



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ALGUNOS APUNTES SOBRE EL
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA
PRESTACIÓN DE SERVICIO
PÚBLICO, CON ESPECIAL
REFERENCIA AL ÁMBITO DE LAS
TELECOMUNICACIONES

Luis Vilela-Rivas

Piura, junio de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Vilela, L. (2018). *Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las Telecomunicaciones* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO



«Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las Telecomunicaciones»

Tesis para optar el Título de Abogado.

Luis Miguel Vilela Rivas

Piura, Junio 2018

*A mis padres y hermanos,
por su incansable e incondicional aliento.*

APROBACIÓN

La tesis titulada «Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las Telecomunicaciones», presentada por el Bachiller Luis Miguel Vilela Rivas, en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Mgtr. Ana María Isabel Becerra Gómez.

Directora de tesis

Resumen Analítico Informativo

Algunos apuntes sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicio público, con especial referencia al ámbito de las Telecomunicaciones.

Luis Miguel Vilela Rivas.

Asesor: Mgtr. Ana María Becerra Gómez.

Tesis de título.

Licenciado en Derecho.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, junio de 2018.

Palabras claves: Derecho / Derecho Administrativo / Administración Pública / Responsabilidad Patrimonial / Servicio público / Telecomunicaciones.

Descripción: Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, con especial referencia a la materia del Derecho de Telecomunicaciones y los servicios públicos en el ordenamiento peruano.

Contenido:

El texto de la tesis está dividido en cuatro partes: en la primera se hace una introducción a través una mirada histórica del desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en contraste con la segunda parte, en la que se define la regulación actual de la responsabilidad civil, así como la responsabilidad de la Administración Pública. La tercera parte se refiere a la noción de servicio público, servicio esencial y servicio universal y se definen los aspectos de los servicios de telecomunicaciones y, finalmente, la cuarta parte se centra en el caso particular de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en los servicios de Telecomunicaciones en Perú.

Metodología: Método histórico, enfoque interpretativo, y analítico.

Conclusiones: Se puede establecer un acercamiento al régimen de la responsabilidad patrimonial de Administración Pública en los supuestos referentes a los servicios públicos de telecomunicaciones.

Fuentes: Derecho romano, derecho comparado y derecho peruano.

Fecha de elaboración resumen: 1 de junio de 2018.

ÍNDICE

INTRODUCCION	3
CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, SUS ORÍGENES EN EL DERECHO CIVIL	5
1. Derecho romano: ¿Responsabilidad Civil o Derecho de Daños?	5
1.1. Las obligaciones nacidas de los contractus.....	6
1.2. Las obligaciones nacidas de los delicta	7
1.2.1. El furtum.....	8
1.2.2. El damnum.....	8
1.2.3. La iniuria.....	10
1.3. La clasificación final de los daños resarcibles en Derecho romano	11
1.4. El peculiar caso de los cuasidelitos.....	13
1.5. A modo de conclusión: rasgos del “derecho de daños” romano.....	15
2. Evolución post Derecho Romano.....	16
2.1. El aporte de los glosadores y comentaristas	16
2.2. El derecho común	17
2.3. La responsabilidad según los iusnaturalistas	17
3. La responsabilidad patrimonial en el Derecho codificado: El Código Civil Francés y su influencia en los ordenamientos civiles.....	18
CAPÍTULO II: RÉGIMEN ACTUAL Y DETERMINACIÓN LEGAL VIGENTE DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	21
1. Regulación general de la responsabilidad patrimonial.....	21
1.1. Elementos de la responsabilidad patrimonial	22
1.2. Sistemas de imputación de la responsabilidad.....	28
1.2.1. Responsabilidad por culpa.....	28
1.2.2. Responsabilidad sin culpa	31
2. Clases de responsabilidad.....	34
2.1. La responsabilidad contractual	35
2.2. La responsabilidad extracontractual	37
3. Las funciones de la responsabilidad extracontractual	38
4. Supuestos de exoneración de la responsabilidad patrimonial	39
4.1. Caso fortuito y fuerza mayor	39
4.2. Hecho determinante de la víctima o de tercero.....	42
5. Indemnización por daños y perjuicios: clases de daños	43
5.1. Daños patrimoniales.....	45

5.2. Daños extrapatrimoniales o morales	47
CAPÍTULO III: EL SERVICIO PÚBLICO COMO ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	48
1. Definición de servicio público	48
2. Determinación legal vigente del Servicio público en el ordenamiento peruano.....	51
3. Características del servicio público en el ordenamiento peruano	52
3.1. Naturaleza esencial	53
3.2. Continuidad.....	53
3.3. Regularidad y calidad	53
3.4. Igualdad.....	54
3.5. Los servicios públicos y la publicatio.....	54
4. La <i>ordenatio</i> en los servicios esenciales	56
5. Las formas de prestación de los servicios públicos.....	56
5.1. Directa.....	56
5.2. Indirecta	57
6. La concesión de servicio público (especial referencia al servicio de telecomunicaciones)	58
6.1. La concesión	58
6.2. Sujetos que intervienen. Sus derechos y obligaciones.....	60
CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES	65
1. Antecedentes históricos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.	65
2. Regulación actual vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	69
3. Presupuestos para la configuración de la Responsabilidad patrimonial de la Administración	72
3.1. Imputabilidad de la conducta	72
3.2. Lesión patrimonial como daño antijurídico	73
3.3. Nexo causal.....	75
4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento peruano	77
5. Sujetos y supuestos de responsabilidad de la Administración en la prestación de los servicios de Telecomunicaciones	81
CONCLUSIONES	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUCCION

El tema de investigación de la presente tesis es acerca del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

La responsabilidad patrimonial de la Administración se ha desarrollado, históricamente, teniendo en cuenta lo que ya había en la tradición jurídica civil, pues indudablemente la responsabilidad civil ha tenido un desarrollo doctrinal anterior a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, es importante no perder de vista que la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque tiene elementos constitutivos de la responsabilidad civil, constituye un régimen distinto. Tiene una regulación específica.

Para analizar el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración y más concretamente en el sector de las Telecomunicaciones es necesario hacer un recorrido histórico por los orígenes en el Derecho civil de la responsabilidad patrimonial, así como también una referencia a los servicios públicos para determinar si los servicios de Telecomunicaciones se incluyen ahí; para finalmente determinar en qué casos podría haber una responsabilidad patrimonial de la Administración en dicho sector.

Esta investigación se desarrolla en cuatro capítulos. En el primer capítulo se realiza un planteamiento histórico sobre los orígenes en el Derecho civil de la responsabilidad patrimonial, desde el Derecho Romano hasta el Código civil francés y la influencia en otras codificaciones civiles.

En el segundo capítulo veremos el régimen actual y la determinación legal vigente de la Responsabilidad patrimonial en general, así como las clases de responsabilidad que

doctrinalmente se han desarrollado, además de los supuestos de exoneración de responsabilidad.

En el capítulo tercero abordaremos el concepto de servicio público como actividad de la Administración, sus características y las formas de prestación. Esto nos ayudará para determinar si los servicios de Telecomunicaciones se constituyen en servicios públicos.

Finalmente, en el capítulo cuarto entraremos en el tema central de esta investigación. Analizaremos la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de las Telecomunicaciones. En ese sentido, analizaremos los antecedentes históricos y la regulación actual vigente de la Responsabilidad patrimonial de la Administración, los presupuestos necesarios para su configuración; así como los sujetos y supuestos de responsabilidad en el sector que atañe a este trabajo; es decir, intentaremos hacer un planteamiento para determinar en qué casos la Administración podría ser responsable por los daños en la prestación del servicio de telecomunicaciones, aun cuando no han sido directamente prestados por ella, que en principio, según lo establecido por la LPAG, no cabría imputar responsabilidad a la Administración.

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, SUS ORÍGENES EN EL DERECHO CIVIL

1. Derecho romano: ¿Responsabilidad Civil o Derecho de Daños?

Consideramos necesario empezar este trabajo refiriéndonos a sus orígenes y, a partir de ahí, repasar la evolución que ha ido experimentado esta institución en el tiempo. Es, al parecer, en el Derecho Romano, donde podemos encontrar algunas instituciones que pueden darnos la base de lo que hoy en día conocemos como responsabilidad patrimonial.

Históricamente, se dice que los orígenes de la responsabilidad civil podemos encontrarlos en las primeras manifestaciones de la actividad humana y, por tanto, entonces, en los orígenes mismos del Derecho. En ese sentido, los estudios de la responsabilidad civil trazan su evolución histórica partiendo del natural instinto de venganza que tenía quien era víctima de un daño, siendo esta etapa de la venganza privada, para luego, de esta, pasar a la etapa de la reparación del daño, cuando en la organización social empieza a hacer su aparición el Estado. De estas primeras etapas, se llega a la que la irrogación de un daño configura el delito que vendría a ser legislado en el Derecho romano¹.

Ahora bien, la expresión «responsabilidad civil» no fue utilizada en Roma. Sin embargo, para encontrar su origen y significado es preciso recurrir al vocablo responsabilidad cuya etimología proviene de la raíz latina *spondere* que quería decir prometer, ligarse, comprometerse como deudor. Por ese motivo, cuando en Roma, la promesa o el compromiso eran incumplidos o, en su caso, la deuda no era solventada, el *spondere* derivaba en *responderé*, de la que a su vez derivaba *responsus* o *respondum*, lo que etimológicamente, conduce a la idea de responsabilidad vinculada a una relación jurídica preexistente. Así la responsabilidad civil empieza a perfilarse desde que la autoridad empieza a calificar el hecho

¹ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F., “La responsabilidad civil” en Revista de la Facultad de Derecho, N°. 54, Derecho PUCP, Lima, 2001, p. 389.

que causaba daño para los fines del resarcimiento, pero sin entrar a valorar si el evento que ocasionaba el daño –*eventus damni*- amenazaba o no el orden social, pese a que siempre de alguna manera lo afectaba. De ahí que en la evolución de la responsabilidad como fenómeno jurídico en el Derecho romano se fuera diferenciando entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad personal, lo cual empezó a sentar las bases de la diferenciación entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. En el Derecho romano, la evolución de la responsabilidad jurídicamente imputable se fue perfilando hasta dejar de ser una responsabilidad personal y tornarse en una responsabilidad patrimonial².

El jurista romano, Gayo, señalaba que toda *obligatio* tenía su fuente en un *contractus* o en un *delictum*³. Veremos a continuación, de manera muy breve lo que implicaban una.

1.1. Las obligaciones nacidas de los contractus

Los contratos vinculan a los contratantes en todo aquello que esté estipulado en los mismos por lo que juega un papel importante la *bona fides* contractual. En ese sentido, ante la inobservancia de las disposiciones previstas o estipuladas en el contrato, la parte afectada podía ejercitar alguna de las acciones existentes para exigir su cumplimiento, tales como, la acción de *debitum certum*, la *actio incerti*, las acciones *bonae fidei*, entre otras⁴.

Se regulaban las obligaciones que nacían de las obligaciones previamente contraídas y de cuyo incumplimiento o inejecución se irrogaba un daño, por lo que el sujeto constituido en *debitor* y que no solventaba, o que lo hacía defectuosamente, asumía frente al *accipiens* la obligación de resarcir o reparar el daño, pero siempre que la causa de la inejecución fueran el dolo o la culpa. Vemos pues, que en el Derecho romano la culpa está presente como elemento de la responsabilidad, sobre todo en el caso de la responsabilidad nacida de la inejecución de

² Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F., “La responsabilidad...”, cit., pp. 389-391.

³ Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 19.

⁴ Cfr. D’ORS, A., *Derecho privado romano*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona, 2004, §355 y ss., pp. 437 y ss.

la obligación y, que además era preciso que se complementara con el daño para generar la obligación indemnizatoria⁵.

1.2. *Las obligaciones nacidas de los delicta*

En cuanto a las obligaciones *ex delicto*, el Derecho romano distinguía: las obligaciones nacidas de los *delicta* y las obligaciones nacidas de los llamados *crimen*⁶. Los *delicta*, al ser considerados delitos privados, eran perseguibles en virtud de una ley o del Edicto pretorio mediante un juicio penal ordinario, mientras que los *crimina* eran los delitos públicos y, por tal razón, daban lugar a un juicio público⁷. Por el tema de nuestra investigación nos interesan especialmente, por su carácter privado⁸, los *delicta*⁹, así como también las consecuencias que su comisión conllevaba. En efecto, los *delicta* podían originar acciones «penales» que tenían por objeto la obtención de una cantidad de dinero que, a modo de castigo, el autor del daño debía pagar al reclamante que lo hubiera sufrido¹⁰.

Lo agravios en qué consistían los *delicta* podían ser, tanto de carácter patrimonial, como de carácter personal. Los primeros podían configurarse por *furtum* –sustracción de cosas ajenas– por un lado, y *damnum*¹¹ -daño a las cosas de otro-, por otro. Los segundos -los *delicta* de carácter personal- eran lesiones corporales u ofensas morales que eran englobadas en la figura de la *iniuriae*¹². En ambos casos, la víctima de las lesiones podía iniciar la acción

⁵ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F., “La responsabilidad...”, cit., p. 391.

⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 69. Este autor utiliza el término *crimina*, en lugar del término *crimen*.

⁷ Cfr. D’ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §360, p. 445.

⁸ Cfr. D’ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §360 p. 445. Señala, el autor, que consistían en agravios privados y sólo la parte interesada podía promover las acciones.

⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 69. Los *delicta* se encontraban en contraposición a los denominados *crimina*, los cuales tenían un marcado interés público.

¹⁰ Cfr. D’ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §360 p. 446.

¹¹ *Damnum* o también «*damnum iniuria datum*». Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 69.

¹² Cfr. D’ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §360 p. 448.

correspondiente para obtener una cantidad de dinero a modo de reparación por el daño sufrido.

1.2.1. *El furtum*

El *furtum* se consideraba el prototipo de delito privado. Consistía en el apoderamiento ilícito y clandestino de una cosa mueble ajena. Sin embargo, en la práctica tenía un sentido más amplio porque contemplaba cualquier acción realizada respecto de una cosa, que perturbara, no solo el ejercicio del derecho de propiedad, sino algún otro derecho real, tales como el uso o la posesión. Del mismo modo, se consideraba *furtum* al abuso sobre una cosa confiada (*furtum usus*) y a la sustracción de la posesión por el mismo propietario (*furtum possessionis*)¹³.

1.2.2. *El damnum*

El *damnum* era entendido como «daño injusto» o «daño causado ilegalmente» (*damnum iniuria datum*). Este tipo de daño tiene su origen en la *Lex Aquilia*¹⁴. En ella podríamos encontrar las bases de lo que actualmente entendemos en el ordenamiento por responsabilidad patrimonial, sin embargo, algunos autores sostienen que se trata más bien de una institución relativamente reciente y que no estuvo presente en el Derecho romano¹⁵.

La *Lex Aquilia* o ley aquiliana recogía tres mandatos. El primero mandaba que «quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, sea

¹³ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §368 pp. 452, 453 y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 69.

¹⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 69.

¹⁵ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, IV.1, PUCP, Lima, 2005, p. 32 y ss. Señala este autor que la responsabilidad extracontractual, como muchas otras instituciones del derecho, no ha existido desde el principio de la historia. Señala que tampoco estuvo presente en el Derecho romano, sino que tiene, aproximadamente, tres siglos de antigüedad. Suponemos que hace tal afirmación pues en el Derecho romano no existía la responsabilidad civil formulada en los términos actuales, lo cual, pensamos, resulta lógico.

condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año». El segundo mandato¹⁶ era el de pagar al verdadero acreedor, cuando el *adstipulator*¹⁷ hubiere realizado, fraudulentamente, la *acceptilatio*¹⁸ del crédito, es decir, una declaración de haber recibido la prestación. Por último, en el tercer mandato se establecía que quien dañare con *iniuria* cualquier cosa de otro; sea esclavo, animal o cualquier otra, debía pagar al dañado el mayor valor de la cosa en los últimos treinta días¹⁹.

Posteriormente, el segundo mandato cayó en desuso porque podía obtenerse el mismo resultado mediante la *actio mandati*, en lugar de ejercitar la *actio legis aquiliae*, por lo que resultaba poco útil la introducción de este supuesto en la Ley Aquilia²⁰. En efecto, la *Lex Aquilia de damno* tipificaba ya sólo dos grupos de delitos que correspondía, respectivamente, al primer y tercer capítulo: «muerte de un esclavo o ganado grande ajenos» y «toda clase de daños»²¹. Este último capítulo de la *Lex Aquilia* se configuraba como de carácter residual, pues no hacía referencia a un supuesto específico, sino que castigaba los supuestos no previstos en el primer capítulo.

La acción que otorgaba la Ley Aquilia era una acción penal, pues no perseguía el valor actual de la cosa dañada, sino el máximo valor dentro del plazo legal, aunque esa pena abarcaba también la indemnización. Sin embargo, a diferencia del común de las acciones penales, que presuponen dolo del demandado, en ésta, el término *iniuria* fue interpretado por

¹⁶ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §451, p. 543. Señala este autor que «La ley Aquilia, en su segundo capítulo, penaba como *damnum* el acto de un adstipulador que cobraba para sí».

¹⁷ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §451, p.542. Según este autor, la figura de la *adstipulatio* funcionaba de la siguiente manera: «un nuevo acreedor, presentado por el acreedor principal como persona de su confianza, estipula del deudor lo mismo que ha estipulado ya el acreedor principal, o menos, pero nunca más. (...) El adstipulante no es un simple cobrador autorizado, sino que se hace verdadero acreedor, adjunto al acreedor principal: el promitente se encuentra así con dos acreedores, pero el cobro o *Litis contestatio* de uno de ellos le libera frente al otro».

¹⁸ La *acceptilatio* era una forma de cancelación verbal y abstracta de obligaciones, a su vez, abstractas. Estas obligaciones, podían extinguirse, incluso, sin un cumplimiento efectivo mediante la *acceptilatio*. Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §426, p. 513.

¹⁹ Cfr. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 69-70.

²⁰ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §374, p. 448.

