deber de resarcimiento (carácter resarcitorio) que los servidores y funcionarios públicos tienen, por sus acciones u omisiones funcionales, cuando ocasionan dolosa o culposamente un daño económico en vía directa a los ciudadanos, pero en vía indirecta, al patrimonio público, porque es este quien afronta su resarcimiento. De lo contrario, se propiciaría la impunidad funcional (..)”²⁵¹.

Por ello, lo que el legislador pretende al incluir una acción de esta naturaleza, es concederle a la Administración Pública un instrumento jurídico para acudir a la vía judicial, incoando la acción de repetición contra sus funcionarios o autoridades, y obtener de esa manera la devolución del pago indemnizatorio, ya que éstos, por su conducta dolosa o culposa, son quienes verdaderamente deben asumir los perjuicios irrogados.

Para estos efectos el ente público debe reunir ciertas condiciones bajo las cuales se debe realizar el análisis para iniciar esta acción de repetición: i) la existencia o no de intencionalidad, ii) la responsabilidad profesional del personal involucrado y, iii) la relación con la producción del perjuicio, es decir, el nexo causal. Además, se deben presentar elementos externos²⁵² que contribuyen a determinar la procedencia de esta acción, los cuales se describen a continuación:

- a) Existencia de una condena firme, en vía ordinaria o judicial o mediante una resolución, que cree el título obligacional de deudor en determinada entidad pública.
- b) Un nexo causal entre la condena impuesta a la entidad y la conducta de la autoridad.
- c) El pago íntegro del monto indemnizatorio al afectado.

Asimismo, se indica que, una vez pagado el monto adeudado, la Administración debe iniciar un procedimiento administrativo interno, que, sobre la base de un informe legal, identificará los elementos de conexidad que permitan promover la respectiva acción de repetición. Esto último, en el supuesto de que el funcionario o servidor responsable haya manifestado rechazo o renuencia al cumplimiento de su obligación.

Sin perjuicio de lo anterior, el aludido numeral afirma que, la Entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo pagado, aprobando el acuerdo a través de una resolución. Además, aunque no esté contemplado en dicho dispositivo, se debería acudir a un centro de

²⁵¹ El autor menciona como ejemplos que implicarían una acción de repetición: mala praxis en hospitales estatales, muertes por inadecuado uso de armas, torturas, etc. Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II, pp. 558 y 559

²⁵² Morón Urbina, pp. 558 y 559.

conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos conforme al artículo 6 de la Ley 26872 - Ley de Conciliación, atendiendo que es una exigencia legal previa que asiste al demandante para accionar en sede ordinaria; o igualmente, se puede procurar la suscripción de una transacción con el funcionario responsable.

Por otra parte, también existe un debate en torno a la naturaleza de este mecanismo que la normativa le confiere al Estado, pues pese a que, de una lectura literal podría entenderse que se ha contemplado una actividad facultativa o potestativa al haberse incluido la expresión: “Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente (..)”; a criterio de MORÓN URBINA, de concurrir todos los elementos para su ejercicio, no existe motivo alguno para que el Estado no repita contra los responsables del evento dañoso, siendo una potestad que la Administración no posee antes de la norma²⁵³.

Al respecto, cabe manifestar que en el derecho administrativo lo que existen son potestades regladas y potestades discrecionales. Y en el marco de estas últimas se le otorga un margen de apreciación²⁵⁴ a la Administración Pública para configurar el interés general. Por lo tanto, la actividad discrecional no es un ámbito en el que la Administración escape al Derecho, sino que expresa el ejercicio de potestades conferidas por el ordenamiento jurídico, y con ello, también un sometimiento al mismo.

Como bien define Bullinger la discrecionalidad es «el margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley ni puede ser totalmente revisada por un Tribunal»²⁵⁵.

En ese sentido, compartimos la opinión de VIGNOLO CUEVA quien califica a la acción de repetición como una auténtica potestad discrecional a favor de la Administración para incoar una litis judicial. Se trata entonces de una potestad que debe ser evaluada en base a las circunstancias que han rodeado el caso en concreto y a los criterios de ponderación que establece el mismo artículo, así como, los criterios externos que deben ser considerados²⁵⁶. Por eso, la acción de regreso debe ser mirada en su justa medida, si como un concepto de “reparto o distribución definitiva interna de la carga indemnizatoria” frente a comprobadas

²⁵³ Este argumento también se sustenta sobre los principios básicos de moralidad administrativa, de la indisponibilidad de las competencias administrativas, de tratamiento igualitario a todos los funcionarios en la misma situación y sobre el deber de preservar el patrimonio público puesto a su administración. Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II*, p. 559 y 560.

²⁵⁴ Ese margen de apreciación y opción no significa ausencia de control sino un control de los elementos controlables, éstos son los reglados: los hechos determinantes, el contenido en cuanto susceptible de control por los principios generales del Derecho.

²⁵⁵ Citado en Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto, *Lección 9, El acto administrativo, (pro manuscripto)*, Universidad de Piura, Piura, 2015, pp. 33.

²⁵⁶ Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad, p. 76

responsabilidades personales que, de quedar impunes, afectarían el caudal patrimonial público; no como un utensilio mecánico de recuperación de un crédito (...) ²⁵⁷”.

En razón a ello, la evaluación que se realice deber ser lo suficientemente idónea para que solo se ejerza una acción de repetición contra el funcionario, siempre y cuando se trate de una conducta o comportamiento ilícito del que haya derivado un daño en perjuicio del particular. Es decir, no por todo daño gestado, el funcionario o funcionarios asumirán los costes económicos, sino solamente de aquellos que les sean imputables por existir una relación de causalidad con motivo de un negligente o deficiente ejercicio de sus funciones, es decir, que hayan actuado con dolo o culpa.

En este orden de ideas, la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785 ²⁵⁸, determina que la responsabilidad civil es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que ocasionan daños económicos, incumpliendo sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. Y sin perjuicio, de que, aparentemente se trate de una medida desproporcional al considerar una responsabilidad por culpa leve, sí nos conduce a reflexionar en que, la acción otorgada a la Administración debe ser evaluada de forma justa, de tal modo que, se reclame el reintegro del monto pagado (con fondos públicos), solo cuando quede demostrado que no correspondía ser asumido por la Entidad.

En esa misma línea, cabe entender que el principio de irresponsabilidad de los agentes físicos no va a ser quebrado siempre, sino que, en ciertas circunstancias existirán causales de exoneración de esta acción de regreso, que evitaren que se exija al servidor o funcionario la misma cuantía que ha sido pagada a la víctima ²⁵⁹. En ese sentido, es claro que el ejercicio de la acción civil será viable, en tanto y en cuanto no se trate de hechos generados por caso fortuito o fuerza mayor, o que hayan ocurrido con ocasión de defectos o fallas en el servicio prestado, o que existan causales (personales) eximentes de responsabilidad para el funcionario o funcionarios correctamente identificados e individualizados.

Así también, podría ocurrir que, la causa del hecho sea atribuible tanto a la conducta dolosa o culpa del servidor, pero también al Estado, con lo cual, en estos casos también la entidad sería el sujeto responsable ante los ciudadanos y solamente actuaría frente al funcionario como una especie de resguardo.

²⁵⁷ Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad”, p. 76

²⁵⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República del 23 de julio de 2002 y modificatorias.

²⁵⁹ Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad” p. 75

Bajo dicho contexto, se concluye que, la Administración deberá realizar un análisis minucioso sobre todos los elementos que han concurrido en la producción del hecho dañoso y constatar si efectivamente la causa obedeció a la conducta efectuada por el servidor en funciones, independientemente, que mantenga o no vínculo laboral con la entidad que financió el monto, habiendo la salvedad que si el obligado ya no labora en la Administración Pública por razones lógicas, no se le podrá iniciar un procedimiento interno.

En definitiva, se ha contemplado un mecanismo jurídico trascendente y que debe ser usado de manera prudente, pues, en palabras de MORÓN URBINA, la finalidad esencial de esta acción de carácter público, consiste en mantener la indemnidad del patrimonio público el cual, finalmente, se ha conformado, para satisfacer las necesidades de la sociedad²⁶⁰.



²⁶⁰ Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Tomo II*, p. 550.

Capítulo 4

Régimen procesal de la figura de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Perú

4.1 Aspectos generales en la Ley N° 27584 – Ley que regula el proceso contencioso administrativo

Analizada la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado desde un punto sustantivo, ahora es preciso recurrir a su evaluación desde un enfoque adjetivo; por lo que, siendo un instituto jurídico-administrativo pensado como garantía para los ciudadanos y mecanismo de control para la Administración, en la práctica, requiere que, posterior a su consolidación material, disponga de las acciones procesales necesarias para convertirse verdaderamente en efectivo.

Para empezar, cabe señalar que el Estado de Derecho, se fundamenta, en el principio de control judicial de la actuación administrativa. El principio de control judicial de la Administración es, sencillamente, la «otra cara» de la moneda del principio de legalidad: es la técnica que completa y hace eficaz este principio. Además, tiene por objeto el control de legalidad de las actuaciones de las Administraciones públicas sometidas al Derecho administrativo, así como la satisfacción de las pretensiones de los sujetos perjudicados por la actividad administrativa cuestionada²⁶¹.

De este modo, el primer y más importante mecanismo de control es a través de la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo establece el artículo 3 del TUO Ley N° 27584 «Las actuaciones de la Administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales»²⁶². Por ello, el control de la legalidad de estas actuaciones se atribuye en exclusividad, al Poder Judicial y la responsabilidad patrimonial del Estado no es una excepción a la regla.

Como antecedente, el texto original del Proyecto de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo – Ley N° 27584 incluía de modo independiente una pretensión referida únicamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, procurando que este régimen tuviera efectividad procesal. Sin embargo, ello fue suprimido al momento de aprobarse

²⁶¹ Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto, *Notas del Curso de Derecho Administrativo, Lección 18: El Control Jurisdiccional de la Actuación Administrativa, (pro manuscrito)*, Universidad de Piura, Piura, 2013, pp. 2 y 3.

²⁶² El profesor Baca Oneto, hace la precisión, que únicamente se da esta exclusividad en el supuesto de actuaciones administrativas en ejercicio de potestades públicas, cuyo enjuiciamiento —sin perjuicio de los eventuales procesos constitucionales— corresponde al orden contencioso. Abruña Puyol y Baca Oneto, *Lección 18*, p. 2 y 3.

la referida Ley²⁶³. Aun con ello, y si bien dicha pretensión se asumía prevista en el numeral 2 del artículo 5²⁶⁴; al mismo tiempo, el artículo 26 contemplaba la pretensión de indemnización de daños y perjuicios como una pretensión principal a ser promovida de conformidad con los Códigos Civil y Procesal Civil, abriendo con ello, la posibilidad de plantearse en dos fueros procesales distintos²⁶⁵.

Posteriormente, en el año 2008, el Decreto Legislativo N°1067, modificó la Ley N° 27584, e incorporó el inciso 5 en los siguientes términos:

Artículo 5°. - Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

(...)

5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238° de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

Asimismo, modificó el artículo 26²⁶⁶, relacionada con la indemnización por daños y perjuicios, estableciendo en su lugar las reglas para realizar la notificación electrónica de las resoluciones que se dicten en el proceso.

De ello se desprende que la posibilidad de plantear la indemnización por daños y perjuicios que antes recaía en dos fueros distintos, en virtud del D.L. 1067 fue reducida al proceso contencioso administrativo como única vía procedimental. No obstante, el ámbito de aplicación también varió notablemente.

En efecto, de la revisión del inciso 5 del artículo 5, se advierten dos premisas conexas e interrelacionadas. En primer lugar, que el daño causado conforme al artículo 238 de la LPAG debe derivar de alguna actuación impugnada, es decir, el administrado únicamente puede valerse de las actuaciones impugnadas que contempla el artículo 4 de la misma norma²⁶⁷ (actos

²⁶³ Sánchez Povis, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 331.

²⁶⁴ El numeral 2 del artículo 2: El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.

²⁶⁵ Sánchez Povis, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 331.

²⁶⁶ “Las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso se efectuarán mediante sistemas de comunicación electrónicos o telemáticos, tales como el correo electrónico, Internet u otro medio idóneo que permita confirmar fehacientemente su recepción (...).” DL 1067 publicado el 28 de junio de 2008.

²⁶⁷ Artículo 4: (...). Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa. 2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública. 3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo. 4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico. 5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la

administrativos, omisiones de la administración pública, actuaciones materiales, etc.) a fin de ver satisfecho su derecho.

En segundo término, se establece como condición, que dicha pretensión (indemnización por daños y perjuicios) no puede ser planteada de manera independiente, sino más bien, de forma acumulativa a las otras pretensiones del mismo artículo. Así, el artículo 5 enumera como pretensiones del proceso contencioso administrativo las siguientes:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

Sobre esto, un sector de la doctrina considera que la pretensión principal correspondería a la nulidad del acto administrativo que generó el daño y la accesoria a la indemnización de la que debe hacerse cargo la Administración Pública²⁶⁸: en tanto, otro sector interpreta que, en el artículo en mención solo se reconocen como indemnizables los daños que se deriven de conductas o actuaciones ilícitas desplazando la posibilidad de resarcimiento por las actuaciones lícitas²⁶⁹.

Por otra parte, otros afirman que, tal como se ha regulado esta pretensión, parece que la intención del legislador es permitir que se presente directamente en la vía judicial, sin necesidad de seguir un procedimiento administrativo previo, como sucede en otros ordenamientos (como el español)²⁷⁰.

No obstante, a nuestro criterio, la regulación vigente muestra ambigüedades y genera más confusiones que certezas. Por consiguiente, en primer término, habría que evaluar la

controversia. 6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

²⁶⁸ Lucía A Villavicencio Escudero, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: apuntes para una propuesta de cambio en la Ley peruana del Procedimiento Administrativo General”. *Derecho & Sociedad*, 50 (2018), p. 110. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20376>

²⁶⁹ Sánchez Povis, “La Responsabilidad Patrimonial”, p. 332.