²¹ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §373, pp. 457 - 458.

la primera jurisprudencia clásica en el sentido de que se debía responder también por ciertos actos de negligencia que causaban daños a otra persona. Para designar este tipo de conducta negligente se acudió al término *culpa*, que se había de utilizar en la problemática de la responsabilidad contractual. Por ello, el *damnum iniuria datum* se considera el prototipo de delito culposo, «no doloso», de dicha época²².

Para poder ejercitar la *actio legis aquiliae*, el daño debía haber sido causado directamente con el cuerpo. Si el daño hubiese sido producido de otro modo, se concedían las acciones útiles, que procedían, por ejemplo, cuando alguien encerraba y dejaba morir de hambre a un esclavo o una cabeza de ganado que son de otro, o si persuadía a un esclavo ajeno para que suba a un árbol o baje a un pozo, y este, subiendo o bajando, se cae y se mata o se lesiona alguna parte del cuerpo²³.

Originariamente, la *lex Aquilia* hablaba de «amo» (erus), pero el pretor también introdujo la extensión de los sujetos legitimados, a través de las acciones útiles o las acciones *in factum*. Así es que se concedió la acción a los peregrinos, al usufructuario y a otros titulares de derechos reales²⁴.

Asimismo, el pretor introdujo otra acción útil cuando la víctima no era un esclavo, sino persona libre, para el caso en que no le interesare ejercitar la acción de lesiones, sino la *actio legis Aquilia*²⁵.

1.2.3. La iniuria

La *iniuria* hacía referencia a las lesiones inferidas sobre personas libres, en su integridad física o moral; comprendía, según D'ORS, todo tipo de comportamiento injusto²⁶.

²² Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §374, pp. 458 - 459

²³ Cfr. Gai.3.219.

²⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 70 y D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §376, p. 460.

²⁵ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §374, p. 461.

En ese sentido, no solo se cometía *iniuria* al infligir daño corporal, sino, también por dañar la imagen de alguien. Tal era el caso de quien anunciaba públicamente la insolvencia de otro como deudor sabiendo que no debía nada, o si alguien escribía un libelo o una copla para infamar, o si asediaba a una mujer honrada o a un adolescente²⁷.

Ante un agravio de este tipo se concedía la *actio iniuriarum*, que podía ejercerse cuando la ofensa la sufría uno mismo y cuando la sufría a través de alguien que se encontraba bajo su *manus*. Por ejemplo, cuando se ofendía a una mujer casada, el padre o el marido de tal mujer podían reclamar por las ofensas contra ella, pero, además, por considerarse ofendidos, podían reclamar, tanto el padre como el marido respectivamente, la ofensa proferida a ellos a través de tal mujer. No se daba el mismo caso con los esclavos, pues no se consideraba la ofensa proferida hacia él, sino cuando, dada la magnitud de la ofensa, se apreciaba que lo que se había buscado era ultrajar al dueño²⁸.

En cuanto a la pena, a diferencia de las que establecía la ley de las XII Tablas (se señalaba la pena del talión en algunos casos y pena pecuniaria fija, en otros), en este tiempo era el mismo demandante quien hacía la estimación y en base a esa estimación, quedaba a criterio del juez dar en menos o en más.²⁹

1.3. La clasificación final de los daños resarcibles en Derecho romano

La evolución que trajo consigo la introducción de las acciones útiles y las acciones *in factum*, así como las distintas modificaciones realizadas, llevaron a DERNBURG a clasificar, en cinco tipos, los daños resarcibles existentes en el Derecho romano.

²⁶ D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §378, p. 462.

²⁷ Cfr. Gai.3.220.

²⁸ Cfr. Gai.3.221 - 222

²⁹ Cfr. Gai 223 y 224 señalaba GAYO: «la pena por la inutilización de un miembro era el talión; en caso de fractura o fisura de un hueso, la pena era de trescientos *asses* si el hueso se le había fracturado a un hombre libre y si era esclavo, ciento cincuenta *asses*. Para las otras clases de ofensas se estableció una pena de veinticinco *asses*».

El primero de ellos es el denominado «*damnum iniuria datum*»³⁰ que comprendía los daños ocasionados a las cosas; incluso cuando se trataba de una manipulación sin que mediara alteración de la materia, pero de tal forma que la hacía inútil, por ejemplo, al mezclar semillas de avena con semillas de hierbas nocivas³¹.

En segundo lugar estaban las *lesiones corporales y muerte de una persona*, a las cuales se aplicaba, por analogía, los principios que regían el daño a las cosas, siempre que la víctima fuera una persona libre. Cabe resaltar que la indemnización pretendida se restringía a la correspondiente al daño material causado, pues no cabía pretender el resarcimiento del daño moral³².

En los *daños causados por los animales*, tercer tipo de daño, se exigía del dueño una conducta culposa, la cual era entendida en un sentido amplio como «negligencia en la custodia y la falta de destreza o de plena capacidad cuando se guía un animal o se cabalga sobre él en un lugar frecuentado»³³. Este supuesto guarda relación con la actual responsabilidad civil indirecta o responsabilidad por hecho ajeno, que corresponde a quien tiene algo o alguien bajo custodia.

En cuarto lugar se hallaba una *acción de dolo*, mediante la cual se resarcían los daños patrimoniales injustos y malévolos que no podían ser resarcidos por otra vía, ya que la acción aquiliana sólo se contemplaba en casos de destrucción o quebrantamiento de cuerpos. Los

³⁰ Respecto de ello, señala DIEZ-PICAZO que, originariamente, la legitimación activa la tenía solamente el dueño, pero más adelante se fue ampliando la legitimación a favor del poseedor de buena fe, el acreedor pignoraticio, el usufructuario y el arrendatario. Ya se establecía, además, la *iniuria* como requisito para el ejercicio de la acción, lo cual se puede asimilar, en la actualidad, a la antijuridicidad del daño. Asimismo, ya se tomaba en cuenta el nexo causal, con la precisión de que, en aquel tiempo, este consistía en un daño directo, el cual debía manifestarse de forma evidente. Otra característica era que sólo se tomaban en cuenta las acciones positivas que causaran daño, mas no las omisiones, salvo en el caso de que estas últimas estuvieran ligadas a una acción realizada previamente. Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 72.

³¹ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 72.

³² Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 73.

³³ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 73.

daños patrimoniales que quedaban fuera de los supuestos acogidos por la *actio legis aquiliae* debían tratarse por esta acción y bajo ese título de imputación³⁴.

Por último, la *iniuria* comprendía muchos supuestos como las ofensas y la «*contumelia*»³⁵, pero también otros de diversa naturaleza, pero que finalmente reflejaban desprecio por la personalidad de la víctima. Dentro de estos últimos se hallaban, por ejemplo, la perturbación del uso en común de una cosa o el impedimento al propietario de la extracción de los frutos de las cosas. Con esta acción, llamada *actio iniuriarum*³⁶, se buscaba la imposición de una pena privada que el juez debía medir³⁷ tomando en cuenta el perjuicio pecuniario ocasionado.³⁸

1.4. *El peculiar caso de los cuasidelitos*

Además de los *delicta privata*, más tarde aparecieron los llamados cuasidelitos. Aunque resultaba complicada una formulación general de los cuasidelitos, se ha de hacer hincapié en que, básicamente, se denominaban como tales a cuatro supuestos concretos que no guardaban mucha relación entre sí (salvo, quizá, un par de ellos).

El primer supuesto es *iudex litem suam fecerit*, que se configuraba cuando un juez causaba daño faltando a su deber como juzgador, mediando dolo o negligencia. La obligación de resarcir no se generaba *ex delicto*, aunque tampoco *ex contractu*, sino por una acción concedida por el pretor como *quasi ex delicto*³⁹.

³⁴ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 73.

³⁵ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §379, p. 463. Se entiende que la *contumelia* guarda correspondencia con lo que actualmente constituye la injuria.

³⁶ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §378, p. 462.

³⁷ Ya había quedado atrás los sistemas de las penas consistentes en la venganza (primitivamente) y la pena pecuniaria fija, pena que consistía en un múltiplo del valor de la cosa dañada. Lo novedoso era que la estimación de la pena se hacía en proporción a la dignidad de la víctima, la gravedad del escándalo, etc. Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §379, p. 463.

³⁸ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 73.

³⁹ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 75

Los siguientes dos supuestos tienen cierta conexión entre sí: «*positum et suspensum*» y «*effusum et deiectum*». El primero surgía cuando se producía un daño por el desprendimiento de un objeto a la vía pública luego de estar colgado o suspendido en un edificio. El segundo suponía un daño al derramar un líquido o lanzar un objeto desde un edificio o un lugar público⁴⁰.

Al margen de la evidente similitud en el hecho productor del daño, estos dos supuestos tenían en común que prescindían de la culpa y en ambos casos la legitimación pasiva le correspondía al *habor*, no de quien efectivamente hubiere ocasionado el daño. Además, debe tenerse en cuenta que estos dos supuestos suponían la creación de un riesgo para quienes transitaban por la vía pública, y se buscó, además de resarcir el daño, sancionar la creación de esa situación peligrosa, por ello se hacía responsable objetivamente al *habor*⁴¹.

Por último, *receptum, nautae, cauponae et stabularii*, se dirigía contra quien gobernaba una nave, local o establo por el daño o hurto de las cosas que le fueron confiadas⁴². Del mismo modo que los dos supuestos anteriores, éste también evidencia cierta objetivación de la responsabilidad pues, aunque fuese un tercero quien cometía el acto, se hacía responsable a quien estaba al mando, siempre y cuando existiera culpa *in eligendo*.

Como puede verse en estos supuestos no era la culpa la que generaba la responsabilidad, pues ni en la Ley de las XII Tablas ni en la Ley Aquilia era computable para la determinación de la responsabilidad del autor del daño y de la consiguiente obligación de resarcirlo o repararlo, bastaba solo la existencia del daño⁴³.

⁴⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 75

⁴¹ Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 203 ss.

⁴² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 75

⁴³ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F., “La responsabilidad...”, cit., p. 391.

1.5. *A modo de conclusión: rasgos del «derecho de daños» romano.*

Aunque para los fines de este trabajo nos interesa más el tema de la responsabilidad extracontractual, no podemos dejar de hacer referencia también a la reparación de los daños en el marco de la responsabilidad patrimonial nacida de las obligaciones o contratos. En ese sentido, se considera innegable que el Derecho romano contribuyó a la construcción del régimen de la responsabilidad civil. Elaboró mecanismos para el tratamiento de los daños, principalmente a través de la *Lex Aquilia*, pero también, progresivamente, con las acciones concedidas por el pretor y con los cuasidelitos. No obstante, el Derecho Romano no instituyó principios generales y abstractos que permitan hablar de un «sistema de responsabilidad», sino que construyó un derecho de daños «casuístico» que no presentaba una teoría general, por el contrario, se limitaba a otorgar la acción para los casos establecidos. Esto no debe resultar extraño pues en aquella época la doctrina procedía de la casuística y era de una progresiva extensión analógica, solo de forma excepcional formulaba definiciones o principios como reglas generales⁴⁴.

Tampoco se puede dejar de señalar el carácter notablemente penal que presentaba la acción de la Ley Aquilia. Dicho carácter, originariamente se evidenciaba en la indemnización como imposición de una pena, así como en otras características que informaban la acción, como la intransmisibilidad de la acción por vía sucesoria⁴⁵.

En el Derecho Romano no había propiamente una teoría de la responsabilidad extracontractual. No tenían un principio general aplicable a lo que hoy por hoy se llama responsabilidad extracontractual. No se aprecia en este periodo ningún texto de naturaleza

⁴⁴ Cfr. D'ORS, A., *Derecho privado...*, cit., §31 p. 64. En ese mismo sentido, Cfr. VIDAL RAMÍREZ, F., "La responsabilidad...", cit., p. 391: «... los juristas romanos, como ya hemos advertido, no eran proclives a la abstracción y a la teorización».

⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 76.

general y principista, sino que más bien se limitaron a conceder indemnizaciones en ciertos casos específicos⁴⁶.

El resarcimiento de los daños inicialmente solo se hacía teniendo como base la culpa del autor del daño; sin embargo, llama la atención la objetivación que fue experimentando la responsabilidad patrimonial en el caso de los cuasidelitos.

2. Evolución post Derecho Romano

2.1. El aporte de los glosadores y comentaristas

Los glosadores y postglosadores buscaban superar el carácter penal que presentaban los textos romanos, de tal forma que se obtuviera una acción puramente indemnizatoria. Prueba de ello es que se implantó la transmisibilidad *mortis causa* de la acción de responsabilidad por daño para los herederos, así como la admisión de una responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes; con la finalidad de asegurarle al perjudicado su indemnidad⁴⁷.

Se debe a los glosadores la teorización del cuasidelito, así como la graduación tripartita de la culpa en *lata*, *levis* y *levissima*. La culpa *lata* era aquella que cometía un hombre de inteligencia y diligencia mediocres, podría decirse que es el grado más alto de negligencia o de falta de diligencia. Culpa *levis* era la que no se imputaba a un administrador diligente o buen padre de familia, es decir, calificaría como *culpa levis* toda aquella negligencia que un buen padre de familia o un administrador diligente no cometería. La culpa *levissima*, era la exigencia máxima, y no podía evitarse sino con una diligencia y atención ejemplares⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, 2, 8ª ed., Ara Editores, Lima, 2016, pp. 34-36.

⁴⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 77 y FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 220.

⁴⁸ REY DE CASTRO, A., *La responsabilidad civil extracontractual: estudio teórico y práctico del derecho nacional y comparado*, UNMSM, Lima, 1972, p. 29.

2.2. *El derecho común*

Los juristas del *ius comune* establecieron el *damnum* como fundamento objetivo de la *actio legis Aquilia*, y la *iniuria*⁴⁹ como fundamento subjetivo. En efecto el *damnum* era considerado como la «disminución del patrimonio provocada sin intención de apropiarse de la cosa» y la *iniuria* considerada como «culpa»⁵⁰.

Asimismo, se consignó la posibilidad de reclamar por el daño moral incluso cuando sólo mediara culpa. Esta situación era impensable en el período previo, en el que se resarcían los daños a las cosas o al cuerpo y el resto de los daños solamente si mediaba dolo⁵¹.

2.3. *La responsabilidad según los iusnaturalistas*

La Escuela del Derecho Natural tuvo en GROCIO, PUFENDORF Y THOMASIVS, a los más conocidos de sus miembros. Sin embargo, éste último señalaba que el derecho germánico no había seguido la línea de la *actio legis Aquilia*. Por el contrario, la acción germánica de daño se basaba en la *aequitas* y el derecho de propiedad, de tal manera que no era en absoluto una acción penal⁵².

El mayor mérito de esta escuela está en haber dotado a la responsabilidad aquiliana del principio jurídico fundamental de que, el hecho ilícito, por sí mismo, es el que genera la obligación de resarcir el daño causado. En ese sentido, el resarcimiento del daño ya no se limitaba a los supuestos establecidos tal como sucedía durante el Derecho romano sino que iba dirigido a toda disminución de lo que se poseía, usurpación de lo que se podía pretender u

⁴⁹ En Derecho Romano, el vocablo *iniuria* presentaba hasta tres significados: lo opuesto a ius o «hecho injusto», «contumelia», y «*damnum culpa datum*» o sencillamente *culpa*. Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 217.

⁵⁰ La definición utilizada procede de Paulo (D.39,2,3): «*damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonio dicta sunt*». Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 217.

⁵¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 77.

⁵² Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 222.

omisión de lo que se podía hacer. Lo que sí se exigía para su aplicación era la concurrencia de los requisitos de ilicitud y culpa⁵³.

Influenciado por la doctrina iusnaturalista, el jurista francés DOMAT, en su obra *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel* hizo una clasificación de hechos dañosos: crímenes y delitos, violaciones de los contratos causadas por faltas en que no hay crimen ni delito y, por último, los cuasidelitos⁵⁴. De ellos se puede decir que, el primero es ajeno al derecho civil, el segundo se ubica en el campo de la responsabilidad contractual y, el tercero, de especial relevancia para nuestro objeto de estudio, en los daños ocasionados por imprudencia⁵⁵.

En el mismo sentido, el francés POTHIER, en su «*Tratado de las obligaciones*» aprovechó el estudio de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento o cumplimiento tardío de las obligaciones, para establecer ideas generales que en realidad podían aplicarse a todos los daños. Este autor es quien sienta la idea central de que daño y perjuicio comprende tanto la pérdida que uno sufre como la ganancia que uno deja de obtener, lo que actual y convencionalmente se denominan «daño emergente» y «lucro cesante»⁵⁶.

3. La responsabilidad patrimonial en el Derecho codificado: El Código Civil Francés y su influencia en los ordenamientos civiles

Sin duda alguna, el Código Napoleónico tiene especial importancia no solo en la historia de las codificaciones, sino también en la cimentación de la responsabilidad civil tal como la conocemos actualmente. En efecto, este cuerpo legal fue el modelo que inspiró

⁵³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 79 ss.

⁵⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 81.

⁵⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 79 y ss.

⁵⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 82.

distintas codificaciones, tanto en su estructura sistemática como en sus contenidos normativos⁵⁷.

Los juristas DOMAT Y POTHIER, quienes fueron influidos por la doctrina iusnaturalista, fueron el precedente del *Code* francés y sentaron las bases para su aparición. En ese sentido, se valieron de la existencia de una ley natural, para explicar la causa de todas las obligaciones⁵⁸.

Es primordial resaltar el precepto establecido por el Código Napoleónico en su artículo 1382 que señalaba: «*cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió, a repararlo*»⁵⁹. Se aprecia la formulación de esta norma como un principio, y por ende *general*, de no causar daño y, que quien lo causare debía responder por el mismo. Además, no era necesario que el daño sea consecuencia de un delito o falta, pero sí era necesaria la presencia, por lo menos, de negligencia.

Asimismo, se establecía la responsabilidad por las personas o cosas que uno tiene bajo su guarda, por ejemplo, el propietario de un animal o de un edificio por el daño causado por la ruina del mismo. La doctrina señalaba que esta responsabilidad se consideraba una *garantía* para el afectado y que, a menudo, esa era la única garantía que tenía. Asimismo, manifestaron que quienes tenían dicha responsabilidad eran los padres, los amos, maestros y artesanos⁶⁰.