²⁷⁰ Abruña Puyol y Baca Oneto, *Lección 18*, p. 22.

posibilidad de regular una vía administrativa que recoja normativamente un proceso para reclamar este tipo de pretensión, en tanto que, con el propósito de acudir a la vía jurisdiccional, es requisito de procedencia agotar la vía administrativa de manera previa (salvo excepciones). Bajo esa premisa, y en el caso que de dicha pretensión sea rechazada en sede administrativa, recién cobraría sentido activar un proceso en sede contencioso administrativo a fin de ver satisfecho el derecho pretendido.

En la doctrina comparada, este escenario es defendido por REBOLLO PUIG quien sostiene que la responsabilidad patrimonial debe ser planteada primero en vía administrativa por tratarse de una vía expeditiva, y solo en caso de ser rechazada, en la vía judicial se presentarían dos pretensiones: una principal solicitando la nulidad del acto administrativo que deniega la pretensión y una accesoria donde se reclame el reconocimiento de esa indemnización²⁷¹. De este modo, la pretensión principal sería la declaración de nulidad del acto que rechaza el pedido y de manera accesoria, la indemnización que se solicitaba en dicho pedido.

En tercer lugar, la pretensión por daños causados por la Administración debería regularse como una pretensión autónoma, y no dependiente de alguna otra; de esa manera el administrado gozaría de amplias facultades para acudir al órgano jurisdiccional, en busca de tutela judicial efectiva a fin que se condene a la entidad por responsabilidad patrimonial. De la misma opinión son HUAPAYA Y SANCHEZ POVIS cuando señalan que una auténtica justicia contencioso-administrativa debería estar diseñada para servir a las personas, y permitirles reclamar de manera acumulativa o autónoma, la indemnización respectiva para repararles los daños sufridos por la acción (formal o material) y la omisión (formal o material) de la Administración Pública²⁷².

De esta forma, no sería necesario demostrar la ilegalidad de la actuación administrativa, en caso el daño no derive de una actuación ilícita, sino más bien que, pese a reunir todos los requisitos legales para su emisión, el daño corresponde a un daño antijurídico²⁷³, por lo que, se solicita como única pretensión (y de forma principal) la indemnización por el perjuicio previamente asumido pues, en la actualidad, el presupuesto para la admisión de una pretensión indemnizatoria reside en el enjuiciamiento de la legalidad de una actuación administrativa.

²⁷¹ Citado en Villavicencio Escudero, “Responsabilidad Patrimonial, pp. 109 y 110.

²⁷² Los citados autores apuntan que actualmente, bajo las premisas del artículo 4 y 5 del TUO de la Ley resulta un trabajo arduo explicar el deber jurídico omitido, los daños generados causalmente y la responsabilidad que ostenta la Administración respecto a dichos daños. Huapaya Tapia y Sánchez Povis, “La responsabilidad patrimonial”, p. 271.

²⁷³ Por ejemplo, la responsabilidad que surge como consecuencia de la anulación de un acto inválido, si con eso ha afectado al principio de confianza legítima.

Sin embargo, esto último, nos lleva a reflexionar si el carácter del sistema contencioso administrativo se vería afectado con una innovación como esta, pues si se le brinda al particular la posibilidad de acudir directamente al Poder judicial a solicitar una indemnización, sin impugnar un acto administrativo, estaríamos ante un sistema plenamente subjetivo, donde se plantean las pretensiones sin establecerse una previa relación a una actuación administrativa.

Sobre este punto, cabe traer a colación lo manifestado por BACA ONETO para quien

“no cabe ninguna duda de que el proceso contencioso administrativo es un proceso «subjetivo», cuyo objeto está constituido por verdaderas pretensiones de las partes (...). Sin embargo, esto no significa necesariamente que deba abandonarse del todo el carácter revisor que hasta ahora se ha predicado de él, sino que éste debe actualizarse. Por tanto, el proceso es «revisor» en tanto se requiere una previa actuación administrativa”²⁷⁴.

Dicho esto, en cuarto lugar, habría que evaluar, si es viable co-demandar al funcionario que generó el daño objeto de reparación. Sobre el particular, consideramos que, al existir una acción de repetición concedida a la Administración prevista expresamente en la norma, no sería del todo imprescindible o necesario contemplar dicha posibilidad, toda vez que, la determinación de su culpabilidad, amerita un previo procedimiento a develarse en el fuero interno de cada entidad empleadora. Además, como hemos advertido, la Administración es quien responde frente a los ciudadanos como responsable sin perjuicio de que, posteriormente se materialice una acción de repetición.

En quinto y último lugar, creemos conveniente precisar que, por razones obvias y lógicas, el procedimiento que tiene como fin condenar al Estado por daños y perjuicios solo será iniciado a pedido de parte²⁷⁵, siendo el mismo administrado como titular de la pretensión con legitimidad e interés para obrar aquél capaz de aportar documentos e información conveniente para reclamar su derecho, y, por lo tanto, quien deba formular la respectiva demanda. No obstante, y a semejanza de lo que establece el artículo 2001 del Código Civil, el plazo de prescripción para reclamar la indemnización por daños por perjuicios a instancia de parte debe ser de dos años.

²⁷⁴ Abruña Puyol y Baca Oneto, *Lección 18*, pp. 7 y 8.

²⁷⁵ A diferencia de la Ley Española 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que contempla la posibilidad de que una Administración inicie de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, siempre que no haya prescrito el derecho de reclamación del interesado. A su vez, se advierte que la referida norma le otorga al particular presuntamente lesionado un plazo para que aporte los documentos pertinentes y de no apersonarse, el procedimiento se instruirá de todas formas.

4.2 Determinación del “quantum” o monto indemnizatorio

En relación con la determinación del monto indemnizatorio que corresponde asumir al Estado, cabe indicar, que esta se rige por el principio de reparación plena o integral, que impone remediar todo el daño causado a la víctima, lo que, a su vez, implica la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima todas las consecuencias que aquel acarrea y cuya magnitud debe corresponder a la importancia del perjuicio.

Por tanto, es trascendental la evaluación que realicen los operadores judiciales sobre quienes recae la responsabilidad de determinar con prudencia el quantum a ser pagado por la Administración bajo criterios de objetividad y justicia, analizando minuciosamente los requisitos que han concurrido para la producción del daño, a fin de generar una correcta aplicación del principio de reparación integral que refleje la existencia de un sistema procesal eficiente, además de predecible.

Dentro de este orden de ideas, es preciso señalar algunas pautas para la determinación del monto a indemnizar producto de la responsabilidad patrimonial del Estado²⁷⁶:

- a) Respecto a los daños patrimoniales, la doctrina es unánime en afirmar que la valuación económica de éstos se realiza de forma objetiva, mediante la pericia valorativa correspondiente, salvo que no resulte necesario hacerlo por existir otro medio de prueba idóneo o sea posible una estimación judicial por su simplicidad o evidencia.
- b) En cuanto a los daños extrapatrimoniales, hasta el día de hoy se constituye como un problema mayúsculo. Para empezar, cierto sector de la doctrina indica que, en principio, este tipo de daños no deberían ser compensables, puesto que no son cuantificables económicamente; sin embargo, otra corriente advierte la injusticia que supondría no otorgarle ningún tipo de compensación a estos daños.

En este último caso, estamos frente a un debate tangible, sobre el cual se ha intentado uniformizar criterios a partir de los numerosos pronunciamientos que han tenido los tribunales de justicia²⁷⁷. Como resultado, se ha creído conveniente confiar en la valoración equitativa que debe realizar el juez, en pos de resarcir el daño, sobre todo cuando no puede ser probado en su monto preciso. Esta valoración, además, debe ser razonada y prudente, teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito, la intensidad y consecuencias del sufrimiento en el ánimo de la víctima

²⁷⁶ Manuel H. Arrieta Ramírez, “La acción civil en el proceso penal: razones para no dejar de ampararla”, pp. 12 y 13.

²⁷⁷ Sobre ello revisar la Casación N° 238-2019 Lima, Casación N° 4977-2015 Callao y Casación N° 2440-2018 Lambayeque.

y/o familiares, vinculándolos con criterios de edad y género y las condiciones socioeconómicas de ésta.

4.3 Ejecución de la resolución judicial como derecho a la tutela judicial efectiva

Ahora bien, para lograr persuadir al operador judicial que concrete en su decisión la indemnización por daños y perjuicios es necesario potenciar el proceso a través de la actuación de medios probatorios conducentes y útiles. Y en un futuro no muy lejano, sería indispensable contar con parámetros legislativos que fijen desde varios aspectos las medidas legales a fin de contar con un elemento comparativo que admita cotejar la conducta de la Administración y evaluar la calidad de la misma y de sus servicios²⁷⁸.

De suceder esto último, el siguiente paso consistiría en delimitar el íter procesal que va tener como resultado el pago de la indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado renuente a cumplir sus obligaciones; si tenemos presente, que el administrado no solo busca una resolución favorable, sino que aquella satisfaga sus pretensiones.

Bajo estas condiciones, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado a autoridad de cosa juzgada, se manifiesta como una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución. Si bien la citada norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de la interpretación hecha de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁷⁹.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional²⁸⁰, también interpreta esta disposición señalando que, después de haberse obtenido un pronunciamiento definitivo, válido y razonable, el derecho (a la ejecución de resoluciones judiciales) garantiza que las sentencias y resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, con la finalidad de que, no se conviertan en simples declaraciones de intención sin efectividad alguna. Asimismo, indica que ello obedece a que el ideal de justicia material, consustancial al Estado Democrático y Social de Derecho, que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales, requiere una concreción, no sólo con el pronunciamiento judicial que impone la condena, sino mediante su efectivización, que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia.

En consecuencia, es imprescindible que, tras la emisión de una sentencia que condena a la Administración al pago de una reparación, la norma prevea los mecanismos que permitan que dicha condena se realice materialmente, a través de distintos instrumentos procesales

²⁷⁸ Vignolo Cueva, “La crisis de la responsabilidad patrimonial”, p. 74.

²⁷⁹ STC N°0015-2005-AI/TC de 5 de enero de 2006, fundamento 16.

²⁸⁰ EXP. N.° 01797-2010-PA/TC

establecidos expresamente en la norma pertinente. Es así que, el TUO de la Ley 27584, dispone en su artículo 43 que la sentencia que declara fundada la demanda (contencioso administrativo) deberá establecer el tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución. Seguidamente el artículo 44, determina que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones corresponde exclusivamente al Juzgado o Sala que conoció del proceso en primera instancia.

De este modo, la norma busca garantizar que lo decidido en una sentencia, tenga efectividad y además que esa efectividad se materialice en un plazo determinado, pues, en innumerables ocasiones, la respuesta al derecho ganado y su consecuente compensación, implican un proceso dilatado y cuando menos, sin un resultado real.

Por ello, se considera que el cumplimiento de un mandato judicial debe realizarse de forma inmediata, pues de no ser así, se estaría afectando gravemente, no solo a la parte vencedora del proceso (esfera subjetiva) sino también a la seguridad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), pues de qué serviría pasar por un proceso, muchas veces, tedioso si, al final, pese a haberlo ganado, quien está obligado a cumplir con el mandato resultante, no lo cumple²⁸¹, como en la realidad es frecuente advertir.

En mérito a ello, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo hace énfasis en la imperatividad del cumplimiento de mandatos judiciales cuando en su artículo 45 prescribe que el personal al servicio de la Administración está obligado a realizar todos los actos para la completa ejecución de la resolución judicial.

Ello, además, en el marco del principio de autotutela ejecutiva de la Administración, pues el cumplimiento de las sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero al Estado debe entenderse, necesariamente, como una actividad de los órganos administrativos encaminada a la satisfacción de lo resuelto judicialmente²⁸².

Siendo las cosas así, también es importante advertir que, las sentencias condenatorias, deben tener impregnadas los alcances del principio de legalidad presupuestaria, toda vez que el presupuesto es el marco habilitante y límite ex post de la actuación y organización del poder público, lo cual, a su vez, significa que, las sentencias firmes no pueden dejar de ser efectivas por falta de crédito presupuestario²⁸³.

Así lo entiende también el supremo intérprete de la Constitución cuando afirma que el principio de legalidad presupuestaria debe armonizarse con el de efectividad de las sentencias

²⁸¹ EXP. N.º 01797-2010-PA/TC considerando 15.

²⁸² Considerando 48.

²⁸³ Vignolo Cueva, "La crisis de la responsabilidad patrimonial", p. 74

judiciales, lo que implica que, la preservación del primero no justifica el desconocimiento o la demora irracional en el cumplimiento de las sentencias judiciales. En consecuencia, debe darse preferencia al pago de las deudas más antiguas y reconocerse los intereses por las demoras injustificadas. Y de existir una eventual colisión entre ambos principios, esta debe resolverse sobre la base de los test de proporcionalidad y razonabilidad.²⁸⁴

En línea con lo anterior, el legislador ha dispuesto en el artículo 46 del TUO Ley 27584²⁸⁵, que las sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada y ordenan el pago de dar suma de dinero, (como es el caso de sentencias que imponen una obligación en mérito a una responsabilidad patrimonial estatal) deben ser atendidas en el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, siguiendo unos determinados procedimientos. Es así que, en dichos procedimientos se anticipa a supuestos en que, para el cumplimiento de una sentencia el financiamiento resulte insuficiente o que incluso se supere una posibilidad de financiamiento²⁸⁶.

Sobre ello, el TC aclara que no resulta inconstitucional, prima facie, condicionar de manera temporal el derecho a ejecutar una sentencia firme cuando en el año presupuestal no se cuenta con la disponibilidad pertinente, más ello, de ningún modo, implica que la ejecución quede postergada sine die²⁸⁷ (es decir, de modo indefinido).

En base a esto último, a nuestro juicio, el legislador debe establecer un plazo máximo razonable en la Ley del Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal, que se le conceda a la Administración Pública para cumplir con sus obligaciones económicas, de acuerdo a la

²⁸⁴ Considerando 50 y 51. EXP. N.º 015-2001-AI/TC, EXP. N.º 016-2001-AI/TC y EXP. N.º 004-2002-AI/TC Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo (Acumulados). A su vez, el supremo intérprete también consigna en su declaración que, el legislador puede establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que éstas tengan una justificación constitucional, siendo uno de estos, el mandato constitucional de que ciertos bienes del Estado, como los de dominio público, no pueden ser afectados, voluntaria o forzosamente.