Los principios establecidos en el Código de Napoleón fueron adoptados por diversos ordenamientos, entre los cuales destaca el Código Civil italiano de 1865, el cual se valió de la

⁵⁷ Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 226.

⁵⁸ Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 224.

⁵⁹ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 86.

⁶⁰ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 87.

unificación de códigos de varios estados italianos pequeños. El Código Civil español de 1889 también se inspiró en el *Code Civil*⁶¹.

El Código napoleónico dejó como herencia una visión general de los daños y las acciones que debían ser materia de responsabilidad: se consideraron todo tipo de daños y, en cuanto a las acciones, se incluyeron las omisiones como posibles hechos generadores de responsabilidad patrimonial. Asimismo, se introdujo en este tema una acción indemnizatoria de estructura individualista, de tal manera que el conflicto suscitado incumbía solamente al causante del daño y al perjudicado⁶².

También recibieron la influencia cristiana presente en el *Code*, la cual fue heredada a su vez del derecho común, concretamente de los canonistas. Así, existía responsabilidad porque la acción dañosa era reprobable, es decir, constituía pecado. Siguiendo la misma línea, ese influjo se evidenció en el fundamento del caso fortuito y de la fuerza mayor, los cuales presentaban la idea de ser castigo divino y ese era el motivo por el que no eran objeto de reparación, por ende, la víctima debía soportar el daño cuando fuera a causa de ellas⁶³.

⁶¹ Cfr. FUENTESECA, M., *El delito civil...*, cit., p. 226 – 227.

⁶² Cfr. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 88 - 89.

⁶³ Cfr. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 90.

CAPÍTULO II: RÉGIMEN ACTUAL Y DETERMINACIÓN LEGAL VIGENTE DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Regulación general de la responsabilidad patrimonial

Se ha dicho, al hablar del Derecho romano, que, para GAYO, las obligaciones podían nacer de los contratos y de los delitos. Dicha clasificación de las fuentes de las obligaciones ha trascendido en el tiempo y se conserva hasta el día de hoy. Así, tenemos por un lado la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad contractual y la responsabilidad derivada de la infracción del deber jurídico de no dañar a nadie *-alterum non laedere-*, llamada responsabilidad extracontractual.

El concepto de responsabilidad civil no se ha mantenido inmutable. Se sabe que antiguamente no se había formulado en términos generales, sino que se atendía caso por caso. En cambio, la doctrina más actual, define la responsabilidad civil como «la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar un daño producido»⁶⁴. En ese sentido, y de acuerdo a lo establecido por DE TRAZEGNIES, 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 individuos⁶⁵.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO señala que el fundamento para dicho traslado, que se concreta con la indemnización, es que el obligado a indemnizar ha causado el daño con una conducta suya que, además, era culposa o reprobable, por ende la víctima no está obligada a soportar el perjuicio causado⁶⁶.

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 539

⁶⁵ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 47.

⁶⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 22

1.1. Elementos de la responsabilidad patrimonial

Según la doctrina, tradicionalmente deben concurrir los siguientes elementos para que nazca la obligación de indemnizar: 1) una conducta activa u omisiva de la persona de la persona a quien se reclama la reparación, 2) un criterio de imputación, que puede ser culpa en sentido general o riesgo, 3) la existencia de un daño injusto que lesione un derecho jurídicamente tutelable y 4) la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño⁶⁷.

El esquema anterior ha experimentado una profunda transformación y, es por ello que en este apartado vamos a referirnos a los elementos que son comunes a los dos tipos de responsabilidad a los que se ha aludido antes. En ese sentido, podemos considerar que son elementos comunes de la responsabilidad tanto el daño y la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el resultado dañoso⁶⁸.

a) El Daño

Se podría definir el daño como el menoscabo que como resultado de un evento determinado sufre una persona ya sea en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio⁶⁹.

El daño resultante de un acto generador de responsabilidad puede ser material o moral. El daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de percibir. Es decir, comprende lo que en doctrina se conoce como daño emergente y lucro cesante.

⁶⁷ Cfr. REGLERO CAMPOS, F., “Concepto general y elementos de delimitación” en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2002, pp. 34-35.

⁶⁸ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, p. 223.

⁶⁹ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 329.

Por su parte, los daños morales son los infligidos a las creencias, sentimientos, dignidad, estima social o salud física o psíquica. Es decir, a los que se suele denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. La reparación de este daño ha experimentado un curioso proceso. Anteriormente eran muchos los juristas que la rechazaban por entender que los bienes morales no admiten una valoración pecuniaria, o que esta habría de ser insuficiente o arbitraria. Sin embargo, hoy en día parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnización del daño moral⁷⁰.

El daño que dé lugar a la responsabilidad tiene que ser indemnizable; con lo cual estamos reconociendo que no todos los daños se indemnizan. Para ello será necesario recurrir a un título de imputación subjetiva que puede producirse por haberse apreciado la existencia de culpa o negligencia o por ser aplicable una norma jurídica en la que se tenga en cuenta el riesgo creado. Sin embargo, esa indemnizabilidad del daño requiere un estudio pormenorizado de la exigencia de que el daño indemnizable esté causalmente enlazado con la acción u omisión de la persona a la que se quiere hacer responsable; es decir la relación de causalidad, que veremos a continuación⁷¹.

b) Relación de causalidad

Esta expresión quiere decir que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso. En términos más simples, entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir una relación de causa a efecto. La relación de causalidad muchas veces puede manifestarse de forma directa y clara, pero en

⁷⁰ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad...*, cit., pp.223-225.

⁷¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 336-337.

ocasiones el esquema puede complicarse porque un hecho, distinto del que propiamente es causa del daño, interfiere en la historia de éste⁷².

El problema de la relación de causalidad se plantea especialmente agudo cuando se reconoce que todo hecho y, por tanto, también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias a las que se suele llamar «concausas» o «causas adicionales». El problema con ellas es que aparece en dos tipos de hipótesis. En la primera, el daño es producido por la conjunción o yuxtaposición de una serie de condiciones, de modo que solamente la suma de todas ellas determina el resultado dañoso. La segunda hipótesis, por su parte, se puede denominar cadena causal y aparece cuando cada una de las circunstancias o de las condiciones produce por sí misma un daño posterior y así sucesivamente.

En ambos casos la pregunta que se plantea es quién debe indemnizar y hasta dónde el autor de una de las sucesivas condiciones tiene que indemnizar las subsiguientes. Para dar respuesta a ello se han suscitado en la doctrina distintas teorías a las que aludiremos a continuación⁷³.

Una primera teoría es aquella que considera a la causa como condición *sine qua non*. Es decir, la causa será la condición *sine qua non* del daño, es decir aquél de los elementos o de las condiciones que si hubieran faltado el resultado dañoso no se habría producido. Si se quita la causa desaparece la consecuencia. Según esta teoría todas las condiciones *sine quibus non* son equivalentes y todas tienen el mismo valor; con lo cual, basta que una condición sea *sine qua non* de un resultado para que deba entenderse como causa del mismo. Esto exigirá diferenciar entre la condición *sine qua non* y las demás, es decir, aquellas que si son mentalmente suprimidas, el resultado sigue produciéndose. Esta teoría proporciona un

⁷² Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 751.

⁷³ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 357-358.

concepto que se encuentra basado en el molde de las ciencias naturales, pero que no tiene en cuenta las finalidades específicas del Derecho en general y del instituto de la responsabilidad civil en particular, por lo que no es de extrañar que pueda conducir a resultados prácticos que, *prima facie*, hay que rechazar⁷⁴.

Las críticas a las que fue sometida la teoría de la equivalencia y la condición *sine qua non*, obligaron a plantearse otras salidas y, en ese sentido, se esbozaron por ejemplo, las siguientes teorías⁷⁵:

- La previsibilidad del curso causal como factor sustancial, esta teoría señala que al lado de la causalidad natural y en paralelo con ello debe existir un nexo de voluntad que viene dado no solo por la previsibilidad del resultado, sino también por la previsibilidad de todo el desarrollo causal que conduce al evento dañoso. La causalidad solo tendría sentido cuando haya sido prevista o fuera previsible para el sujeto. Esta posición no estuvo exenta de críticas. Se dijo que el discurso de la previsibilidad pertenece al terreno de la culpa, y, en el caso de que se tratara de un daño genérico y que hay que entender que es suficiente la previsibilidad del daño genérico para que la responsabilidad exista, entonces, una previsión o previsibilidad sobre el desarrollo de los cursos causales, tanto sobre la intervención sobrevinida de las causas como respecto de su modo de operar, no resulta necesario.

- La contraposición entre causa próxima y causa remota y la llamada interrupción de los cursos causales. Se trató de distinguir conceptualmente la causa de las simples condiciones del evento dañoso. Entre una y otras tenía que existir una diferencia objetiva o de verdadera sustancia. Para ello se trajo a colación la diferencia escolástica entre causa directa y causa remota. Se trata de una solución generalmente admitida y conforme con la lógica. En efecto, cuando en el curso usual interviene un hecho extraño, es este último y no

⁷⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 360-361.

⁷⁵ Se ha seguido en toda esta parte el desarrollo, muy bien planteado, que hace DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 361-363.

el originario el causante del daño y, por tanto, no puede afirmarse que sea el primero el que lo ha producido. Esta teoría también fue criticada y se dijo que ni en el plano naturalista ni en el lógico puede encontrarse una diferencia sustancial entre causa próxima y condición *sine qua non*.

Otra teoría que se planteó para resolver este tema fue la teoría de la causalidad adecuada, que establece que para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que es necesario, además que, en virtud de los juicios de probabilidad sobre el resultado dañoso, resulte una causa adecuada para ello. Esta teoría fue en su momento la más seguida; sin embargo, tampoco ha estado exenta de críticas. Lo cual puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino el de una teoría de la imputación. Es decir, no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes pueden ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona. Ello, porque si se plantea el problema en términos estrictos de causa, no es posible salir del cerco de la teoría de la equivalencia y de la condición *sine qua non*; mientras que si se enfoca como un problema de relevancia jurídica de los elementos causales, la cuestión cambia de sentido y, entonces, pueden ser puestos en juego factores y razones de muy diferente tipo. Se trata, entonces, de encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que sean de carácter puramente normativo⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 364-367.

Ahora bien, los llamados criterios de imputación objetiva son, la mayor parte de las veces, de exclusión de la imputación objetiva y, para entenderlos conviene no perder de vista lo siguiente⁷⁷:

- El riesgo general de la vida. Es decir, si en el curso causal que conduce al resultado lesivo ha sido puesto en marcha por un autor mediato, pero en dicho curso, posteriormente han intervenido acciones de terceros que resultan modos de actualización de un riesgo habitualmente logado a la existencia natural del afectado, no se deben imputar los daños a ese autor mediato.

- La prohibición de regreso. No deben imputarse objetivamente los daños a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando ha intervenido sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero.

- El fin de protección de la norma. Quiere decir este criterio que no pueden ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que se pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado.

- El incremento del riesgo y de la conducta alternativa correcta. No puede imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente esa conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso.

- Los supuestos de competencia de la víctima. Normalmente, este punto suele ser examinado desde el punto de vista de la culpabilidad; sin embargo, también pertenece al conjunto de problemas de la imputación objetiva. Según este criterio, si en la configuración de

⁷⁷ Cfr. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 371-375.

un contacto social, el control de la situación corresponde a la víctima, es a ella a quién debe imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato.

Fuera de estos criterios y cuando se trate de problemas que no encuentren solución en ellos, la doctrina propone que se use como criterio de imputación aquél que señala que no se puede imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción de este evento hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado⁷⁸.

1.2. Sistemas de imputación de la responsabilidad

Históricamente, la responsabilidad civil se basó en la culpa como criterio de imputación. Asimismo, como se ha señalado, para que haya responsabilidad extracontractual debía haber una acción, *en principio*, culposa. Sin embargo, en la historia reciente, ello ha venido cambiando a través de una objetivación de la responsabilidad ante el desenvolvimiento de ciertas conductas consideradas riesgosas, primordialmente a raíz de la revolución industrial, acontecida en el siglo XVIII, y las consecuencias sociales que a partir de ella se generaron.

1.2.1. Responsabilidad por culpa

La responsabilidad por culpa, llamada también responsabilidad subjetiva, se basa en la generación de un daño, exclusivamente a través de un hecho culposo. Ahora bien, cabe preguntarse, entonces, qué es lo que se entiende por culpa. El Diccionario de la Lengua Española en una de sus acepciones de culpa la define como aquella «omisión de la diligencia

⁷⁸ Cfr. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 374-375.

exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal»⁷⁹.

La culpa es elemento central, a tal punto que, en caso se pruebe que no existió culpa del autor del daño, éste quedaría exento de responsabilidad. Por eso, el autor del daño podrá desvirtuar la responsabilidad probando que ha actuado con la diligencia exigida. Por lo tanto, el autor de un daño solo responde cuando en su acción han intervenido voluntad de dañar o negligencia⁸⁰. Para los fines de esta exposición, nos referiremos a la culpa en un sentido amplio, es decir, incluyendo al dolo dentro de dicho concepto.

La culpa, como título de imputación, puede ser graduada a diferentes niveles. Ello implica que se tenga que dilucidar cuál es nivel de diligencia exigida al sujeto para que se libere de responsabilidad y, así, también debe quedar claro bajo qué nivel de culpabilidad ha de imputársele el daño ocasionado.

El grado de culpa deberá apreciarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas. Por ello, nada podría obstar para que se impute responsabilidad mediando, incluso, una culpa levísima. Sin embargo, ALBALADEJO señala que la *diligencia media* debe ser la medida exigible; la diligencia de un buen padre de familia⁸¹. Cualquier grado menor de diligencia deberá ser apreciado como motivo de imputación de responsabilidad. Otro autor señala, en cambio que aunque el canon de diligencia sea abstracto, nada impide que el modelo ideal adoptado por el juzgador sea el de un buen padre de familia –o el de un hombre razonable y prudente-, pero además especialmente cuidadoso y escrupuloso en su proceder⁸².

La regla, en Derecho civil, es la imputación de responsabilidad por culpa, aunque ha existido una tendencia *progresista* consistente en ampliar los supuestos de responsabilidad

⁷⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed. Voz: culpa, 3ª acepción.

⁸⁰ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad...*, cit., pp. 30-31.

⁸¹ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 933.

⁸² Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 107.

objetiva, lo cual podría llevar a pensar lo contrario. Excepcionalmente, en casos específicamente señalados, sí se considera la responsabilidad objetiva, la cual se tratará más adelante.

En el caso de la responsabilidad contractual se dice que admite grados de culpa, a los que sanciona con consecuencias distintas, ya que admite distinción, por ejemplo entre el dolo, la culpa grave y la culpa leve según se desprende de lo expresamente previsto en el artículo 1321 CC. No ocurrirá lo mismo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde la dimensión subjetiva parece ser menos importante y menos sutil y, en ese sentido, se puede mencionar que en el caso de los incapaces dotados de discernimiento queden obligados por los daños extracontractuales que ocasionen en virtud del artículo 1974 CC, pero no pueden obligarse por los daños contractuales por una interpretación del artículo 140 CC⁸³.

Como regla general se puede decir que la responsabilidad civil se imputa por actos propios, ya sean positivos o negativos; acciones u omisiones y, además culpables; sin embargo, como veremos más adelante también cabe la posibilidad de una responsabilidad por actos ajenos.

En ese sentido, para que se configure la responsabilidad por actos propios culpables se ha de tener en cuenta lo siguiente:

- a. La presencia de un acto, sea en forma de acción u omisión realizado por la persona presuntamente responsable.
- b. Que dicho acto sea dañoso, es decir, que produzca un daño de cualquier tipo, y que tal daño sea consecuencia del acto, es decir, que exista nexo causal entre este y aquel.

⁸³ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., pp.413-414.

c. Que choque con una norma que proteja el bien dañado, es decir, que sea objetivamente antijurídico, ilícito o culpable⁸⁴.

Ahora bien, como se dijo antes, también cabe una responsabilidad por actos ajenos. En este caso, quien ha sufrido el daño puede exigir responsabilidad no a quien lo causó, sino a la persona responsable de ella. Sin embargo, ello no quiere decir que sustituye la responsabilidad del autor del daño, sino que le imputa responsabilidad a ambos y, solo si la persona responsable de quien materialmente ocasionó el daño prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar su producción podrá quedar exenta de responsabilidad⁸⁵.

La jurisprudencia francesa, utilizó el argumento de la responsabilidad del guardián o responsabilidad por actos ajenos, para sustentar la responsabilidad sin culpa, que en el siguiente punto desarrollaremos⁸⁶.

1.2.2. Responsabilidad sin culpa

Aquí no se tiene en cuenta la noción de culpa. El que se denomine a este tipo de responsabilidad como «objetiva» viene a significar más propiamente que se trata de un tipo de responsabilidad que no está supeditada a una culpa del agente entendida de manera general, es decir, en todas sus acepciones, tales como el dolo, la negligencia o la imprudencia⁸⁷.

El concepto de responsabilidad sin culpa se fue introduciendo poco a poco. Es recién a finales del s. XIX e inicios del s. XX que dos juristas franceses –RAYMOND SALEILLES Y LOUIS JOSSERAND- impulsados por los grandes cambios que estaba viviendo la sociedad en

⁸⁴ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., p. 934. Se insiste en que se refiere a la culpa en sentido amplio. Cabe decir que, a diferencia de la responsabilidad contractual, la responsabilidad aquiliana no es moderable en base al mayor o menor grado de culpa.

⁸⁵ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., pp. 953 y 958.

⁸⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 108.

⁸⁷ Cfr. AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Soto Coáguila, Carlos Alberto (Dir.), Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 71.

esos momentos de inicio del acceso a la tecnología que promovieron la objetivación de la determinación de la responsabilidad⁸⁸.

La responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva es una responsabilidad por riesgo. En el proceso evolutivo de la responsabilidad primero era la responsabilidad por culpa. Luego, aunque continuó llamándose así, se trataba más de una responsabilidad por negligencia, ya que la culpa fue asimilándose a esta. Y posteriormente, concluyó en la responsabilidad por riesgo. Por ejemplo, en Francia, con la Ley de Accidentes de trabajo del 9 de abril de 1898, se hacía responsable al empleador por los accidentes que involucraban a sus obreros y empleados sin exigírsele culpa de por medio. Solamente se liberaba cuando existía culpa intencional de la víctima⁸⁹.

En el caso de nuestro Ordenamiento, desde el Código civil del año 1936, Manuel Augusto Olaechea declaraba la necesidad de retirar del régimen de responsabilidad esa idea tan marcada de culpa. Para ello se hacía necesario darle un nuevo criterio de fundamentación a la responsabilidad⁹⁰.

Una responsabilidad sin culpa del agente puede aparecer como injusta desde la perspectiva de éste, pero tal situación es neutralizada cuando se considera la dificultad que, en muchos casos, tiene la víctima para probar la culpa del agente.

También existe un fin práctico: coexistimos con ciertas cosas y actividades, cada vez más numerosas, consideradas riesgosas, pero que se entienden *indispensables* para la sociedad actual⁹¹. Ahora bien, aun cuando el desarrollo de tales actividades o el uso de ciertas cosas esté permitido, la ley intenta compensar el riesgo que comporta a través del resarcimiento de los daños que se hubieran producido por su realización o uso; independientemente de la culpa

⁸⁸ Cfr. AA.VV., *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 74.

⁸⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 107.

⁹⁰ Cfr. AA.VV., *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 75.

⁹¹ Se consideran indispensables porque el prescindir de ellas supondría incurrir en mayores esfuerzos y gastos.

del agente, puesto que parecería más justo que quien se ha beneficiado de ellas sea quien asuma el costo de ese daño⁹².

Los riesgos respecto de los cuales debe aplicarse responsabilidad objetiva no son riesgos ordinarios, sino que han de ser riesgos de *carácter especial*, es decir, que aumenten de algún modo los riesgos generales de la vida⁹³.

La responsabilidad objetiva es una elaboración de tiempos más modernos y, por ende, está más acorde a la situación industrial, comercial y jurídica actual. Sin embargo ello no debe dar pie a afirmar que los sistemas de responsabilidad subjetiva han quedado obsoletos, sino que justamente por razón de justicia es que ambos deben coexistir⁹⁴. Como de hecho coexisten en nuestro Código civil. Así en los artículos 1969 CC y 1970 CC se recoge la responsabilidad extracontractual teniendo en cuenta en el caso del artículo 1969 CC las nociones de dolo o culpa, mientras que en el caso del artículo 1970 CC, solo se hace mención al daño producido por actividad riesgosa o peligrosa sin importar si media en la conducta del autor del daño dolo o culpa.

A modo de conclusión podemos decir que existen ciertos principios que hacen pensar que la responsabilidad civil no sólo se preocupa por la reparación del daño, sino, primordialmente por la sanción de la conducta infractora. El ejemplo más claro de ello es la culpa. El precepto general es que cuando un agente causa un daño a otro sin mediar culpa en su actuación, no puede ser responsable del daño causado. En ese caso, a pesar de haber un daño, este no es indemnizable, pues la conducta del sujeto no ha buscado generar el mismo. Sin embargo, la excepción a esta regla se encuentra en los sistemas de responsabilidad objetiva, los cuales no tienen en cuenta la culpa y basta, principalmente, con la existencia del

⁹² Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., p. 926. En ese mismo sentido, Cfr. AA.VV., *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 75.

⁹³ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 140.

⁹⁴ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 55. El autor señala que la responsabilidad moderna es más bien objetiva, pues se enfoca en la víctima, no en el agresor, a diferencia de la responsabilidad subjetiva.

daño, además de algunos otros elementos objetivos, tal como el nexo de causalidad, para que ese daño sea merecedor de un resarcimiento por parte del agresor. De estos últimos sí puede predicarse plenamente que, lo principal es el daño y no la sanción.

Finalmente, podemos añadir que la responsabilidad por riesgo tiene una función económica, la cual se conecta con la teoría económica de la distribución de costes y beneficios, por la cual los empresarios deben tener en cuenta sus pasivos: el gasto que hacen, y dentro de ese gasto, tal como, la fuerza de sus trabajadores, el desgaste de las máquinas, etc, también debe considerarse los daños que pueda ocasionar la actividad de manera previsoría⁹⁵.

2. Clases de responsabilidad

Vamos a referirnos a la clasificación tradicional de la responsabilidad patrimonial y también, intentaremos dilucidar si esa clasificación desemboca en tipos aislados e incomunicados de responsabilidad o si por el contrario se trata de un sistema unitario.

La clasificación más tradicional de la responsabilidad civil es aquella que toma como criterio el régimen aplicable y que distingue dos clases: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

En efecto, no todos los comportamientos dañosos tienen la misma fisonomía y, tampoco se enmarcan en idénticas realidades sociales. Una sencilla reflexión permite vislumbrar dos grandes grupos o categorías de actos dañosos: de un lado, los que consisten en incumplir un pacto –responsabilidad contractual- y; de otro, los que se producen en el desarrollo de cualquier actividad humana, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y víctima –responsabilidad extracontractual-⁹⁶.

⁹⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 111-112.

⁹⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 13.

La existencia de estos dos bloques de responsabilidad, ha suscitado la discusión acerca de la relación entre ambas. Cierta sector de la doctrina señala que suponen dos variedades de responsabilidad las cuales no se interrelacionan, mientras que otro sector señala que en realidad son caras de la misma moneda por lo que conforman un *sistema unitario* de responsabilidad⁹⁷.

En algunos sistemas, como el español, se prevé la concurrencia de ambas, y siendo posible y necesario, la víctima puede optar por ejercitar alternativamente cualquiera de las dos acciones o, en todo caso, el juez puede aplicar la que mejor se acomode al caso⁹⁸.

En el ordenamiento peruano la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada, dentro del Código civil, en un apartado muy distante de la responsabilidad contractual, lo cual podría sugerir que estas no guardan conexión

2.1. La responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual es aquella que surge cuando el incumplimiento o cumplimiento inexacto de alguna obligación produce un daño. En este caso el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido⁹⁹.

Esta responsabilidad puede derivar del incumplimiento de cualquier obligación cualquiera sea su fuente y, en ese sentido, sería más exacto que se denominara responsabilidad obligacional¹⁰⁰. En efecto, sólo puede existir responsabilidad contractual bajo el presupuesto de una relación obligatoria previamente establecida. A causa de la eficacia

⁹⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 227. DIEZ-PICAZO opina que, «el llamado principio de la unidad de la culpa civil es una cabal falacia». Si existe un contrato, en el cual se pacta la responsabilidad y los riesgos, no se puede acudir luego a las reglas de la responsabilidad extracontractual desconociendo las reglas del contrato. Así como se habla de unidad de la culpa civil, también se habla de un sistema opcional y de fórmulas compendiosas.

⁹⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., p. 540.

⁹⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 13.

¹⁰⁰ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., pp. 171 – 172 y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho...*, cit., p. 539. Acorde con el tenor literal del Código civil español, los autores hablan de la vulneración de un deber de conducta que nace de la ley, contratos o cuasicontratos.

inter partes de la relación obligatoria, sólo podría surgir responsabilidad contractual entre las partes que conforman la misma y no podría imponerse responsabilidad a un tercero ajeno a ella. En consecuencia, no será difícil pensar en los posibles responsables y los daños, pues sólo habría que dar una mirada a las partes y las obligaciones de tal relación.

Históricamente, la responsabilidad civil se ha asentado en la culpa como base, es decir, el deudor responde sólo cuando el incumplimiento ha sido causado por culpa suya¹⁰¹. No resulta responsable cuando el incumplimiento se debe a un caso fortuito o una fuerza mayor. Sin embargo, al tratarse de relaciones jurídico privadas en las cuales predomina la autonomía de la voluntad, dicha responsabilidad podría modificarse, a través de un pacto distinto. En tal sentido, se considera admisible, por ejemplo, que las partes pacten la responsabilidad objetiva en el contrato (pese a que el Código Civil regula como norma general la responsabilidad subjetiva contractual) o incluso una culpa (en sentido estricto) exenta de responsabilidad. En este último caso, evidentemente, será el incumplimiento doloso el que active la responsabilidad contractual¹⁰².

En el ordenamiento peruano, la responsabilidad civil contractual se encuentra regulada como un efecto de la inexecución de obligaciones, en el Libro VI del Código civil, «Las obligaciones y sus modalidades». Es decir, al definir la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano se habla de obligaciones, en lugar de estipulaciones contractuales¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., pp. 172 ss. Más adelante, hace la precisión entre culpa en sentido lato, la que contiene al dolo, y culpa en sentido estricto.

¹⁰² Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., pp. 172 – 173. El autor da a conocer dos teorías que señalan el fundamento del incumplimiento doloso como límite de la culpa sin responsabilidad. La primera señala un motivo de inmoralidad, pues se motivaría al deudor a incumplir a sabiendas de que no será responsable. La segunda, más técnica, señala que permitir el incumplimiento doloso sin responsabilidad implicaría dejar al arbitrio de uno de los contratantes el incumplimiento de la obligación, por lo que no en realidad no estaría obligado a nada, en consecuencia, no habría relación obligatoria.

Así está previsto también en el artículo 1317° del Código Civil.

¹⁰³ A diferencia del caso español, en cuyo código civil, en el artículo 1.089, se hace referencia a «contratos». Se puede predicar del ordenamiento peruano que, tal como señala ALBALADEJO, la responsabilidad es más bien *obligacional*, a pesar de la denominación que lleva.

A modo de conclusión podemos decir que la responsabilidad contractual es aquella que surge en el marco de una relación obligacional. Es sabido, por ejemplo, que un contrato genera obligaciones para todos o para algunos de los contratantes y, si uno de ellos incumple las obligaciones que le incumben o las hace de forma tardía o defectuosa, queda obligado a indemnizar a los demás los daños y perjuicios que eventualmente les hubiere ocasionado¹⁰⁴.

2.2. *La responsabilidad extracontractual*

Es también conocida como «responsabilidad aquiliana» por su origen en el Derecho Romano, concretamente en la *Lex Aquiliae*. Esta ley fue propuesta en aquel tiempo por el tribuno Aquilio, y a ello se debe que la ley haya adquirido tal denominación.

En esta clase de responsabilidad la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia. Evidentemente, como su nombre indica, engloba los daños ocasionados al margen de una relación contractual, se remite, entonces al deber genérico, común a todos los hombres de «*alterum non laedere*»¹⁰⁵.

En el caso del ordenamiento peruano, la responsabilidad civil extracontractual está regulada en la Sección Sexta del Libro de Fuente de las Obligaciones. Lo peculiar es que no se disponen estas reglas junto a las de la responsabilidad contractual.

Los dos primeros artículos, 1969° y 1970° CC, versan acerca de los tipos de responsabilidad extracontractual previstos. El primero, la responsabilidad por culpa y el segundo la responsabilidad por riesgo, en otras palabras, responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.

¹⁰⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 13

¹⁰⁵ Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad...*, cit., pp. 13-14 y 31.

3. Las funciones de la responsabilidad extracontractual

De modo general podemos decir que la función de las normas que regulan la responsabilidad no es la de sancionar al autor del daño, sino más bien la de compensar por el mismo a la víctima, es decir, resarcirle sus consecuencias. Tampoco hay una función preventiva de esas normas. Esto es así aun cuando la persona que debe responder por el daño causado pueda sentirse tan «castigada» como aquella a la que se le impone una multa o una pena privada; y, a pesar, también, de que la «amenaza» de tener que indemnizar pueda influir en algunos casos en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de manera más cuidadosa.

DE TRAZEGNIES señala, que si bien el sistema de responsabilidad extracontractual tiene cierto carácter *erradicativo*, su finalidad principal, como se ha señalado, es la reparación¹⁰⁶.

Por otro lado, DIEZ-PICAZO habla de una función de demarcación, preventiva y punitiva. La primera función consiste en que las normas de responsabilidad extracontractual establecen lo que las personas pueden y no pueden hacer, señalan el límite del ejercicio de la libertad sin que ello genere consecuencias lamentables en bienes e intereses ajenos¹⁰⁷.

En cuanto a la función preventiva, el mismo autor hace mención a la prevención general y prevención especial. La primera se trata de una prevención en abstracto, y la segunda, la que causa en cada sujeto en particular y en concreto, como una actitud a tomar, a partir de ello, para sus acciones futuras. Asimismo, señala que el problema para admitir la función de prevención es que muchas veces los sujetos responsables, previo a la configuración del hecho dañoso, realizan un análisis costo-beneficio entre el daño, el posible beneficio que va a obtener, y desembolso que harían como concepto de indemnización. Este

¹⁰⁶ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., pp. 64-65.

¹⁰⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 22 y ss.

análisis resulta muy pragmático, e incluso maquiavélico, y terminaría dinamitando y desnaturalizando la función de prevención, que se pretendería con la norma de responsabilidad civil, ya que, si un sujeto obtiene mayor beneficio, no dudará en producir el daño cuantas veces lo requiera, haciendo inútil cualquier intento disuasivo.¹⁰⁸

Por su parte, respecto de una eventual función punitiva, el autor hace una crítica importante sobre la misma y señala que «las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado»¹⁰⁹. En ese sentido, resulta difícil aceptar una función punitiva de las normas de responsabilidad extracontractual puesto que las mismas no son las llamadas a ejercer tal función, sino que ello será tarea de otros campos del derecho, por ejemplo, las normas penales.

4. Supuestos de exoneración de la responsabilidad patrimonial

4.1. Caso fortuito y fuerza mayor

Existe la discusión doctrinal acerca de si son lo mismo «caso fortuito» y «fuerza mayor», o en caso de ser distintos, se discute cuáles son las características de cada uno.

La doctrina se ha inclinado mayoritariamente a favor de la distinción entre ambos conceptos, no obstante no hay acuerdo en cuanto a los criterios diferenciadores que aplican. En ese sentido, parece pertinente hacer un pequeño repaso por los principales criterios diferenciadores que ha propuesto la doctrina para intentar clarificar este apartado.

El primer criterio propuesto es el de la «evitabilidad mediante la previsión» que sostiene que el caso fortuito es un suceso imprevisible mediante una diligencia normal, sin

¹⁰⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 27.

¹⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 26.

embargo, de haber tenido una mayor diligencia, se podría haber previsto y podría haberse evitado. La fuerza mayor, en cambio, es inevitable incluso habiéndose previsto¹¹⁰.

El segundo criterio es el de «la procedencia del hecho impeditivo del cumplimiento», que consiste en que se debe tener en cuenta el origen interno o externo del hecho con respecto a la relación obligatoria. Si el hecho es interno, y por lo tanto las circunstancias que lo causan son propias del desenvolvimiento de la relación, será caso fortuito; si se trata de un hecho absolutamente extraño a ella será fuerza mayor¹¹¹.

Existe un tercer criterio, que es el acogido por el ordenamiento español, y se basa en la gravedad del suceso para calificarlo como caso fortuito, si es poco grave, o fuerza mayor, si es muy grave¹¹².

En el derecho interno existe una «peculiaridad», la cual se pone de manifiesto en el artículo 1315º: la equiparación entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

En los sistemas que se basan en una responsabilidad subjetiva, la diferencia entre «caso fortuito» y «fuerza mayor» se diluye en la práctica, para solamente tener cabida en el plano teórico, a diferencia de los sistemas de responsabilidad objetiva¹¹³. Sin embargo, tal como se encuentra redactado en el artículo previamente citado, da la impresión de que ambos términos son sinónimos, pues convergen para ser definidos de la siguiente manera: «es la causa no imputable, consistente en (...)». De esta manera, tenemos que, hacer uso del verbo «ser», sin ninguna precisión adicional implica una definición concluyente¹¹⁴. Asimismo, el

¹¹⁰ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., pp. 181 – 182.

¹¹¹ Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., p. 182.

¹¹² Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil II...*, cit., p. 183.

¹¹³ Cfr. BACA, V., “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa” en *Revista de Derecho Administrativo*, N.9, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2010, p. 238.

¹¹⁴ De haber sido de distinta intención, se podía haber usado fórmulas como: «para efectos prácticos», «en este caso», o alguna otra fórmula que relaje la expresión indicando que no se trata de una regla general sino de una aplicación especial a estos casos)

uso de ese mismo verbo «ser» en singular («es») nos hace presumir que no se trata de términos distintos, sino que ambos son exactamente lo mismo.

Por otra parte, del análisis sistemático del código civil, podemos concluir que, aquella es la única definición de caso fortuito y fuerza mayor presente. Luego, podemos apreciar que, las demás menciones que hacen los distintos artículos acerca de estos términos, lo hacen, igualmente, a modo de sinónimos¹¹⁵. No existe mención a cada término en particular, sino que siempre se hace de manera conjunta, lo cual refuerza la idea de que para el ordenamiento peruano ambos términos son sinónimos.

Al parecer, la equiparación de estos dos conceptos no fue cuestión de pura casualidad, sino que tuvo un propósito. Parafraseando a DE TRAZEGNIES, en los sistemas de responsabilidad subjetiva no tiene sentido hacer una diferencia entre en caso fortuito y la fuerza mayor, puesto que todas las situaciones de caso fortuito excluyen la responsabilidad del agente en la medida en que carece de culpa. En ese sentido, será indiferente calificar un supuesto como caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo, al menos en principio, en los sistemas de responsabilidad objetiva. Aquí sí que cobra importancia la diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor dado que solamente serán causa de exoneración de responsabilidad los supuestos de fuerza mayor, por lo que resulta trascendente identificar en qué casos nos encontramos ante un caso fortuito o una fuerza mayor¹¹⁶.

En el derecho civil peruano, sin embargo, es indiferente la calificación de supuestos como caso fortuito o fuerza mayor para determinar la responsabilidad o no del agente, dado

¹¹⁵ Se encuentran los siguientes artículos: Artículo 909.- «El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular», Artículo 1518.- «El transferente queda libre de responsabilidad si el bien que adolece de vicio se pierde por caso fortuito o fuerza mayor», Artículo 1820.- «El depositario no puede usar el bien en provecho propio ni de tercero, salvo autorización expresa del depositante o del juez. Si infringe esta prohibición, responde por el deterioro, pérdida o destrucción del bien, inclusive por caso fortuito o fuerza mayor», Artículo 1972.- «En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño».