²⁸⁵ Para el caso en que el financiamiento ordenado resulte insuficiente, el inciso 46.2 indica que, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente. Por otro lado, el inciso 46.3 determina que, para el segundo supuesto, los pliegos presupuestarios hacen de conocimiento a la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias de conformidad con el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante el Decreto Supremo 304-2012-EF.

²⁸⁶ Para este último caso, el artículo 70.1 del TUO de la Ley 28411 Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establece: Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), (...). Asimismo el numeral 73.2 del Decreto Legislativo N.º 1440 Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público señala: En caso las Entidades no cuenten con recursos suficientes para atender el pago de sentencias judiciales, las Entidades podrán afectar hasta el cinco por ciento (5%) de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) (...)

²⁸⁷ Asimismo, el TC manifiesta que no solo se deben habilitar cuentas cuando exista una obligación cierta, sino también cuando existan potenciales obligaciones futuras, que deben afrontarse por procesos en curso (recursos contingentes).

naturaleza de dichas obligaciones²⁸⁸. Independientemente que el inciso 46.4 del acotado, al abordar el tema de la falta de diligencia para el inicio del pago o del compromiso con el mismo, precise que, transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago o compromiso, el demandante podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el CPC, estando dicha ejecución limitada por los bienes de dominio público conforme al artículo 71.3 de la CP, y al margen que el artículo 47, señale de forma acertada, que la entidad está obligada al pago de los intereses que generen el retraso en la ejecución de la sentencia.

Por último, cabe precisar que, ya que se trata de un proceso contencioso administrativo, también resultaría viable aplicar de forma previa en estos casos, los mecanismos de solución de conflictos que la norma ha estipulado, antes de acudir al órgano jurisdiccional, tales como la conciliación extrajudicial o la transacción.

En síntesis, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye una concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que ostenta un reconocimiento legal y, sobre todo, constitucional. En virtud de ello, resulta plenamente necesario que tras la emisión de una sentencia que impone una condena a la Administración y por consiguiente el pago de una reparación, el órgano jurisdiccional en ejercicio de sus potestades garantice, la efectividad de la sentencia y su correcta ejecución, a través de los instrumentos procesales establecidos en la norma. Esto, sin dejar de reconocer que, la pretensión por daños y perjuicios debe tratarse de una pretensión autónoma capaz de ser incoada por sí sola a fin de ver satisfechos los intereses o derechos de los justiciables en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho.

²⁸⁸ Al respecto, el 27 de diciembre de 2013 se publicó la Ley N° 30137 Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales. Asimismo, en la quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2024 se dispone la reactivación de la Comisión Evaluadora de las deudas del Estado generadas por sentencias judiciales emitidas para la cancelación o amortización de los montos, a fin de continuar con el proceso establecido en la antes referida Ley N° 30137.

Capítulo 5

El futuro de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú

5.1 Propuesta de reforma de la Ley N° 27444 y la Ley N° 27584

Tras un análisis minucioso de los aspectos sustantivos como de los cauces procesales que regulan actualmente la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso ahora, formular las propuestas de cambio²⁸⁹ que se sugieren realizar en el marco normativo que sistematiza dicha institución, a fin de, obtener su virtualidad práctica.

1. Resulta una tarea pendiente y fundamental la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro país. Es decir, dicha institución debe ser elevada al máximo nivel normativo y ser incluida en la Constitución Política, a fin de ver garantizada su protección: de ahí que sugerimos se incluya un apartado dedicado al Control de la Administración Pública dentro de la misma, o se integre dentro del Artículo 70° de la Constitución dedicado al Derecho y defensa de la propiedad.
2. El legislador debe reformular la disposición establecida en el inciso 260.1, y expandir el supuesto de hecho actualmente vigente, a los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos (como cláusula general), lo que permitiría evaluar responsabilidad en aquellos servicios gestionados por la Administración tanto de manera directa como indirecta (es decir, por privados), surgiendo en este último caso, una responsabilidad in vigilando.
3. A su vez, debería establecerse de manera expresa que el factor de atribución para imputarle responsabilidad a la Administración, es el funcionamiento anormal (como regla general) , y el funcionamiento normal (de manera excepcional) siempre que se haya creado un riesgo relevante o especial.
4. Por otro lado, la norma debe ser lo suficientemente clara para advertir que los daños causados pueden provenir de actos u omisiones por parte de la Administración.
5. A su vez, es necesario que se distingan los conceptos jurídicos de caso fortuito y fuerza mayor en sede administrativa, que permitan su valoración en cada caso concreto.
6. Por otra parte. resulta importante evaluar la posibilidad de constituir una vía de reclamación previa al proceso contencioso administrativo, es decir, la configuración de una vía administrativa con sus respectivas reglas que permita al administrado iniciar directamente un procedimiento ante la Entidad presuntamente generadora del daño.

²⁸⁹ Tomando, además, como referencia, la normativa española que regula esta institución.

7. En el artículo 5 de la Ley del Proceso Contencioso administrativo, la pretensión por indemnización por daños y perjuicios debe modificarse y constituirse como una pretensión de carácter autónomo.
8. En la solicitud que realicen los interesados se debe especificar el daño producido, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento de la administración, el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e ir acompañada de los medios de prueba útiles y pertinentes, de ser el caso.
9. Adicionalmente, es necesario que la resolución que se pronuncia por la indemnización por daños y perjuicios, se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía, cuando proceda.
10. Finalmente, se debe contemplar la posibilidad de incluir la prescripción del derecho de reclamar la indemnización por daños por perjuicios a instancia de parte, proponiendo que se contemplen dos años en consonancia con la prescripción que estable el artículo 2001 del Código Civil Peruano.

5.2 Implicancias y consecuencias de la modificación del régimen vigente

Con las propuestas antes expuestas, se pretende propiciar una reforma del sistema de responsabilidad patrimonial vigente en nuestro ordenamiento, pues como bien advertimos, este, actualmente, es inoperante. Ello se refleja, sin más, en la nula jurisprudencia que existe al respecto, y que hace pensar que lo regulado hasta el momento, ha sido insuficiente por lo que urge un replanteamiento de dicha institución.

Lo primero, que, aunque, implica un trámite de largo tránsito, no lo convierte en imposible. Se trata de una reforma de la Constitución, siguiendo los procedimientos establecidos en el artículo 206 de la misma, que desde nuestra óptica es considerablemente imprescindible para que esta institución recobre su valor e importancia, hecho que, a su vez, posibilitaría las subsecuentes reformas en las leyes de desarrollo constitucional.

A nivel legislativo, resulta preciso manifestar que lo óptimo no reside en establecer un alcance universal de esta institución, sino por el contrario, desde el concepto esbozado por el legislador en el artículo 260 del TUO, es importante atribuir precisiones al marco de imputación existente, el cual debe operar desde el carácter subjetivo del mismo, sin excluir los supuestos de riesgos especiales o relevantes, que también deben suponer dispendios económicos por parte de las organizaciones administrativas. Todo esto, acorde a la lenta transición hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial estatal que impera hoy en día.