¹¹⁶ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 329

que a decir del propio artículo 1972 CC. Cuando se trata de responsabilidad por riesgo – responsabilidad objetiva– «el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor...». Siendo ello así, resulta innecesario lograr una identificación clara de uno u otro supuesto ya que siempre habrá exoneración de responsabilidad ya sea que se trate de cualquiera de ellos. Si se pretendiera diferenciar ambos conceptos, se estaría haciendo una interpretación *contra legem* y por lo tanto, proscrita por el ordenamiento¹¹⁷. No obstante debe resaltarse que esto es en el campo civil.

4.2. Hecho determinante de la víctima o de tercero

El propio código civil peruano señala, en el artículo 1972, que «en los casos del Artículo 1970º, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño»

La doctrina señala que la intervención del tercero habrá de examinarse y tendrá que determinarse si con ella se contribuye al resultado dañoso (culpa común o coautoría), en cuyo caso responde junto con los demás intervinientes; o si su participación causal absorbe por completo la del demandado. En este último caso esa intervención del tercero supone un supuesto de exoneración de responsabilidad¹¹⁸.

El hecho del tercero podrá ser una conducta activa o una omisiva. Es decir, puede consistir en una irrupción en el campo de actividad del demandado, de manera que el hecho posterior atribuible materialmente a éste no le haga ser sino un mero instrumento de una fuerza insuperable, o bien en una conducta omisiva, cosa que sucederá cuando sobre el tercero

¹¹⁷ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 331

¹¹⁸ Cfr. REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas” en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2002, p. 105.

recaiga un deber de actuar (deber de seguridad, guarda o custodia) y cuya omisión resulta absolutamente imprevisible e inevitable su repercusión en la órbita del agente¹¹⁹.

El mismo artículo que estamos comentando también considera la imprudencia de la víctima como un supuesto de exoneración de la responsabilidad. La doctrina señala que la nota característica entre estos supuestos que venimos comentando y los ya comentados de caso fortuito y fuerza mayor es la "ajenidad" del presunto autor en la causa del daño. Es decir, escapan al discurrir de los hechos y en esa medida se deben presentar como una "alteración" del procedimiento causativo o como los hechos que absorben la autoría del resultado. Sin embargo, la doctrina nacional ha criticado este supuesto de exoneración de imprudencia de la víctima. Señalan que «no resulta necesario que el agente quede liberado únicamente cuando la víctima haya actuado con imprudencia, asumida como actitud temeraria en sentido estricto, ni como sinónimo de negligencia o falta de cuidado; basta que sea quien aporte la causa generadora del daño que ella sufre y que se asume como "hecho" sin más, sin connotación adicional, sin pretender entender que en el caso de la responsabilidad por riesgo (a la que alude fragmentariamente el artículo 1972) exista mayor peso en la carga de la prueba que se impone al presunto autor. No hay necesidad de calificar la intención o el comportamiento de la víctima; basta, como hemos dicho, que su conducta sea determinante y excluyente»¹²⁰.

5. Indemnización por daños y perjuicios: clases de daños

En el código civil peruano se señala expresamente, en el artículo 1969, que «aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...». Así también el artículo 1970 CC establece que «aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el

¹¹⁹ Cfr. REGLERO CAMPOS, F., "El nexo causal...", cit., p. 106.

¹²⁰ VEGA MERE, Y., "Ruptura del nexo causal" en *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 10, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 146 y ss.

ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo». En ese contexto, podemos decir que indemnizar o reparar –que es la terminología usada por el CC- quiere decir en dichos preceptos, entregar al perjudicado una cantidad de dinero que equivalga al daño causado y que en esa medida lo compense. Lo normal será que esa obligación que tiene el autor del daño sea una obligación pecuniaria, que una vez establecida seguirá el régimen jurídico de ese tipo de obligaciones¹²¹.

Ahora bien, esa indemnización que recibirá la víctima es en razón de un daño que ha padecido. En ese sentido, resulta necesario determinar qué es lo que queda comprendido en el concepto de daño. La construcción de un concepto jurídico de daño presenta cierta dificultad ya que tiene que situarse en un ámbito genérico, donde se considere como daño tanto la destrucción o menoscabo en los bienes materiales cuya propiedad o cualquier otro derecho real pertenezca a un determinado sujeto y que, por tanto, se encuentran en su patrimonio, así como también el daño de carácter no patrimonial¹²².

El daño es el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil, tanto en la vía contractual como en la extracontractual. Sin el daño o perjuicio no hay obligación de indemnizar o resarcir pues no hay nada que reparar y la función básica de la responsabilidad civil es la de reparar. La razón de ser de la responsabilidad civil es la de reparar el daño causado¹²³.

La doctrina ha establecido que para que un daño sea reparable tiene que ser personal, directo y cierto. Que sea personal y directo significa que tiene que existir un nexo de causalidad suficientemente fuerte entre el hecho que lo ocasiona y el perjudicado. Que sea

¹²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 501.

¹²² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 329.

¹²³ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., “El daño” en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2002, p. 71.

cierto, por su parte, quiere decir que existe, que se puede probar, de modo que un daño que no se prueba como cierto no puede repararse¹²⁴.

En atención a la naturaleza del bien dañado podemos decir que los daños se dividen en dos grandes bloques: los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales. Esta clasificación cobra importancia a la hora de valorar los daños ya que para ello se debe seguir criterios diferentes dependiendo de la naturaleza del daño sufrido.

Por su parte el Código civil peruano establece en el artículo 1985 que la indemnización comprende el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. A continuación veremos en cuál de los dos grandes bloques de daños, a los que nos hemos referido antes, se enmarcan los daños considerados por nuestra legislación.

5.1. Daños patrimoniales

Son los que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio; entendido éste como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. Son daños que pueden ser evaluados económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado, aunque, como se sabe la indemnización constituye una deuda de valor lo que significa que debe determinar el *quantum* en el momento de la valoración y no cuando se produjo el daño¹²⁵.

El daño patrimonial tiene como características las siguientes: debe haber un sujeto que sea titular de un patrimonio, posibilidad de traducir el daño en dinero y, por último, que exista un nexo causal. Pueden ser: daño emergente o lucro cesante¹²⁶.

¹²⁴ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., "El daño...", cit., pp. 72-73.

¹²⁵ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., "El daño...", cit., p. 74.

¹²⁶ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., "El daño...", cit., p. 74.

a) *Daño emergente*

Es el coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio. Son los gastos ocasionados o que se vayan a ocasionar, como consecuencia del evento dañoso. Deben ser daños efectivamente producidos porque debe tratarse de gastos efectivamente realizados y, por supuesto, conectados causalmente con el hecho dañoso. Por lo tanto podemos decir, que el daño emergente comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño¹²⁷.

b) *Lucro cesante*

Se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo¹²⁸.

Se evalúa la ganancia esperada que se dejó de percibir como secuela del daño. Mientras que en el daño emergente hay un empobrecimiento, en el lucro cesante lo que se presenta es un impedimento de enriquecerse legítimamente a causa del daño¹²⁹.

En este caso no se trata del patrimonio en concreto, sino de una probabilidad de haberlo obtenido, por ello implica una probanza más exhaustiva que el daño emergente. No pueden considerarse lucro cesante las ganancias hipotéticas sino sólo aquellas que con seguridad se habrían producido en un futuro y que como consecuencia del daño se han visto truncadas¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., pp. 344-345 y VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, cit., p. 75.

¹²⁸ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, cit., p. 77.

¹²⁹ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 37.

¹³⁰ Cfr. DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad...*, cit., p. 37

5.2. *Daños extrapatrimoniales o morales*

Son los recaen en bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto. Se trata de daños a bienes o a derechos que no se pueden reponer porque no circulan en el tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, etc¹³¹.

Antiguamente el daño moral no estaba considerado como un tipo de daño indemnizable, sin embargo, en la actualidad se ha establecido como principio la reparación del perjuicio moral, pues «aunque los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral»¹³².

¹³¹ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., “El daño...”, cit., p. 79.

¹³² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho...*, cit., p. 120.

CAPÍTULO III: EL SERVICIO PÚBLICO COMO ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Definición de servicio público

Podemos decir que la actividad de servicio público se refiere, en sentido amplio a las prestaciones que las Administraciones públicas organizan y ofrecen a los particulares, sea directamente –a través de la propia organización administrativa- o indirectamente –valiéndose para ello de la colaboración de los privados que gestionan las correspondientes prestaciones-. Sin embargo, esta noción amplia de servicio público es prácticamente equivalente a la de actividad prestacional, que en muchos casos se solapa con la actividad que desarrollan las Administraciones públicas. En ese sentido, la doctrina no excluye una noción más estricta de servicio público, referida a aquellas actividades serviciales que se sujetan a un régimen de monopolio en cuanto a su titularidad, lo que supone que las mismas quedan al margen de la libre iniciativa privada aun cuando su ejecución o gestión pueda llevarse a cabo por empresas privadas. Siendo esta la definición de servicio público, debemos precisar que la actividad queda reservada a la Administración, la misma que asume el deber y la responsabilidad de garantizar su prestación regular y continua. Ese acto de reserva suele llamarse *publicatio*, y, hay que precisar que ello no supone que necesariamente la Administración titular del servicio, por sí y por sus propios medios es quien tiene que realizar la actividad prestacional¹³³.

En cualquier caso, el servicio público es un concepto muy debatido por la doctrina y, con el tiempo, ha estado sujeto a distintas elaboraciones y ha sido utilizado en diversos momentos históricos con muy distintas finalidades. A pesar de eso, la realidad es que el concepto de servicio público, ha quedado referido, mayoritariamente al conjunto de actividades prestacionales reservadas al Estado con el fin de satisfacer necesidades colectivas

¹³³ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El sistema de Derecho administrativo II*, 3ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 57.

de interés general, siendo la nota distintiva la *publicatio*, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión. Dicha *publicatio* en ocasiones se acompaña de la de la gestión directa por la propia Administración –dándose un monopolio de gestión-, mientras que en otros casos, se acude a la gestión privada –a través de las distintas formas de gestión indirecta de los servicios y, en especial, a través de la técnica de la concesión-¹³⁴.

Desde la aparición del término, el concepto de servicio público y su delimitación ha ido cambiando. Se puede ver que el concepto ha ido evolucionando desde una noción de servicio público como sinónimo de funciones estatales hasta una noción más actual en la que lo central de la definición es que se trate de una actividad económica esencial para la población, es decir, que la prestación de dicha actividad suponga un interés general¹³⁵.

En este punto, resulta importante rescatar, además del concepto de servicio público, los de servicio esencial y servicio universal. Para que una actividad sea calificada como servicio público, resulta necesario que concurren dos características: la naturaleza esencial del servicio y la reserva de la titularidad del Estado, de dicha actividad¹³⁶.

DANÓS ORDOÑEZ, no acude a la titularidad estatal para definir los servicios públicos. Este autor define a los servicios públicos como aquellas «actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional, respecto de las cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto por el Estado directamente»¹³⁷. No obstante, tal como

¹³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El sistema de...*, cit., pp. 57-58.

¹³⁵ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana» en *Teoría de los servicios públicos*, Grijley, Lima, 2009, p. 15.

¹³⁶ Cfr. BACA ONETO, V., «Servicio público, servicios esencial y servicio universal en el derecho peruano» en *Teoría de los servicios públicos*, Grijley, Lima, 2009, p. 362

¹³⁷ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de...», cit., p. 18.

veremos, tal concepto encuentra mayores coincidencias con los de servicio esencial y universal.

El servicio esencial se diferencia del servicio público en que no supone la *publicatio* de la actividad, pero sí se encuentra delimitado por determinadas características, en tanto debe tener un destino universal, debiendo resultar accesible a todos en condiciones de igualdad, garantizándose su regularidad, continuidad y calidad, además de observar una adaptación acorde a la evolución tecnológica¹³⁸.

Otro concepto que puede ser afín con lo que venimos desarrollando en este apartado es el servicio universal, que no es otra cosa que el servicio esencial pero resaltando su característica de la universalidad de su acceso¹³⁹.

Finalmente, cabe señalar que el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Ley de Telecomunicaciones), Decreto Supremo N° 013-93-TCC, prevé una definición práctica de *servicio público* y no la connotación jurídica de la cual nos ocupa el presente trabajo y, especialmente, en este apartado. Así, el artículo 40 de la ley señala:

Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario. "Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos"

Esta norma nos remite al nuevo TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (Reglamento de Ley de Telecomunicaciones), el cual, en sus artículos 23 y 24 define los servicios públicos y los servicios privados, señalando que el primero es aquel

¹³⁸ Cfr. BACA ONETO, V., «Servicio público...», cit., p. 366.

¹³⁹ Cfr. BACA ONETO, V., «Servicio público...», cit., p. 372

«cuyo uso está a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores», mientras que los servicios privados son «aquellos que han sido establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer, estrictamente, sus propias necesidades de comunicaciones dentro del territorio nacional».

En ese sentido, estos dispositivos jurídicos definen a los servicios públicos en función al alcance social que tienen y la existencia de una contraprestación en su uso.

2. Determinación legal vigente del Servicio público en el ordenamiento peruano

La Constitución Peruana, en su artículo 58° señala que «el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura»¹⁴⁰. Es la primera aproximación al concepto de servicio público que encontramos en el ordenamiento. Con ella se considera a los servicios públicos en su acepción de actividad económica, y no a toda actividad ligada al actuar de la Administración pública¹⁴¹.

Sin embargo, la acepción más exacta de servicio público que corresponde a nuestro ordenamiento ha sido evidenciada por el Tribunal Constitucional a través de una sentencia con motivo de un proceso de inconstitucionalidad. En ella se señala que el servicio público se define por las características de esencial, continuidad, regularidad y calidad e igualdad¹⁴².

¹⁴⁰ **Constitución Política del Perú**

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹⁴¹ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana» en Teoría de los servicios públicos, Grijley, Lima, 2009, p. 16

¹⁴² Vid. STC Exp. N° 34-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2015, «40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es sólo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención.

Ello presenta indicios de que el servicio del cual trata nuestro ordenamiento no es, en sentido estricto, el público, sino el esencial, lo que se confirma a través de lo que el mismo Tribunal Constitucional señaló en la misma sentencia anteriormente citada, en cuanto a que «lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas».

En ese sentido, para el tema en análisis, cuando nos referimos a servicio público, en realidad hacemos referencia al servicio esencial, y como tal, corresponde analizar sus características en el ordenamiento interno.

3. Características del servicio público en el ordenamiento peruano

Si bien la Constitución no es explícita en señalar los rasgos característicos de los servicios públicos, hemos dicho que el Tribunal Constitucional ha señalado en una sentencia que las características de los servicios públicos son su naturaleza esencial para la comunidad, la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, su naturaleza regular y con unos estándares mínimos de calidad y la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad¹⁴³. Desarrollaremos brevemente estas características.

De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Éstos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad».

¹⁴³ STC Exp. N° 34-2004-PI/TC, F.40.

3.1. Naturaleza esencial

La naturaleza esencial del servicio público se encuentra de manera tácita en el artículo 58° de la Constitución. DANÓS ORDOÑEZ señala que se trata de un requisito de carácter material, el cual permite calificar una actividad como servicio público, en tanto se encuentra dirigida a satisfacer las necesidades primordiales colectivas¹⁴⁴.

3.2. Continuidad

Esta característica se desprende de la naturaleza esencial del servicio. Al tratarse de un servicio de necesaria utilización para la población, su prestación no debería verse afectada ni sometida al arbitrio del gestor del servicio. Esta característica se encuentra relacionada a la naturaleza de cada servicio, por lo que «continuidad» no significa que la prestación de todos los servicios públicos sea ininterrumpida, sino que dicha característica se encuentra relativizada, dependiendo de la actividad de que se trate¹⁴⁵.

3.3. Regularidad y calidad

La regularidad hace referencia al mantenimiento de un *standard* de calidad y cantidad en la prestación del servicio. Dicho *standard* podría encontrarse en los marcos regulatorios o en los mismos contratos de concesión, y tienen la finalidad de asegurar que el servicio sea prestado de forma adecuada¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de..., cit., p. 19

¹⁴⁵ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de..., cit., p. 29.

¹⁴⁶ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de..., cit., p.30

3.4. *Igualdad*

La igualdad tiene dos manifestaciones: debe estar presente tanto en el acceso al servicio como en la prestación del mismo. El acceso y la prestación del servicio deben darse en un marco de igualdad y no discriminación de los administrados¹⁴⁷.

Por ejemplo, en el caso de la telefonía fija, las empresas operadoras no pueden negarse a prestar el servicio a un usuario pese a que no cuente con un buen historial crediticio. Lo mismo sucede con la luz y el agua, en tanto, la calidad financiera de las personas no resulta una condición que diferencie a las personas por lo que, consecuentemente, los prestadores de tales servicios no pueden discriminar a los usuarios en base a su calidad crediticia. En ese sentido, el artículo 4 del TUO de las condiciones de uso de los servicios de telecomunicaciones señala: «Las empresas operadoras del servicio telefonía fija no podrán condicionar a la capacidad crediticia del solicitante, el acceso a una línea telefónica, ni podrán limitar el derecho del solicitante a elegir el plan tarifario que le resulte más conveniente, salvo que el solicitante tenga antecedentes de uso indebido u otro tipo de actos ilícitos comprobados».

3.5. *Los servicios públicos y la publicatio*

La *publicatio* es la nota característica y diferenciadora del servicio público. Quiere decir que el servicio público en la dimensión o perspectiva formal ha de referirse a una actividad que queda reservada a la Administración, la cual asume el deber y la responsabilidad de garantizar su prestación regular y continua¹⁴⁸.

Ese acto de reserva suele ser denominado *plubicatio*, aunque ello no suponga necesariamente que la actividad prestacional tenga que ser prestada directamente por la

¹⁴⁷ Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de...», cit., p.28

¹⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El sistema de...*, cit., p. 81.

Administración titular del servicio, por sí y con sus propios medios. Es decir, la *publicatio* en ocasiones se acompaña de la gestión directa por la propia Administración, mientras que en otras se acude a la gestión privada, a través de distintas formas de gestión indirecta de los servicios y, normalmente, mediante la técnica de concesión.

La consideración de una actividad como servicio público solo puede darse a través de su declaración por una norma con rango de ley. De ser así, la titularidad de la actividad le corresponderá en exclusiva al Estado, y por ello se encontrará obligado a generar las condiciones necesarias para garantizar la prestación de dicho servicio. Como ya hemos dicho antes, esa garantía que debe brindar el Estado no necesariamente implica una ejecución directa del servicio, sino que, y en concordancia con el principio de subsidiariedad, es preferible que el servicio lo presten los particulares.

Otra consecuencia de la publicación de una actividad económica es el sometimiento de la misma a un régimen jurídico de carácter especial, donde el Estado cuenta con unas potestades para el ejercicio de las funciones públicas de regulación, control y supervisión¹⁴⁹.

En resumen, a través de la *publicatio* de una actividad, el Estado, que en principio promueve la libre iniciativa de los privados, prohíbe tal libertad para el ejercicio de dicha actividad¹⁵⁰. Dicha prohibición se establece para que el Estado pueda garantizar la prestación del servicio del cual se trate, asegurando las características de regularidad, continuidad e igualdad, ya mencionadas, ya sea, a través de una prestación directa por parte del Estado, o indirecta por parte de los particulares que obtengan la gestión del servicio a través de la concesión.

¹⁴⁹ Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de...», cit., pp. 24-25

¹⁵⁰ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión del servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 316

4. La *ordenatio* en los servicios esenciales

En contraposición a la *publicatio* que existe en los casos en que nos encontramos ante un servicio público, se encuentra la *ordenatio*, la cual supone una regulación inusual de una actividad por considerarla esencial, sin la necesidad de reservar su titularidad para el Estado¹⁵¹.

En ella se parte de la titularidad no estatal de la actividad económica producto de la libertad de empresa. Consiste en la ordenación y control público del ejercicio de la iniciativa privada para limitar o regular la libertad de empresa y articularla con el interés general de los usuarios del servicio público¹⁵². Consecuentemente, la *ordenatio* se encuentra ligada a los servicios esenciales.

5. Las formas de prestación de los servicios públicos

La declaración de una actividad como servicio público o *publicatio* conlleva que el Estado reserve para sí la titularidad de dicha actividad, mas no supone la necesaria reserva de su prestación. Por el contrario, abre la puerta a dos posibilidades: que sea el Estado quien preste el servicio o que encargue su prestación a un tercero.

Se les conoce como prestación directa e indirecta y, evidentemente, se les denomina así desde la perspectiva del titular del servicio público, el Estado.

5.1. Directa

La prestación directa del servicio público tiene lugar cuando el Estado, titular del servicio, asume también la prestación del mismo a los administrados. Esta prestación directa,

¹⁵¹ Se considera inusual en tanto contraviene la libertad de empresa consagrada constitucionalmente.

¹⁵² Cfr. BLANQUER, D., *La concesión ...*, cit., p. 303

en todos los casos, tiene que darse en armonía con el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución.

Un claro ejemplo de prestación directa es la que se generó en el Perú a raíz de la Ley General de Telecomunicaciones de 1971 (Decreto Ley N° 19020), la que en su artículo 2° dispuso que “*es función del Estado dirigir, promover, realizar, regular y controlar las actividades de telecomunicaciones, mediante la prestación directa de servicios o dictando las medidas que exija el interés nacional*”, prestación que, se dispuso, sea ejecutada por intermedio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL-PERU), según señaló el artículo 12° de la misma ley¹⁵³.

5.2. *Indirecta*

En este caso la Administración Pública mantiene la titularidad del servicio público, pero cede la prestación del mismo a los particulares, quienes se sujetan a un régimen jurídico especial en relación a sus obligaciones y derechos.

Para ello, resulta necesario que el Estado ceda la prestación de la actividad a través de las técnicas administrativas previstas.

La técnica legal más común para la prestación indirecta del servicio es la concesión, a través de la cual, el Estado establece un marco legal riguroso para regular la prestación de la actividad, sus potestades y los derechos y obligaciones del concesionario¹⁵⁴.

¹⁵³ **DECRETO LEY N° 19020. LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES**

Artículo 2.- Es función del Estado dirigir, promover, realizar, regular y controlar las actividades de telecomunicaciones, mediante la prestación directa de servicios o dictando las medidas que exija el interés nacional.

Artículo 12.- El Estado, por intermedio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL-PERÚ), tiene a su cargo la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones del país. Excepcionalmente, puede otorgar en concesión la explotación de los servicios públicos de telefonía local y de distribución por circuito cerrado a empresas estatales asociadas.

¹⁵⁴ Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de...», cit., p. 26

6. La concesión de servicio público (especial referencia al servicio de telecomunicaciones)

6.1. La concesión

Tal como se ha mencionado, la concesión es la técnica jurídica utilizada para encargar la gestión –prestación– de un servicio público a un particular.

En palabras de BLANQUER, «es un título habilitante que amplía la esfera de actividad de los particulares, y les da acceso a ámbitos reservados en exclusiva a la administración»¹⁵⁵.

Sólo mediante concesión, un tercero distinto del Estado, estará habilitado para realizar una actividad que ha sido expresamente reservada por la Administración Pública y por lo cual se adjudicó, para sí, la titularidad de la misma.

De esta manera, se da por sentado que en las actividades económicas que no han sido reservadas a la Administración, sino que se encuentran abiertas a la libre iniciativa privada, a pesar de ser sectores especialmente regulados, no será necesario el otorgamiento de una concesión. Los títulos que permitan llevar a cabo dichas actividades especialmente reguladas serán otros como las autorizaciones¹⁵⁶.

La concesión presenta un carácter discrecional, es decir, complementa las normas legales y reglamentarias que prevén la regulación del servicio, por lo que puede presentar una función innovadora. Asimismo, tiene una eficacia constitutiva, dado que le otorga al administrado –concesionario– derechos de los cuales antes no era titular, al encontrar

¹⁵⁵ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión...*, cit., p. 157

¹⁵⁶ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión...*, cit., pp. 158-159

reservada la titularidad del servicio público en favor del Estado, a diferencia, de lo que ocurre, por ejemplo, con las autorizaciones¹⁵⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el ámbito de las telecomunicaciones, el TUO de Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC, señala en su artículo 47 que la concesión es un *«acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones. El Ministerio otorgará concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de la denominación de éstos contenida en esta Ley o en su Reglamento, con excepción de la concesión para Operador Independiente. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito aprobado por resolución del Titular del Sector»*.

Sin embargo lo que la Ley de telecomunicaciones y su reglamento entienden por servicios públicos no es lo que hemos definido hasta el momento. Así el artículo 40 de la Ley, al que hemos hecho referencia anteriormente, señala que *«[s]erán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación...»* y el Reglamento de la Ley dispone en su artículo 23 *«Son servicios públicos aquellos cuyo uso está a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores»*. Como puede verse, en ninguno de los dos textos normativos se hace referencia a la titularidad pública de los considerados como servicios públicos. Pese a ello el título habilitante para la gestión de esos servicios, según el texto legal, será la concesión.

¹⁵⁷ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión...*, cit., p. 545. La autorización *«tiene eficacia declarativa de la previa existencia de un derecho subjetivo a ejercer la actividad, siempre que ésta no sea perjudicial o lesiva para los intereses generales»*.

6.2. Sujetos que intervienen. Sus derechos y obligaciones.

En el otorgamiento de una concesión participan dos sujetos. De un lado está el sujeto titular de la actividad que es el Estado, la Administración pública –al tratarse de una actividad reservada- y de otro lado tenemos al particular a quien se otorga la concesión para la gestión de la actividad.

a) Administración pública

La Administración Pública concedente es la titular del servicio público y tiene la potestad de dirigir órdenes e instrucciones al concesionario, así como las facultades de vigilancia e inspección sobre la actividad concedida¹⁵⁸.

Al tratarse de una actividad reservada, aun cuando la Administración concede la gestión de la misma al particular, conserva la titularidad y por ello es garante y promotora de la correcta prestación del servicio a la población. En tal sentido, la Administración se encuentra facultada a mantener cierto margen de control de la actividad, estableciendo el régimen y las condiciones que el concesionario debe cumplir para la prestación del servicio público.

En nuestro ordenamiento, la entidad a cargo de la concesión de los servicios es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entidad a la cual, la Ley de Telecomunicaciones, en el artículo 75, atribuye las siguientes funciones:

1. *Fijar la política de telecomunicaciones a seguir y controlar sus resultados.*
2. *Elaborar y proponer la aprobación de los reglamentos y planes de los distintos servicios contemplados en la Ley y expedir resoluciones relativas a los mismos.*

¹⁵⁸ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión...*, cit., p. 313

3. *Otorgar y revocar concesiones, autorizaciones, permisos y licencias y controlar su correcta utilización.*
4. *Fijar la política a seguir en las relaciones internacionales de telecomunicaciones.*
5. *Representar al Estado en las organizaciones internacionales de telecomunicaciones y llevar a cabo la coordinación nacional en asuntos referidos a las telecomunicaciones internacionales.*
6. *Representar al Estado en la negociación de tratados o convenios relativos a telecomunicaciones.*
7. *Aprobar el Plan Nacional de Telecomunicaciones y supervisar su cumplimiento.*
8. *Incentivar el desarrollo de las industrias de telecomunicaciones y de servicios informáticos sustentados en base a servicios de telecomunicaciones en orden al desarrollo tecnológico del país.*
9. *Administrar el uso del espectro radioeléctrico y elaborar y aprobar el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias.*
10. *Organizar el sistema de control, monitoreo e investigación del espectro radioeléctrico.*
11. *Definir y aprobar las especificaciones técnicas para la homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones y expedir los correspondientes certificados de homologación. Para efectuar las mediciones y pruebas necesarias podrá delegar facultades a entidades y laboratorios especializados.*
12. *Llevar el Registro Nacional de Servicios de Telecomunicaciones.*
13. *Ejercer las facultades inspectoras y sancionadoras previstas en la Ley.*

14. *Proponer para su aprobación respectiva, los porcentajes para la aplicación de los derechos, tasas y canon radioeléctricos establecidos por Ley.*

15. *Cancelar de oficio las concesiones o autorizaciones de servicios de telecomunicaciones que haya otorgado, cuando lo titulares de estos derechos no operen dichos servicios en forma permanente o dentro de los plazos señalados por el reglamento.*

16. *Aplicar y hacer cumplir la presente Ley, sus reglamentos y demás disposiciones conexas.*

17. *Delegar sus atribuciones y facultades en OSIPTEL.*

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene atribuida la función de otorgar concesiones en el ámbito de Telecomunicaciones. En principio, dicho Ministerio también tendría las facultades de inspección y sanción en ese sector; sin embargo, la propia Ley establece al final del artículo que mencionamos antes el Ministerio puede delegar sus atribuciones y facultades en OSIPTEL - Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.

b) Concesionario o contratista

El concesionario es el particular a quien se encarga la gestión del servicio público. Ello no implica que este tercero pase a formar parte de la Administración Pública –ni siquiera a través de una ficción– sino que gestiona el servicio en nombre y por cuenta propia, por lo que es responsable de las decisiones que adopte respecto a la organización y los recursos humanos y materiales de su empresa¹⁵⁹.

Esta delimitación de responsabilidad puede hacer pensar que, en el caso de la prestación indirecta de un servicio público –a través de un tercero–, la Administración

¹⁵⁹ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión...*, cit., p. 313

Pública no sería imputable, bajo ningún supuesto, de los daños ocasionados relacionados a la prestación de este. Sin embargo, ¿cabe algún caso en que la Administración pública si resultaría responsable por los daños ocasionados, por ejemplo, por una ineficiente o negligente supervisión –a la que está obligada– de la prestación del servicio?

Para dar respuesta a la interrogante planteada, diremos que nuestro ordenamiento en el artículo 130 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece las obligaciones del concesionario en los siguientes términos:

Son obligaciones del concesionario principalmente las siguientes:

1. *Instalar, operar y administrar el servicio de acuerdo a los términos, condiciones y plazos previstos en el contrato de concesión.*
2. *Instalar la infraestructura que se requiera para la prestación del servicio que se otorga en concesión, cumpliendo las normas municipales o de otros organismos públicos, las cuales no podrán constituir barreras de acceso al mercado.*
3. *Prestar el servicio en forma ininterrumpida, salvo caso fortuito o fuerza mayor, en la que se dará preferencia a comunicaciones de emergencia.*
4. *Otorgar las garantías que le exige el Ministerio para el cumplimiento del contrato, de la Ley y del Reglamento, en la forma y montos que se exijan, cuando le sean solicitadas.*
5. *Establecer una vía expeditiva para atender los reclamos de los usuarios en los términos y plazos que fije Osiptel.*
6. *Pagar oportunamente los derechos, tasas, canon y demás obligaciones que genere la concesión.*
7. *Proporcionar al Ministerio y a Osiptel información que éstos le soliciten, y en general brindar las facilidades para efectuar sus labores de inspección y verificación.*

8. *El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13.*
9. *Informar a Osiptel de cualquier cambio o modificación referente a acuerdos con el usuario, condiciones de interconexión o tarifas.*
10. *Hacer de conocimiento de los interesados la información sobre descuentos a los comercializadores y otros concesionarios, proporcionando dicha información al Ministerio y a Osiptel cuando se lo soliciten.*
11. *Las demás que se pacten en el contrato de concesión, que se deriven de la Ley, del Reglamento y demás normas aplicables.*

La Administración pública será la encargada de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de estas principales obligaciones de los concesionarios de los servicios de Telecomunicaciones. Asimismo, se debe tener en cuenta que los contratos de concesión también constituirán fuente de obligaciones, por lo que de los mismos pueden emanar obligaciones específicas de supervisión y fiscalización de la Administración Pública.

CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Antecedentes históricos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el Derecho romano, ya existían ciertas conductas que podían configurar la imputación de responsabilidad a la Administración pública, tal es el caso concreto de la Administración de justicia. Sin embargo, como se mencionó no se trataba de un régimen general de responsabilidad sino que se circunscribía a ese único supuesto de hecho.

Aunque como se menciona encontramos orígenes incipientes de la responsabilidad de la Administración en el Derecho romano su desarrollo es posterior y se puede afirmar que el régimen ha cambiado radicalmente desde su origen. Inicialmente, se configuraba una Administración que no respondía en su actuar, amparada en el principio «*The King can do no wrong*»; sin embargo, eso ha cambiado y en la actualidad, se tiene perfectamente asumido que la Administración debe responder por los daños que cause. En efecto, en el año 1946, la «Federal Tort Claims Act» en los Estados Unidos de América y, en 1947, la «Crown Proceedings Act» del Reino Unido, cambiaron el régimen vigente, en ese entonces, de irresponsabilidad de los poderes públicos por el de una responsabilidad del funcionario que había generado el daño directamente¹⁶⁰.

No obstante, con anterioridad a las normas mencionadas, en Francia a través de la jurisprudencia ya se había empezado a desarrollar la consciencia de la responsabilidad de la Administración con motivo del famoso caso arrêt Blanco de 1873. En este caso, un padre reclamó una indemnización por daños y perjuicios causados a su hija al haber sido atropellada por un vehículo de una fábrica de tabaco perteneciente al Estado. Si bien el padre reclamó la

¹⁶⁰ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, C., *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento Administrativo*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011, p.355 - 357

indemnización en base al Código Civil, se decidió que eran competentes los tribunales administrativos, y se imputó una posible responsabilidad tanto a los agentes que causaron el daño directamente, como a la Administración Pública, como civilmente responsable, responsabilidad que se encontraba fuera de la responsabilidad civil. Además se incorporó dentro de dicha responsabilidad, el concepto de servicio público¹⁶¹.

En el caso al que hemos hecho referencia se afirmó por primera vez, aunque con grandes cautelas, el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración con bases autónomas (la cual «no puede regirse por los principios establecidos en el Código civil para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la exigencia de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados»). Ello no significó otra cosa más que la entrega del problema a la prudencia decisoria del Consejo de Estado, excluyendo la intervención de los Tribunales ordinarios. Desde ese momento el principio de responsabilidad no ha dejado de perfeccionarse y se ha extendido a todo tipo de servicios y a toda clase de daños siempre que sean ciertos e imputables a la Administración¹⁶².

De ello, se aprecia que, como en muchos otros temas administrativos, la responsabilidad patrimonial de la Administración tomó como base la responsabilidad civil; sin embargo, debido a las particularidades de la Administración pública, el Régimen de la responsabilidad civil no pudo ser perfectamente aplicable a la Administración. Así, aunque se haya trasladado características de la responsabilidad civil, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sólo ha tomado ciertos aspectos de la misma, desarrollando rasgos característicos que incluso hoy se encuentran en discusión.

¹⁶¹ Cfr. BLANQUER, D., *La concesión...*, cit., p. 137. En el mismo sentido GUZMÁN NAPURÍ, C., *Tratado de la Administración...*, cit., p. 357.

¹⁶² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 365-366.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de Responsabilidad patrimonial del Estado no tiene una consagración normativa expresa a nivel constitucional. Sin embargo, de la garantía a los derechos que la propia Constitución reconoce, así como los límites que impone a la actuación del Estado y las responsabilidades que atribuye a quienes ejercen el poder del Estado, se arriba al reconocimiento de dicho principio, el cual es consubstancial del Estado democrático y social de Derecho¹⁶³.

En Perú, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se recogió normativamente recién con la promulgación de la Ley N° 24777, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el año 2001, que regulaba en su artículo 238 la Responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁶⁴. No resulta difícil pensar que anteriormente el administrado se encontraba en una situación de desprotección ante el surgimiento de daños causados por la Administración, en tanto sólo podía optar por intentar un resarcimiento por los mecanismos existentes, es decir, a través de una demanda por daños a través de un proceso civil. Sin embargo, una vez que entró en vigencia la LPAG, los administrados tenían derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración¹⁶⁵.