Ahora bien, los conceptos jurídicos que contempla la norma (tanto determinados como indeterminados), también deben contribuir con la delimitación de una actuación irregular por parte de la Administración, y, al mismo tiempo, el legislador debe considerar ser preciso en los supuestos de exclusión de responsabilidad, numerados en el 260.2 de la referida disposición.

Por otro lado, cabe tomar en cuenta que, por técnica legislativa se deben respetar las soluciones presupuestarias que se puedan plantear para cada año fiscal, puesto que, mientras se planifique de manera consciente y ordenada, el pago de una reparación, y se cuente con recursos contingentes que solventen las obligaciones económicas a cargo de una entidad pública, al mismo tiempo se disminuye la incertidumbre de no ver efectivizado un derecho fundamental como es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido, cabe resaltar que los preceptos que se establecen en la norma se erigen como obligaciones vinculantes y jurídicamente exigibles, motivo por el cual debe existir un especial cuidado en la redacción de los mismos, a fin de que, se consoliden los mecanismos de garantía pertinentes para reparar los daños generados a los privados, y, en consecuencia, a la sociedad en su conjunto.

De este modo, el legislador debe empezar por proponer proyectos de ley en virtud del artículo 107 de la CP, que tomen en cuenta las sugerencias presentadas a lo largo de este trabajo, y, constituyan cambios en las disposiciones instauradas en el Capítulo I del Título V de la LPAG. Como resultado, se retomará el debate en torno a esta institución y, por ende, se facilitará una reforma del régimen administrativo de daños.

Demás está decir, que una vez, se obtenga una reforma del sistema implantado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, consecuentemente, lo siguiente consiste en reestructurar la Ley del Contencioso Administrativo, respecto a las formas procedimentales relativas a la indemnización, de tal modo que, convierta en factible la interposición de una demanda por daños y perjuicios contra la Administración, a través de un conducto procesal que garantice una solución justa y práctica, de esa manera se evitará el vía crucis del justiciable.

En conexión con lo anterior, y siguiendo los referidos elementos conceptuales, el daño y su valoración son tarea aparte, del que otro Poder del Estado debe asumir compromisos: el Poder Judicial. Si las premisas anteriores se concretizan, y en sede normativa se han establecido de manera correcta los presupuestos para la acción indemnizatoria, los operadores jurídicos no tienen más que cumplir con su labor, e interpretar a la luz de parámetros normativos, los referidos supuestos, con el fin de que las sentencias que emitan contengan una motivación adecuada al otorgamiento de un derecho.

En conclusión, no cabe perder de vista que, los ejes básicos de un Estado de Derecho se fundan sobre la base de un Estado que proteja y resguarde los derechos de los ciudadanos, y que, en virtud de esta obligación de tutela también sean ellos quienes respondan en caso corresponda, generando beneficios no solo normativos, sino también económicos, y por qué no, sociales, toda vez que dichas mejoras traen consigo una repercusión positiva en la calidad de los servicios que se prestan a la sociedad, alejándonos cada vez más de la indemnidad patrimonial estatal que gobierna hasta el día de hoy y que esperamos, cambie durante los próximos años.



Conclusiones

Primera. El fallo Arrêt Blanco emitido por el Tribunal de Conflictos de Francia en 1873, se consagra como la piedra angular del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado. Es la primera sentencia en invocar el principio de responsabilidad estatal, al condenar a la Administración Pública por los daños ocasionados a los ciudadanos, asumiendo un carácter fundador del Derecho Administrativo en materia patrimonial.

Segunda. En el Perú durante los siglos XIX y XX la teoría de la responsabilidad estatal no tuvo una definición clara, primando la idea de que al Estado no se le puede exigir responsabilidad porque sus actos estaban protegidos por la inmunidad soberana. Tiempo después, la doctrina dominante afirmó que la responsabilidad del Estado venía consagrada en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil.

Tercera. A raíz de La Ley N° 27444 publicada el 11 de abril de 2001, se incorpora por primera vez en el Título V bajo el rótulo De la responsabilidad de la Administración Pública y del Personal a su servicio, las disposiciones relativas a la indemnización a los administrados por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la Administración. A su vez, el Decreto Legislativo N° 1272, incluyó por primera vez en el Título Preliminar de la Ley N° 27444, el principio de responsabilidad de la autoridad administrativa.

Cuarta. Es imprescindible que la Constitución Política del Perú sea reformada, y acoja entre sus disposiciones el principio y garantía de responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que, al ser este elevado al máximo nivel normativo, se garantizaría su efectiva protección y eficacia en la práctica.

Quinta. El TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 debe ser reformulado, en el sentido de, esclarecer que los daños causados al administrado pueden provenir tanto de acciones como omisiones por parte de la Administración. En este último caso, cuando exista un previo deber jurídico de actuar que no haya sido cumplido,

Sexta. La Administración Pública debe responder como regla general por los daños ocasionados por el funcionamiento anormal de la administración, es decir, cuando su conducta se aparte del parámetro razonable de actuación exigido: y, de manera excepcional, por el funcionamiento normal de la administración, siempre que se demuestre la creación de un riesgo relevante o especial.

Séptima. La responsabilidad patrimonial del Estado, no debe estar circunscrita a los servicios públicos gestionados directamente por aquel, sino más bien, ser ampliado a los servicios públicos gestionados también por particulares (como la concesión o autorización)

donde el Estado mantiene deberes de fiscalización y control, por lo que su responsabilidad nacería en omisión de sus deberes, o, en otras palabras, en virtud de una culpa in vigilando.

Octava. El sujeto privado que gestiona servicios no es Administración Pública ni le alcanzan las prerrogativas ni los privilegios propios del Derecho público, como tampoco las restricciones a ese poder: es por ello que, en virtud de los daños derivados de su gestión indirecta, se le deben aplicar las reglas de responsabilidad consagradas en el Código civil peruano.

Novena. La acción de repetición es una potestad discrecional de la Administración para iniciar una acción en vía judicial contra sus funcionarios o autoridades y obtener, de esta forma, el retorno del pago indemnizatorio efectuado a la víctima, puesto, que aquellos, por su conducta dolosa o culposa, son quienes verdaderamente deben asumir los perjuicios irrogados a las víctimas.

Décima. La Ley N° 27584 del Contencioso Administrativo debe contemplar la pretensión referida a la indemnización por daños y perjuicios, como una pretensión de carácter autónomo, en virtud de la cual, el administrado gozaría de amplias facultades para acudir al órgano jurisdiccional, a fin de solicitar la reparación de los daños sufridos.

Undécimo. Es obligación de los operadores de justicia motivar adecuadamente los presupuestos necesarios para la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado; lo que incluye primordialmente, determinar cuando el particular tiene o no un deber jurídico de soportar el daño generado. Asimismo, se debe garantizar que la decisión favorable sea efectiva y se materialice en un plazo determinado, de modo tal que, se cumpla con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, protegiendo tanto a la esfera subjetiva del proceso (parte vencedora) como a la esfera objetiva del mismo (la seguridad del sistema jurídico nacional).

Duodécima. El principio de legalidad presupuestaria debe armonizarse con el de efectividad de las sentencias judiciales, de manera que, la preservación del primero no justifique el desconocimiento o la demora irracional en el cumplimiento de las sentencias judiciales; y, de existir una eventual colisión entre ambos, este se resuelva sobre la base de los test de proporcionalidad y razonabilidad.