¹⁶³ Cfr. CALLER FERREYROS, M., “Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario” en *Revista del Instituto peruano de Derecho Tributario*, N.49, IPDT, Lima, 2010, pp. 71-72.

¹⁶⁴ La redacción original del artículo 238 de la LPAG era el siguiente:

Artículo 238.- Disposiciones Generales

238.1 Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

238.2 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

238.3 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

238.4 Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

238.5 La cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo.

¹⁶⁵ Cfr. CALLER FERREYROS, M., “Responsabilidad del Estado...”, cit., pp. 74-76.

Dicha regulación daba la posibilidad a los administrados de reclamar una indemnización cuando sufrieran daños en sus bienes o derechos por parte de la Administración Pública. Ello suponía un abanico muy grande de las posibles actuaciones de la Administración que podrían causar daños resarcibles y la única causal eximente de responsabilidad contemplada por la norma era la fuerza mayor.

De la regulación inicial de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la LPAG podemos inferir que el fundamento para la imputación de responsabilidad al Estado es la existencia de un daño o perjuicio en el administrado que sea consecuencia del funcionamiento de la Administración y; el daño antijurídico que es susceptible de ser indemnizado es aquel que el administrado no está jurídicamente obligado a soportar¹⁶⁶.

«Afortunadamente», en el año 2008, a través del Decreto Legislativo N° 1029, se modificó el artículo 238° de la LPAG. Dicha modificación aumentó los supuestos en los que la Administración Pública no resultaba responsable: la existencia de caso fortuito, hecho determinante del dañado o de un tercero, y cuando la entidad actúe en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos.

Si bien, en la práctica, dicha modificación resulta menos gravosa para la Administración, la técnica legislativa no ha resultado muy pulcra, generando confusión en torno a si se ha cambiado de un sistema de responsabilidad objetiva a uno de responsabilidad subjetiva, pese a que la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1029 señalaba que se trata de una responsabilidad objetiva¹⁶⁷.

Finalmente, podemos afirmar que la responsabilidad de la Administración pública se encuentra asentada sobre las bases de la tutela judicial efectiva, el estado social y democrático de derecho y el principio de preferencia de los derechos fundamentales. Asimismo es la mejor

¹⁶⁶ Cfr. CALLER FERREYROS, M., “Responsabilidad del Estado...”, cit., p.76.

¹⁶⁷ Cfr. CALLER FERREYROS, M., “Responsabilidad del Estado...”, cit., p. 76

situación para controlar y prevenir los daños, la dilución social del daño, el interés general y el interés privado¹⁶⁸.

2. Regulación actual vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En Perú, el texto que regula la responsabilidad de la Administración Pública es la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que en su artículo 238° (artículo 258° en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444) delimita los alcances de la misma, disponiendo lo siguiente:

258.1 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.

258.2 En los casos del numeral anterior, 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.

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.

258.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

¹⁶⁸ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, C., *Tratado de la Administración...*, cit., 359 - 364

258.4 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

258.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

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

De acuerdo a la regulación vigente sobre la materia que nos ocupa se hace necesario un análisis de lo previsto en la norma antes citada para determinar cuál es la naturaleza de la Responsabilidad ahí prevista.

En primer lugar conviene destacar que la regulación establecida por el artículo 238 LPAG señala que el sujeto pasivo de este régimen son las entidades –se entiende, públicas– es decir, bajo esta norma sólo puede imputarse responsabilidad la Administración pública. El administrado acudirá a esta norma cuando ha sufrido daños no previstos por la actuación de la Administración o que no estuvieron dirigidos a cumplir directamente propósitos de interés público. Así, si bien toda actuación administrativa está dirigida a una finalidad de interés público, puede que los daños patrimoniales que esta actuación ocasione no sean consecuencia directa de dicho cometido, sino un resultado ocasional no previsto¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Cfr. SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ordenamiento peruano: aproximaciones a una institución pendiente de reforma” en *Revista Derecho & Sociedad*, N.45, PUCP, Lima, 2015, pp. 323-324.

En torno al tema objeto de este trabajo y a propósito del desarrollo de lo establecido por la norma sobre responsabilidad patrimonial, podemos decir que de una interpretación literal, solo cabe una responsabilidad de la Administración en los casos de servicios públicos directamente prestados por ella. Sin embargo, en la actualidad, no existe ningún servicio *público*, en sentido estricto, que sea prestado directamente por la Administración. Por lo tanto podríamos reconducir la materia que estamos investigando para tratar de dilucidar si en los casos de gestión indirecta de los servicios cabe imputar algún tipo de responsabilidad a la Administración pública.

En ese sentido cabe preguntarnos: ¿se podría imputar responsabilidad a la Administración Pública por los daños causados por los prestadores del servicio?

Conviene señalar que si bien el citado artículo delimita la responsabilidad patrimonial únicamente a los servicios directamente prestados por la Administración, también señala, en el numeral 5, que la indemnización comprende el daño y las consecuencias que se deriven de la “acción u *comisión* generadora del daño”. Dada la redacción de tal numeral, es fácilmente verificable el error ortográfico, y se puede concluir que los supuestos a los que se refiere son la acción u omisión de la Administración. En ese sentido, esto abriría la posibilidad de que el Estado pudiera resultar responsable por los daños causados en la prestación de un servicio público concesionado o autorizado y, frente a lo cual tiene asignadas ciertas funciones.

Asimismo, cabe preguntarse si esa responsabilidad patrimonial es posible atribuírsela tanto a la Administración pública que ha concedido o autorizado la gestión del servicio público y, al particular concesionario o autorizado o, si por el contrario dicha responsabilidad corresponde en exclusiva solo a uno de ellos.

Sobre este punto, la doctrina española se encuentra dividida. Por un lado tenemos la tesis negadora de responsabilidad de la Administración, y por lo tanto, señalan que la

responsabilidad patrimonial sería exclusivamente del concesionario, salvo que el daño sea consecuencia de un mandato expreso de la Administración. Por otro lado, están quienes aceptan que la Administración responde en todos los casos de actuación del concesionario y, finalmente, están aquellos que comulgan con la primera tesis, añadiendo como supuestos en los que la Administración responde, aquellos en los que ha existido culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*¹⁷⁰.

Finalmente, es importante tener en cuenta que en nuestro ordenamiento, las entidades del Estado que tienen a su cargo funciones y competencias correspondientes a los servicios de telecomunicaciones son: el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en la concesión de los servicios, el OSIPTEL, como organismo regulador, y los gobiernos municipales, en asuntos de la infraestructura de telecomunicaciones.

3. Presupuestos para la configuración de la Responsabilidad patrimonial de la Administración

3.1. Imputabilidad de la conducta

Podemos considerar que habría responsabilidad patrimonial de la Administración cuando existe la posibilidad de imputarle la omisión de un deber de actuación. En ese sentido, se requiere la existencia de tal deber y que este no haya sido cumplido¹⁷¹. Es decir, es preciso que la lesión producida pueda ser jurídicamente atribuible a la Administración¹⁷².

La lesión ha de derivarse del comportamiento de personas que están integradas en la estructura de la Administración pública y que actúan dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones. Basta la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se

¹⁷⁰ Cfr. AHUMADA RAMOS, F., *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*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 485-507

¹⁷¹ Cfr. AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 298

¹⁷² Cfr. SÁNCHEZ POVÍS, L., "La responsabilidad patrimonial...", cit., p. 326.

ha producido el daño para justificar la imputación del mismo a la Administración y no al funcionario, bajo un criterio estrictamente orgánico¹⁷³.

El deber de actuación de la Administración que se ha omitido y que ha ocasionado el daño puede ser el resultado de una omisión absoluta, es decir cuando la Administración no actúa, o de una omisión relativa, en el caso de una actuación insuficiente o deficiente de la Administración¹⁷⁴.

Además, lógicamente, el deber omitido debe ser materialmente posible, en tanto de no serlo así, no resultaría exigible para la Administración¹⁷⁵.

3.2. Lesión patrimonial como daño antijurídico

Sin daño no habría el deber de reparar. De acuerdo a lo establecido por el artículo 238.4 LPAG (258.4 TUO LPAG), el daño tendrá que ser cierto, valuable económicamente y subsistente. Esta disposición podría generar algunas dudas sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral y el daño a la persona. Sin embargo, el mismo artículo 238 en su numeral 5 establece que la indemnización comprende, además del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, de modo que podría entenderse cubierta en estos dos últimos la posibilidad de resarcir los daños directos que la actuación administrativa ocasione sobre los derechos de carácter no patrimonial del administrado, como pueden ser la salud, la integridad personal, entre otros¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 326.

¹⁷⁴ Cfr. AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 309.

¹⁷⁵ Cfr. AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 310.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 330.

La antijuridicidad consiste en la inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño por parte del administrado¹⁷⁷. En ese sentido, un daño no será indemnizable cuando el deber jurídico de soportarlo este previsto en alguna ley.

La LPAG señala que los daños que se imputen a la Administración pública tendrán que haber sido causados directa e inmediatamente por ella. De hecho la norma señala 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 aquéllas». De acuerdo con esta redacción quedarían fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración los supuestos de daños ocasionados en la prestación de servicios públicos de forma indirecta, es decir, a través de concesionarios.

Si nos centramos en la literalidad de la norma, es evidente que la Administración pública será patrimonialmente responsable solo en los casos de prestación directa del servicio público. Sin embargo, sí cabe la posibilidad de que un concesionario o contratista cause un daño que pueda ser imputado a la Administración, en virtud a la omisión de una función administrativa incumplida¹⁷⁸.

Se atribuye responsabilidad a la Administración por su inactividad cuando existe un mandato de actuación, es decir, cuando tiene encargada determinada función que incumple, y dicho incumplimiento es la causa del daño indemnizable. En ese sentido, resulta imprescindible la existencia de un deber de actuación, que sea una obligación de hacer o un deber de vigilancia, que la Administración incumpla y como consecuencia de ello, se haya producido un daño¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 764.

¹⁷⁸ Cfr. MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la ley...*, cit., p. 762.

¹⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 441-442

En España, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, resolvió el denominado *caso Ardystil*, mediante sentencia de fecha 17 de octubre de 2009, señalando que los requisitos para que pueda hablarse de omisión generadora de daño son: la existencia de un deber de actuar, la omisión de tal deber y que dicho deber haya sido materialmente posible de realización y pese a ello se haya incumplido¹⁸⁰.

Al respecto, consideramos que la exigencia de tales requisitos sí resultaría válida en nuestra realidad, ya que se encuentran relacionados con la función encomendada a cada entidad (vinculación positiva), la acción u omisión causante del daño (nexo causal) y que no exista una causal de exclusión de responsabilidad.

Finalmente, debe entenderse de acuerdo a lo establecido en el artículo 238.4 LPAG, que la indemnización debe comprender una reparación integral por el daño que la actividad administrativa ocasionó al administrado. Es decir, debe restituirse al administrado su patrimonio al valor del que gozó con anterioridad al suceso dañoso. Pero no solo ello, sino que además habrá de incluirse el importe referido al lucro cesante, de modo tal que se proteja efectivamente al administrado¹⁸¹

3.3. *Nexo causal*

Es el vínculo que existe entre el daño causado y la actuación, u omisión, de la Administración Pública. MORÓN propone que, para demostrar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el daño, se debe demostrar que el daño se habría evitado si se hubiera cumplido con el deber encargado a la entidad¹⁸².

¹⁸⁰ Cfr. FORTES GONZÁLEZ, A., «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas como consecuencia de las medidas liberalizadoras en materia de comercio y servicios» en *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*, Ratio Legis, Salamanca, 2013, p. 143

¹⁸¹ Cfr. SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 330.

¹⁸² Cfr. MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la ley...*, cit., p. 763

Para que un hecho pueda ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo –causalidad adecuada-. Así, sobre la base de este presupuesto se ha de evaluar si las consecuencias o daños patrimoniales producidos pueden considerarse originados por determinada actividad de la Administración¹⁸³.

Ahora bien, el artículo 238.2 LPAG establece que no habrá lugar a reparación por la Administración cuando «el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero». Asimismo, ese mismo numeral señala que tampoco procede la 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».

Llama la atención el texto actual de la norma antes referida pues en la redacción original de la norma se establecía que solamente la fuerza mayor eximía de responsabilidad a la Administración, lo cual era coherente con sistema objetivo de responsabilidad. Sin embargo, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1029 se introdujo el caso fortuito como causa de exclusión. Y si la máxima virtualidad de la responsabilidad objetiva es hacer responsable a la Administración por los accidentes, es decir, por el caso fortuito, la inclusión del mismo como causal de exclusión podría hacer pensar que la responsabilidad sería subjetiva en nuestro derecho. Sin embargo, como hemos dicho antes el artículo 1972 del código civil peruano establece que entre las causas que limitan la responsabilidad objetiva está el caso fortuito (que es sinónimo de fuerza mayor de acuerdo al artículo 1315 CC), por lo

¹⁸³ Cfr. SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 326.

tanto nada podríamos deducir de la modificación introducida por el Decreto legislativo 1029¹⁸⁴.

De lo establecido en el numeral que venimos comentando podemos señalar que los primeros determinan una ruptura del nexo causal, es decir, se constata que el daño no se debe al actuar de la Administración, por lo tanto, no es responsable del mismo y, los mencionados en la segunda parte de hacen referencia a una causa de justificación en la cual se pondera el valor del bien dañado y el bien salvado.

Llama la atención la consideración del «deber jurídico de soportar el daño» como supuesto de no reparación, figura con la cual podría abrirse la posibilidad de excluir la posibilidad de pago de una indemnización al administrado bajo un concepto que no cuenta con una definición clara. Al parecer, «el deber jurídico de soportar» hace referencia a los daños producidos por actos lícitos y no ilícitos. Sería absurdo admitir que la Ley 27444 admite la existencia de actos ilícitos cuyos daños producidos deben ser soportados por el administrado. Bajo esta interpretación por tanto, el objetivo del legislador al considerar el «deber jurídico de soportar el daño» como supuesto de excepción de reparación se estaría refiriendo más bien a supuestos en los cuales los daños por ciertos actos lícitos de la Administración se encuentran exentos de reparación, y se excluyen de este modo de la amplitud de supuestos del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁸⁵.

4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento peruano

Al hablar de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Perú, MORON señala que es un instrumento esencial de prevención y control

¹⁸⁴ Cfr. BACA, V., “¿Es objetiva la responsabilidad...”, cit., p. 248.

¹⁸⁵ Cfr. SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial...”, cit., p. 329.

sobre la Administración. Es decir, le otorga importancia a una función preventiva de la cual se habló anteriormente¹⁸⁶.

No obstante, cabe preguntarse, ¿es realmente la responsabilidad patrimonial un mecanismo de control de la actuación de la Administración? A criterio nuestro, la responsabilidad patrimonial es una forma de concreción del principio de garantía patrimonial del cual gozan los administrados. Es decir, no configura un mecanismo de control de la Administración, toda vez que para ello existen otros mecanismos establecidos, por ejemplo, el control ejercido a través de la Contraloría General de la República o los mismo Órganos de Control Interno de las entidades.

La función principal de la responsabilidad patrimonial es la indemnidad que debe mantener el administrado ante una actuación de la Administración y no así un mecanismo de sanción para su actuación irregular.

No obstante, la concepción presentada por MORON, hace pensar que considera que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú es subjetiva, toda vez que, si la misma supone un mecanismo de control de la Administración y tiene la función práctica de «adiestrar» a la Administración en el correcto actuar, ello supone que, una actuación regular de la Administración que cause daño no dará lugar a indemnización. El mismo autor señala que la responsabilidad patrimonial prevista en la LPAG es objetiva, lo cual resultaría, si no contradictorio, al menos, cuestionable, habiendo dejado sentado lo anterior.

En tal sentido, la cuestión principal es determinar si la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública prevista en el ordenamiento peruano es objetiva o subjetiva. BACA ONETO, señala que a la luz del texto normativo se debe determinar si la norma obliga a una

¹⁸⁶ Cfr. MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la ley...*, cit., p. 760

determinada interpretación que exija un sistema objetivo y, en ese sentido, señala que la respuesta es que no. La inclusión del caso fortuito como causa de exclusión de responsabilidad y su correspondencia (relativa) con el Código Civil sí podrían servir como pista para determinar el sistema de responsabilidad vigente, pues la fuerza mayor y el caso fortuito se usan en la norma para excluir la responsabilidad objetiva pues resulta innecesario contemplarlos expresamente para descartar la responsabilidad subjetiva, ya que para ésta última basta la ausencia de culpa. Sin embargo, hay otros indicios que podrían permitir afirmar lo contrario, es decir, que el sistema de responsabilidad vigente es subjetivo, especialmente porque la LPAG no ha seguido el texto literal de su antecedente español y no hace ninguna referencia al funcionamiento «normal y anormal» de la Administración¹⁸⁷.

Pensamos, por tanto, en palabras de BACA ONETO que «la responsabilidad no tiene por qué ser objetiva, más aún cuando en ocasiones es preciso recurrir al funcionamiento anormal de la Administración como criterio de imputación». «La regla general debería ser atribuir responsabilidad a la Administración cuando haya un funcionamiento anormal» cuando no se respete el parámetro razonable de actuación. Asimismo, la Administración responderá objetivamente cuando su actuación cree un riesgo especial¹⁸⁸.

Otra cuestión discutida es si, la responsabilidad patrimonial incluye los daños causados por los servicios públicos prestados por los concesionarios o sujetos autorizados. Lo que al menos sí queda claro es que, en caso la respuesta sea positiva, sería la entidad concedente o que dio la autorización quien respondería.

¹⁸⁷ Cfr. BACA, V., «¿Es objetiva la responsabilidad...», cit., pp. 247-248.

¹⁸⁸ Cfr. BACA, V., «¿Es objetiva la responsabilidad...», cit., p. 248.

Al respecto, MORON interpreta literalmente lo previsto en el artículo 238 de la LPAG, esto es, que la Administración solo será responsable respecto a los servicios públicos prestados de manera directa por ésta, no en un régimen de prestación indirecta¹⁸⁹.

Lo cierto es que los sujetos autorizados –y este es el caso de los servicios de telecomunicaciones, donde la Administración debe otorgar una autorización al privado para que pueda prestar dichos servicios- pueden ocasionar daños a terceros en el desarrollo de su actividad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el particular no lleva a cabo una actividad administrativa, sino más bien una actividad privada. Asimismo, la autorización solamente genera un vínculo jurídico-público entre la Administración y su titular, no respecto de terceros. Dadas así las cosas parecería difícil admitir responsabilidad administrativa por los daños que el titular de una autorización ocasione a terceros¹⁹⁰.

Sin embargo, no debemos olvidar que la actividad, aunque privada, se somete a autorización y su justificación se encuentra en la necesidad de que la Administración controle su ejercicio, por entrañar un potencial dañoso para la colectividad. En este sentido, entonces, no cabe excluir por completo la responsabilidad administrativa cuando los perjuicios resulten del deficiente ejercicio de sus competencias, al otorgar la autorización, o al inspeccionar y controlar el desarrollo de la actividad autorizada, lo que sería la *culpa in vigilando*¹⁹¹.

¹⁸⁹ Cfr. MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la ley...*, cit., p. 762.

¹⁹⁰ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J., “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado” en *RAP*, N° 155, 2001, pp. 27-28.

¹⁹¹ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J., “Responsabilidad de la Administración...”, cit., p. 28.

5. Sujetos y supuestos de responsabilidad de la Administración en la prestación de los servicios de Telecomunicaciones

Como ya se hizo referencia en líneas anteriores, las entidades de la Administración que tienen injerencia en la prestación de los servicios públicos de Telecomunicaciones son el MTC, como entidad concedente y el OSIPTEL, como el organismo regulador.

Podríamos dividir la responsabilidad en dos etapas: la etapa previa en la cual interviene la entidad concedente y la etapa posterior a esta, una vez que se otorgado la concesión y se da la etapa de la prestación del servicio. En la primera etapa, el MTC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75.3 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, tiene entre sus funciones la de otorgar y revocar concesiones, autorizaciones, permisos y licencias a los particulares para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de tal forma que, al menos teóricamente, podría imputarse responsabilidad por *culpa in eligendo*. Ese mismo artículo también señala que el MTC deberá controlar la correcta utilización de los mencionados servicios, aquí ya estaríamos en la segunda etapa –la de la prestación del servicio- donde la Administración al menos tendría una *culpa in vigilando* por no llevar a cabo un control sobre la prestación del servicio de telecomunicaciones siempre que el daño sea una consecuencia de la omisión de dicha función.

En ese sentido, la doctrina ha señalado que la Administración será responsable cuando el daño causado sea consecuencia del incumplimiento de alguno de sus deberes, en particular los de policía e inspección –*culpa in vigilando*-. El incumplimiento de dichos deberes deberá tener influencia en el resultado lesivo¹⁹².

En este orden de ideas, algunos autores señalan que el tipo de responsabilidad que se configura por los daños causados por los concesionarios o contratistas es subsidiaria, en tanto

¹⁹² Cfr. LAGUNA DE PAZ, J., “Responsabilidad de la Administración...”, cit., p.33.

debe operar ante la insolvencia del contratista que causó el daño en la prestación del servicio, ello en tanto el obligado principal para indemnizar el daño es el autor del mismo y no la Administración¹⁹³.

Asimismo, señalan que el fundamento de la responsabilidad de la Administración, en los daños causados por los concesionarios o contratistas está en no haber evitado un daño cuando estuvo en posibilidad de evitarlo mediante el uso correcto de las potestades de dirección, inspección y control, es decir, por culpa *in vigilando*¹⁹⁴.

Otro caso, en el que la Administración pública podría ser responsable por el daño ocasionado, en el supuesto de los gestores de servicios públicos sería cuando se trate de una lesión que es consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, por ejemplo, en cumplimiento de una obligación plasmada en el contrato de concesión¹⁹⁵.

Por otro lado, las funciones del OSIPTEL se encuentran establecidas en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. A grandes rasgos, estas son las funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y solución de controversias. Asimismo, y ya más concretamente, el Reglamento de organización y funciones de OSIPTEL, establece en su artículo 4 cuáles son las funciones de dicho organismo y señala que tiene: función supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de resolución de controversias y de resolución de reclamos de usuarios.

Por la función *normativa*, el Osipitel puede dictar reglamentos y normas de carácter general aplicables a los administrados dentro de su ámbito de competencia.

¹⁹³ Cfr. AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 498-499

¹⁹⁴ Cfr. AHUMADA RAMOS, F., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 499

¹⁹⁵ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J., “Responsabilidad de la Administración...”, cit., p. 31.

La función *reguladora* comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como establecer sistemas tarifarios en sus distintas modalidades y dictar las disposiciones que sean necesarias a tal efecto.

La función *supervisora* es, quizá, una de las que más relevancia tiene en tanto se constituye como el deber de vigilancia del OSIPTEL, debiendo verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.

En virtud a la función *fiscalizadora y sancionadora*, el OSIPTEL posee la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, así como por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

Por la *función de solución de controversias*, este organismo regulador tiene la facultad de conciliar y resolver, en vía administrativa, las desavenencias que puedan generarse entre los operadores o entre estos y los usuarios de los servicios; reconociendo o desestimando los derechos e intereses invocados. Asimismo, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora. De otro lado, el OSIPTEL es competente para resolver controversias en la vía arbitral cuando las partes hayan acordado someter sus discrepancias a arbitraje administrativo¹⁹⁶.

Por otro lado, la Ley de Telecomunicaciones también prevé las funciones del OSIPTEL, en el artículo 77°, disponiendo:

¹⁹⁶ Recoge un resumen de estas funciones, MOSCOL SALINAS, A., «Los principios de acción para la regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones dentro del marco del derecho administrativo» en Teoría de los servicios públicos, Grijley, Lima, 2009, pp. 265-266

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

1. *Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.*

2. *Proveer información y asistencia al Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, cuando así lo requiriera o cuando el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones lo considerara apropiado sobre cualquier materia relacionada a la competencia del Organismo.*

3. *Expedir directivas procesales para solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios.*

4. *Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.*

5. *Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.*

6. *Asesorar al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción sobre el otorgamiento de autorizaciones, permisos y licencias.*

7. *Asegurar la correcta normalización y aprobación de equipos y aparatos de telecomunicaciones.*

8. *Administrar arbitrajes de acuerdo con lo previsto por esta Ley y sus reglamentos.*

9. *Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.*

10. *Elaborar y administrar su presupuesto obtenido en base a las asignaciones conferidas por la presente Ley y sus reglamentos.*

11. *Administrar el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones, FITEI, de acuerdo a lo señalado por la presente Ley y sus reglamentos.*

12. *Ejercer las funciones y atribuciones que le fueran delegadas por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.*

13. *Las demás que esta Ley señala o establezca su reglamento, cuya elaboración y aprobación mediante Decreto Supremo, le corresponde al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.*

El poder regulatorio que esta Ley concede a OSIPTEL en relación a materias de su competencia será ejercido a través de resoluciones expedidas por su Consejo Directivo.

Ahora bien, una vez acotadas las funciones que tiene el Organismo regulador en materia de Telecomunicaciones podríamos decir que en caso que el daño producido sea consecuencia de la omisión de alguno de esos deberes a los que se encuentra obligada se le podría imputar responsabilidad patrimonial a la Administración.

Pensamos que el fundamento de la responsabilidad patrimonial en estos casos se encuentra en el específico deber de control, vigilancia e inspección que la normativa encomienda a los Poderes públicos respecto de estas actividades sujetas a autorización y/o concesión. En el caso del sector de las telecomunicaciones, la Ley y reglamentos del sector claramente así lo establecen como ya hemos visto anteriormente. En ese sentido, podríamos decir que no se trata de las genéricas potestades de policía que se ejercen sobre los ciudadanos, sino de deberes concretos y específicos, que inciden sobre actividades que encierran un

potencia dañosa para la colectividad y, por tanto, la responsabilidad patrimonial surge precisamente del deficiente ejercicio de sus potestades¹⁹⁷.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la afirmación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede oscurecer la naturaleza privada de las actividades sujetas a autorización. De ahí que la aceptación de responsabilidad administrativa no deba hacerse depender de la capacidad de dirección de la actividad, sino de la obligación que pesa sobre la Administración, por un lado, de autorizar solamente aquellas que reúnan las garantías necesarias y, por otro, de vigilar su desarrollo, de manera que no se desvíen de lo permitido¹⁹⁸.

Por lo tanto pensamos que de darse una eventual imputación de responsabilidad a la Administración en el caso de los servicios de telecomunicaciones, tendría que ser con base en la omisión de funciones por parte de la Administración. Es decir, la entidad administrativa encargada de realizar el control de la actividad de los operadores o empresas de telecomunicaciones, no ha realizado debidamente sus funciones. Así, para que exista alguna posibilidad de imputar la responsabilidad de la Administración, se deberá realizar un análisis de causalidad, de modo que, si el cumplimiento del deber de la Administración hubiera evitado el daño, la Administración podría resultar patrimonialmente responsable. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta postura es una aproximación a la responsabilidad de la Administración, y deberá tener en consideración que, principalmente, deberá evaluarse en cada caso concreto la existencia o no de responsabilidad, tomando en consideración que como se ha desprendido de los apartados anteriores, la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento peruano, no es una responsabilidad puramente objetiva.

¹⁹⁷ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J., "Responsabilidad de la Administración...", cit., p. 36.

¹⁹⁸ Cfr. LAGUNA DE PAZ, J., "Responsabilidad de la Administración...", cit., p. 36.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho de daños ha evolucionado desde el ejercicio de la venganza, hasta el modelo actual, de resarcimiento del daño a través de una indemnización. Principalmente se ha tenido una consideración de responsabilidad subjetiva y se ha ido evolucionando paulatinamente hacia un sistema de responsabilidad objetiva, que en la actualidad ya se ha visto que tiene ciertas críticas que hacen necesario considerar, en ciertos casos, una imputación subjetiva de la responsabilidad.

SEGUNDA: La responsabilidad patrimonial de la Administración ha sufrido una serie de cambios. Inicialmente la Administración no era responsable patrimonialmente en ningún caso, amparada en el principio «*The King can do no wrong*». Mientras que en la actualidad, ya se tiene perfectamente asumido que la Administración debe responder por los daños que cause, independientemente de la responsabilidad de los funcionarios a quienes se podría imputar el daño a título personal. Esa evolución en la consideración de responsabilidad de la Administración ha llegado, en ocasiones, hacia el extremo contrario, donde al considerarse un sistema puramente objetivo de responsabilidad se ha tenido como resultado en algunos casos, según la apreciación de la doctrina una especie de sistema de beneficencia pública. Todo ello ha conducido a un replanteamiento del sistema de responsabilidad de la Administración.

TERCERA: En el Perú, no se reconoce de manera expresa y literal en la Constitución el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, podemos deducir que se desprende de la garantía a los derechos que la propia Constitución reconoce, así como también de los límites que impone a la actuación del Estado y de las responsabilidades que atribuye a quienes ejercen el poder público.

CUARTA: La responsabilidad patrimonial de la Administración se recogió normativamente recién con la promulgación de la Ley N° 24777, Ley del Procedimiento

Administrativo General, en el año 2001. Se recogió en el artículo 238. Anteriormente a dicha regulación normativa el administrado se encontraba en una situación desprotección ante algún supuesto de daños causados por la Administración, ya que solamente podía intentar un resarcimiento a través de los mecanismos existentes, es decir, a través de una demanda por daños en la vía civil.

QUINTA: Con el reconocimiento legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración y según la redacción original de la norma, los administrados tenían derecho a ser indemnizados por las entidades administrativas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración. Ello abría la discusión acerca de la naturaleza objetiva de tal responsabilidad. Sin embargo, posteriormente con las modificaciones introducidas, parecería confirmar que no se trata de una responsabilidad puramente objetiva sino que puede entenderse que es posible ciertos matices de subjetividad en la imputación de la responsabilidad.

SEXTA: La redacción actual de la LPAG señala que la Administración pública solo responde por los daños causados en los servicios prestados *directamente* por ella. Ello, a primera vista, parece dar a entender que en ningún caso podría responder por los daños causados en aquellos casos en donde la Administración no interviene directamente como gestor del servicio. Sin embargo, la propia Ley señala que la indemnización por los daños causados comprende también aquellos ocasionados por una omisión de la Administración. Ello daría lugar a una posible imputación de responsabilidad por omisión de sus funciones.

SÉPTIMA: En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley de Telecomunicaciones distingue entre servicios públicos y servicios privados de telecomunicaciones. Sin embargo, la distinción establecida en la norma no se condice con lo que doctrinalmente se entiende por

servicio público. Por ello, lo que establece dicha normativa no resulta útil para determinar la naturaleza de los servicios de telecomunicaciones. Ni la Ley de Telecomunicaciones ni su reglamento hacen referencia a la titularidad pública de los considerados como servicios públicos, por lo que pensamos que sería más coherente hablar en esos casos de «servicios esenciales» o «servicios universales».

OCTAVA: De acuerdo con lo establecido en la Ley de Telecomunicaciones y su reglamento los servicios en dicha materia pueden prestarse por los particulares que hayan obtenido de la Administración una concesión o una autorización según sea el caso. La Administración pública será la encargada de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las principales obligaciones de los concesionarios de los servicios de Telecomunicaciones.

NOVENA: Queda claro que en los servicios de telecomunicaciones no nos encontramos ante servicios públicos en sentido estricto. No se trata en ningún caso de servicios públicos directamente prestados por la Administración. Sin embargo existe la posibilidad de poder imputar responsabilidad a la Administración en el caso de que el sujeto concesionario o sujeto autorizado cause daños en los particulares, aunque cierto es, esa no es la regla general y se tiene que revisar en cada caso concreto si cabe dicha posibilidad, puesto que no hay que perder de vista que la actividad que realiza el particular no es una actividad administrativa, sino más bien una actividad privada.

DECIMA: La autorización o concesión que permite la prestación de servicios de telecomunicaciones solamente generan un vínculo jurídico-público entre la Administración y el titular de la autorización o el concesionario, no respecto de terceros. Ello a primera vista hace pensar que difícilmente se podría admitir responsabilidad administrativa por los daños que el titular de una autorización o concesión ocasione a terceros. Sin embargo, no debemos perder de vista que aunque se trate de actividades privadas están sometidas a autorización o

concesión debido a la necesidad de que la Administración controle su ejercicio, por entrañar un potencial dañoso para la colectividad. Entonces, no cabe excluir por completo la responsabilidad administrativa.

DÉCIMO PRIMERA: La Administración pública y en concreto en el ámbito de las telecomunicaciones, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el OSIPTEL tienen atribuidas unas potestades de supervisión y fiscalización de los operadores o empresas que presten servicios de telecomunicaciones por autorización o concesión. Por lo tanto, en el caso de atribuirse responsabilidad patrimonial a la Administración en estos casos tendría que ser en virtud de un deficiente ejercicio de sus competencias, al otorgar la autorización o concesión; o al inspeccionar y controlar el desarrollo de la actividad autorizada, lo que sería la *culpa in vigilando*.

DÉCIMO SEGUNDA: La responsabilidad patrimonial de la Administración en el sector de las telecomunicaciones tendría que basarse en la omisión o realización ineficiente las funciones que tiene atribuidas la Administración pública de ese sector y, en cualquier caso, se tendrá que realizar un análisis de causalidad, de modo que, si el cumplimiento del deber de la Administración hubiera evitado el daño, la Administración podría resultar patrimonialmente responsable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Soto Coáguila, Carlos Alberto (Dir.), Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- AHUMADA RAMOS, F., *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*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004.
- BACA ONETO, V., “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa” en *Revista de Derecho Administrativo*, N.9, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2010.
- BACA ONETO, V., «Servicio público, servicios esencial y servicio universal en el derecho peruano» en *Teoría de los servicios públicos*, Grijley, Lima, 2009.
- BLANQUER, D., *La concesión del servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CALLER FERREYROS, M., “Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario” en *Revista del Instituto peruano de Derecho Tributario*, N.49, IPDT, Lima, 2010.
- D’ORS, A., *Derecho privado romano*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona, 2004.
- DANÓS ORDOÑEZ, J., «El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana» en *Teoría de los servicios públicos*, Grijley, Lima, 2009.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, 2, 8ª ed., Ara Editores, Lima, 2016.
- DE TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, IV.1, PUCP, Lima, 2005.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El sistema de Derecho administrativo II*, 3ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- FORTES GONZÁLEZ, A., «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas como consecuencia de las medidas liberalizadoras en materia de comercio y servicios» en *Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios*, Ratio Legis, Salamanca, 2013.
- FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 365-366.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- GUZMÁN NAPURÍ, C., *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento Administrativo*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011.
- LAGUNA DE PAZ, J., “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado” en *RAP*, N° 155, 2001, pp. 27-57.
- MORÓN URBINA, J., *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- MOSCOL SALINAS, A., “Los principios de acción para la regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones dentro del marco del derecho administrativo” en *Teoría de los servicios públicos*, Grijley, Lima, 2009.

- REGLERO CAMPOS, F., “Conceptos general y elementos de delimitación” en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2002.
- REGLERO CAMPOS, F., “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas” en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2002.
- REY DE CASTRO, A., *La responsabilidad civil extracontractual: estudio teórico y práctico del derecho nacional y comparado*, UNMSM, Lima, 1972.
- SÁNCHEZ POVÍS, L., “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ordenamiento peruano: aproximaciones a una institución pendiente de reforma” en *Revista Derecho & Sociedad*, N.45, PUCP, Lima, 2015.
- VEGA MERE, Y., “Ruptura del nexos causal” en *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. 10, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- VICENTE DOMINGO, E., “El daño” en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Elcano, 2002.
- VIDAL RAMÍREZ, F., “La responsabilidad civil” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N°. 54, Derecho PUCP, Lima, 2001.