Décima tercera. Las Leyes de Presupuesto Público, constituyen un verdadero presupuesto de validez jurídica para todas las actuaciones públicas, por lo que, deben contemplar el plazo máximo en que las sentencias por dar suma de dinero (como son las de responsabilidad patrimonial) sean ejecutadas de manera favorable y en un plazo prudente. Asimismo, se debe evaluar la posibilidad de contar con recursos de contingencia que permitan cumplir con obligaciones potenciales futuras de naturaleza económica a cargo del Estado.

Décima cuarta. Las reformas a nivel constitucional como legislativo y judicial, permitirán que, por fin, en nuestro país, tengamos una institución jurídico administrativa que proteja a los ciudadanos frente a los daños generados por la Administración y esta se despoje de la hasta ahora, imperante, indemnidad patrimonial, logrando su aplicación práctica de manera eficaz y eficiente. Esto, teniendo en cuenta que los ciudadanos mantienen como expectativa que los Poderes Públicos manifiesten una conducta tuitiva, que satisfaga sus derechos en aras de preservar el interés general y el bien común.



Lista de abreviaturas

CC	Código Civil Peruano de 1984
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CP	Constitución Política del Perú de 1993
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
DEL	Diccionario de la Lengua Española
DL	Decreto Legislativo
DS	Decreto Supremo
LNGPA	Ley de Normas Generales del Procedimiento Administrativo – Decreto Ley N° 26111
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RNGPA	Reglamento de las Normas Generales de Procedimiento Administrativo - Decreto Supremo N° 006-67-SCC
TC	Tribunal Constitucional Peruano
TP	Título Preliminar
TUO LPAG	Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Referencias

- ABRUÑA PUYOL, A., y V. BACA ONETO. «*Lección 13, Perfección, validez, invalidez, eficacia y ejecución forzosa de los actos administrativos en el Derecho Peruano, (pro manuscrito).*» Universidad de Piura, Piura, 2018.
- ABRUÑA PUYOL, A., y V. BACA ONETO. «*Notas del Curso de Derecho Administrativo, Lección 18: El Control Jurisdiccional de la Actuación Administrativa, pro manuscrito.*» Universidad de Piura, Piura, 2013
- ABRUÑA PUYOL, A., y V. BACA ONETO. 2. «*Notas del Curso de Derecho Administrativo, Lección 9. El acto administrativo, por manuscrito.*» Universidad de Piura , 2015
- ABRUÑA PUYOL, A., y V. BACA ONETO. «*Notas del Curso de Derecho Administrativo, Primera Lección, I Nociones Fundamentales, La Administración Pública, pro manuscrito.*» Universidad de Piura, Piura, 2015.
- ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V.S., «*Notas de Derecho Administrativo, Lección 21, La actividad de la Administración (III) La empresa pública y el servicio público, (pro manuscrito) .*», Universidad de Piura, Piura, 2008
- AEDO BARRENA, Cristian. «¿Siguió el Código civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (faute) extracontractual?» *Revista Chilena de Derecho* 44 (2020): 629-651. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/9660>.
- ALMODÓVAR MALDONADO, José A. «Evolución De La Responsabilidad Civil: Una aproximación». *Revista UPR (Ceiba)* 12 (1): 8-21. <https://revistas.upr.edu/index.php/ceiba/article/view/3484>.
- ÁLVAREZ LATA, N., y J. BÁDENAS CARPIO. *Lecciones de responsabilidad civil / editado por Luis Fernando, Reglero Campos ... [et al.]*. Cizur Menor: Aranzadi., 2002.
- ARRIETA RAMÍREZ, Manuel H. *La acción civil en el proceso penal: razones para no dejar de ampararla*, pp. 25.
- BACA ONETO, V.S. «¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa.» *Revista de Derecho Administrativo* (9) 2010: 233-248. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13716>.
- BACA ONETO, V.S., y E. ORTEGA SARCO. «Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano.» *Revista De Derecho Administrativo* 13 (2013): 33-49. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13466>.

- BELTRÁN PACHECO, J.A. «Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil.» *Derecho & Sociedad* 23 (2004): 260-266.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891>.
- BESALÚ PARKINSON, A. «La Responsabilidad Civil: Tendencias Actuales. La Experiencia Argentina y su posible proyección Al Derecho Mexicano.» *Boletín Mexicano de Derecho comparado* 1 91 (1998): 53-80.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3525>.
- BUSTO LAGO, José. 1995. «La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.» Tesis Doctoral, 784. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18295>.
- CALLER FERREYROS, María Eugenia. «Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario.» *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* 49 (2010): 71-111.
- CAMBERO QUESADA, Guillermo. «Responsabilidad Patrimonial del Estado: contrapeso al poder exorbitante de la Administración pública mexicana.» *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte* 55 (2021): 103-122.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8301770>
- CARAZA CRISTÍN, María del Mar. «Los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos y su incidencia en la responsabilidad de la administración.» Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, p. 129 y 424.
<https://idus.us.es/handle/11441/27026>.
- CASTILLO CORDOVA, L. «El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales.» *Revista PUCP. Foro jurídico* (2014): pp. 143-154.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13783>.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José. 1999. *Derecho de daños*. 2a ed., corr. ampl, y act. Barcelona: Bosch.
- CORNEJO ZAVALA, Sandra, y Alejandro ORRICO GÁLVEZ. «La Culpa en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.» *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* año X, N° 23 (2018) pp. 1-12.
<https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/abstracts/r23-art-2.html>.
- DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, y Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos / Francisco Javier de Ahumada Ramos; prólogo, Juan Alfonso San. Aranzadi, Navarra: Elcano, 2004.*

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. 2001. *La responsabilidad extracontractual : Arts. 1969-1988*. 7ma ed. T-I, T-II. (Lima, Repositorio Institucional PUCP, 2001).
- DR Leyes. s.f. *Diccionario Jurídico Latin*. <https://www.drleyes.com/diccionario-juridico-latin/eventus-damni>.
- ECHANDI GURDIÁN, Marcela. «El concepto de estado y los aportes de Maquiavelo a la teoría del estado.» *Revista de Ciencias Jurídicas* 119 (2009): pp. 155-184. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9777>
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 7ma ed. Lima: Editorial Rodhas. 2013.
- FAJARDO MUÑOZ, Gladys. «Responsabilidad Extracontractual del Estado ecuatoriano y vulneración de derechos por funcionarios públicos de instituciones educativas». *Revista Santiago de la Universidad de Oriente*, Número especial (2022). <https://santiago.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/view/5665>.
- FERNANDEZ CAMPOS, Juan. «Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano.» *Anuario de Derecho Civil* 50 2. 1997. : pp. 631-670. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46905>.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. 2019. «*Introducción a la Responsabilidad civil: lecciones universitarias*». Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019. 1-207. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170701>.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La dimensión Omnicompreensiva del daño No Patrimonial y la reclasificación de los daños.» *Advocatus*, n.º 031 junio (2015). pp. 317-338. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4370>.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica. «La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno.» *Revista Estudios Socio Jurídicos* 5 1 (2003). pp. 230-249. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2315025>.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. «La responsabilidad patrimonial del estado de Chile: una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la corte suprema.» *Revista de Administración Pública* 211 (2020). pp. 373-405.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. «El Concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público.» *Revista de Administración Pública* 129 (1992). pp. 195-210. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773531>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa.» *Anuario de Derecho*

- Civil* 8 4 (1995). 1023-1166.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2773531>.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. 5ta ed. Madrid: Thomson-Civitas.2010.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. ed. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas/ [dirección] Walter Gutiérrez Camacho*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003
- HUAPAYA TAPIA, R., y L. SÁNCHEZ POVIS. «La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano. Notas para el estudio de su régimen jurídico.» *Derecho & Sociedad* 2 (54) (2020): pp. 251-273.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/ar>.
- JIMÉNEZ BENITEZ, William. «Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal.» *Diálogo de Saberes* 38, junio (2013): pp. 63-78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>.
- KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. «¿Estado o mercado? : el principio de subsidiaridad en la Constitución peruana.» Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/173066#:~:text=El%20principio%20de%20subsidiaridad%20se,para%20lograr%20el%20bienestar%20general>.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado.» *Revista de Administración Pública* 155 (2001): pp. 27-58.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17536>.
- LEGUINA VILLA, Jesús. «La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causador por sus agentes o por sus servicios administrativos.» *Revista de Administración Pública* 92 (1980): pp. 7-44.
<https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-92-mayoagosto-1980/la-responsabilidad-del-estado-y-de-las-entidades-publicas-regionales-o-locales-por-los-danos-2>.
- . *Origen y evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado*. 2004.
<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/21776>.
- LEYSSER LEÓN, Hilario. «Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.» *Biblioteca Digital Academia de la Magistratura*. 2016. pp. 1-122.
<http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/714>.
- MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra. *La acción civil del daño moral*. México: Repositorio Universitario Jurídicas, 2014. pp.1-144.
<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12532>.

- MIR PUIGPELAT, o. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema. 1ª ed.* Madrid: Civitas. 2002.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.» *Gaceta Jurídica*, Tomo II, 14ª Edición (2019): p. 548. <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/06/tomo-ii-comentarios-a-la-ley-general-del-procedimiento-administrativo.pdf>.
- NAVEIRA ZARRA, Maita María. «El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual.» Tesis Doctoral, Universidad de La Coruña, 2004: p. 351. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131>.
- OROZCO PARDO, Guillermo. «La teoría general de la responsabilidad civil aplicada al campo de la informática como actividad de riesgo, Informática y derecho.» *Revista iberoamericana de derecho informático*, N° 9-11, (Ejemplar dedicado a: II Congreso Internacional de Informática y Derecho. Actas) I. (1996): pp. 343-406. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=248759>.
- OSTERLING PARODI, Felipe. *Inejecución de Obligaciones 1985*. 2013. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20obligaciones%201985.pdf>.
- RAE. s.f. *Diccionario panhispánico de español jurídico*.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Luis Carlos. «De la culpa ed la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano.» *Revista de Derecho Privado*. 30. (2016): p. 289. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5575917>.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Luis Carlos. «La lex aquilia: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria.» *Revista de Derecho Themis* 73 (2018): pp. 165-193. doi:<https://doi.org/10.18800/themis.201801.015>.
- SÁNCHEZ POVIS, L.A. «La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano: Aproximaciones a una Institución Pendiente de Reforma.» *Derecho & Sociedad* 45 (2015): pp. 321-332. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15250>.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español.» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Tomo 35, Fasc/Mes 3) (1982): pp. 663-692. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46225>.

- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil : comentarios a las normas dedicadas por el Código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. 2da ed. Lima: Grijley. 2003.
- TIRADO, R.M. «Los actos administrativos en el régimen de las personas jurídicas del régimen privado.» *Revista de Derecho Administrativo* 12 (2012): pp. 171-185.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13501>.
- URIBURÚ BRAVO, Jhoan H. *Introducción al sistema de la responsabilidad civil peruano : una aproximación a los supuestos, elementos, requisitos y presupuestos de la responsabilidad civil / Jhoan H. Uriburú Bravo*. Lima: Grijley. 2009.
- VARGAS HERNÁNDEZ, José. «Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo.» *Revista MAD* 17 enero (2007): pp. 66-89.
<https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/13938>.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando. «La Responsabilidad Civil.» *Revista de la Facultad de Derecho de PUCP* 54 (2001): pp. 389-399.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527>.
- VIGNOLO CUEVA, O. «La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas.» *Revista De Derecho* 12 22 (2013): pp. 63-79.
<https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/603>.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando. «El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria.» Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza, 2017. p. 355.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=145332>.
- VILLAVICENCIO ESCUDERO, L.A. «Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: apuntes para una propuesta de cambio en la Ley peruana del Procedimiento Administrativo General.» *Derecho & Sociedad* 50 (2018).
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20376>.
- YÁÑEZ DÍAZ, Carlos, y Juan José RASTROLLO SUÁREZ. *Responsabilidad patrimonial de la administración y privatización de servicios públicos / Carlos Yáñez Díaz ; prólogo, Juan José Rastrollo Suárez*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi. 2018.

Normativas Legales

Constitución Política del Perú de 1993

Código Civil Peruano de 1984

Código Civil Peruano de 1936

Código Civil Peruano de 1852

Casación N°1529-2007- Lima del 26 de junio de 2007

Casación N° 238-2019 Lima del 7 de octubre de 2020

Casación N° 4977-2015 Callao del 21 de enero de 2015

Casación N° 2440-2018 Lambayeque del 14 de octubre de 2019

Caso Barrios Altos, sentencia del 17 de noviembre de 2004

Caso de los hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú, sentencia del 8 de julio de 2004

Decreto Legislativo N° 1029 del 24 de junio de 2008

Decreto Legislativo N° 1272 del 21 de diciembre de 2016

Decreto Legislativo N°758 - Ley para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos del 13 de noviembre de 1991

Decreto Ley 26111 “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos del 30 de diciembre de 1992

Decreto Supremo N° 006-SC Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos del 11 de diciembre de 1967

Decreto Supremo N° 02-94-JUS Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos del 31 de enero de 1994

Exp.N°3 4-2004-PI/TC del 15 de febrero de 2005

Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General del 11 de abril de 2001

Ley N° 27584 Ley del Proceso Contencioso Administrativo del 7 de diciembre de 2001 y modificatorias

Ley N° 26872 Ley de Conciliación del 13 de noviembre de 1997 y modificatorias.

Ley N° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República del 23 de julio de 2002 y modificatorias.

Ley N° 30137 Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales

Ley N° 31953 Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2024

Reglamento del D.L. N°1362 (D.S. N°240-2018-EF) del 23 de julio de 2018

Reglamento del D.S. N° 059-96-PCM del 27 de diciembre de 1996

Sentencia Ximenes Lopes vs Brasil del 4 de julio de 2006

Precedente Vinculante SUSALUD Sesión de Sala Plena N° 018-2020- del 2 de diciembre de 2020

Sentencia Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia de 1873

Sentencia Francovich del 19 de noviembre de 1991

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) del 25 de marzo de 1957

TUO de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por D.S. N° 004-2019-JUS del 25 de enero de 2019

