FACULTAD DE DERECHO

La Aplicación de la Responsabilidad Patrimonial en la prestación de servicios públicos en el Perú, con un especial enfoque en el Sector Energía

Tesis para optar el Título de

Abogado

Priscyla Mercedes Abad Reyes

Asesor(es):
Dr. Orlando Vignolo Cueva

Lima, noviembre de 2022

NOMBRE DEL TRABAJO

Versión definitiva de Tesis_Priscyla Abad Reyes_con citas corregidas.pdf

AUTOR

Priscyla Abad

RECUENTO DE PALABRAS

46766 Words

RECUENTO DE CARACTERES

258926 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

129 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

1000.9KB

FECHA DE ENTREGA

Oct 5, 2022 1:25 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Oct 5, 2022 1:57 PM GMT-5

15% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base d

- 15% Base de datos de Internet
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de Crossref
- Base de datos de contenido publicado de Crossr
- 4% Base de datos de trabajos entregados

Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)

Aprobación

La tesis titulada «La Aplicación de la Responsabilidad Patrimonial en la prestación de servicios públicos en el Perú, con un especial enfoque en el Sector Energía» presentada por la bachiller Priscyla Mercedes Abad Reyes, en cumplimiento de los requisitos para obtener el Título de Abogada, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Orlando Vignolo Cueva.

Dr. Orlando Vignolo Cueva
Director de tesis

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Dedicatoria

A Dios, por permitir que esta tesis sea posible, por darme la voluntad y energías para terminarla.

A Pedro y Fabiola, mis amados padres, y a Brunella y a Cayetana, mis hermanas. Con mucha satisfacción, les digo aquí está el fruto de su esfuerzo y sacrificio.

A Ruth y Rosita, mi abuela y bisabuela, quienes me motivan e impulsan siempre.

A Felipe, mi abuelo, desde la eternidad sé que sigue celebrando mis logros.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Agradecimientos

Agradezco especialmente al Asesor y Director del presente trabajo, Dr. Orlando Vignolo Cueva, por los conocimientos proporcionados, que han sido plasmados en este trabajo y por su tiempo invertido y orientación para ayudarme a lograr esta meta.

También agradezco al Dr. Víctor Baca Oneto, que al igual que el Dr. Orlando Vignolo Cueva, con sus clases de Derecho Administrativo, cultivaron en mí ese interés por esa rama del derecho, lo cual me motivó a elegir esa línea de investigación.

Finalmente, agradezco al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, por ser uno de los principales suministradores de la información utilizada en el presente trabajo, y por cultivar directa e indirectamente en mí ese interés por estudiar y conocer más el sector energético del Perú.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Resumen

La autora constata una deficitaria regulación de la Responsabilidad Patrimonial en el ordenamiento peruano, institución regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo General. A raíz de las numerosas denuncias según datos estadísticos remitidos por el OSINERGMIN, relacionadas a conceptos de calidad del servicio eléctrico y a accidentes eléctricos de terceros, el objetivo de esta tesis será analizar la aplicación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el sector energético. Para tal efecto, es sumamente importante estudiar instituciones esenciales en Derecho Administrativo, tales como servicio público, servicio esencial, concesiones (eléctricas), así como conocer la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Patrimonial en el ordenamiento peruano; para posteriormente, determinar quién es el responsable cuando un tercero actúa a nombre de la Administración. Finalmente, la autora propone realizar una modificatoria en la LPAG y plantea un mecanismo adecuado a nivel procesal para reclamar la indemnización, tomando como referencia la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjera.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Tabla de contenido

Introducción……17

Capítulo 1……19

Definición de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración 19

1.1. Definición de la Responsabilidad Patrimonial……...19

1.2. Características de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración……..21

Capítulo 2 25

Régimen Actual y Determinación legal vigente de la Responsabilidad Patrimonial en el Derecho Peruano 25

2.1. Regulación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública de acuerdo al artículo 260 del TUO LPAG……. 25

2.2. Sobre las responsabilidades previstas en el Derecho Común y en las Leyes Especiales…….. 26

2.3. Clases de Responsabilidad…….. 27

2.3.1. La responsabilidad contractual 27

2.3.2. La responsabilidad extracontractual 28

2.4. Actos por los cuales debe responder patrimonialmente la Administración……36

2.4.1.Daños por los cuales responde la Administración..... 38

2.4.2.Derecho de la Administración a repetir contra los funcionarios responsables y demás personal a su servicio..... 40

2.5. Supuestos de exoneración de la Responsabilidad Patrimonial ……..41

2.5.1.Caso fortuito y fuerza mayor..... 41

2.5.2. Hecho determinante de la víctima o de tercero 43

2.6. Indemnización por daños y perjuicios…… 44

2.6.1.Daños patrimoniales..... 45

2.6.1.1. Daño emergente..... 46

2.6.1.2. Lucro cesante..... 46

2.6.2. Daños extrapatrimoniales o morales 46

Capítulo 3. Responsabilidad Patrimonial en el Sector Energía en el Perú 49

3.1. Regulación actual y vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración…….. 49

3.2. Presupuestos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración…… 51

3.2.1 La lesión patrimonial como daño antijurídico..... 51

3.2.2 Nexo Causal 54

3.2.3 Imputabilidad de la conducta 54
3.3. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano..... 55
3.4. Responsabilidad cuando tercero actúa a nombre de la Administración Pública..... 61
3.4.1. Definición de Servicio Público 62
3.4.1.1. Los servicios públicos y la publicatio 63
3.4.1.2. La ordenatio en los servicios esenciales 64
3.4.2. Concesionarios y Sujetos Autorizados 73
3.4.2.1. La concesión de servicio público (especial referencia al servicio de suministro eléctrico) 74
3.5. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública derivada de su inactividad..... 82
3.6. Daños ocasionados en el sector energía a los administrados.....97
3.6.1. Denuncias por calidad de servicio eléctrico (Interrupción o cortes del suministro de energía eléctrica), según información remitida por el OSINERGMIN. 97
3.6.2. Denuncias por daños ocasionados/ accidentes eléctricos a raíz de defectos en el servicio de distribución eléctrica, según información remitida por el OSINERGMIN. 98
Capítulo 4 103
Inexistencia de mecanismos procesales en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración 103
4.1. Inexistencia de un adecuado mecanismo de exigibilidad de indemnización.....103
4.2. Jurisprudencia comparada.....107
4.2.1. Jurisprudencia comparada en España 107
4.2.2. Jurisprudencia nacional 112
Capítulo 5 119
Propuesta de Reformas a la normativa vigente 119
5.1. Propuestas de modificaciones a la normativa vigente.....119
5.2. Viabilidad de las reformas y la aplicación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Perú.....121

Conclusiones **123**
Abreviaturas **127**
Lista de Referencias **129**
Jurisprudencia **133**

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Lista de tablas

Tabla 1 Denuncias por Calidad de Servicio Eléctrico (Interrupción).....**97**

Tabla 2 Accidentes Eléctricos de Terceros en Distribución por Nivel de Tensión..... **98**

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Introducción

El presente trabajo analiza el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de los servicios públicos en nuestro país, con un especial enfoque en el sector energía.

Ante las deficiencias de calidad que pueden existir al brindar un servicio público y considerando la escasa regulación existente, surge la pregunta sobre quién responde por los daños que se le puedan causar a los administrados durante la prestación del servicio público.

En Europa, en países como España, hay una mayor regulación de la responsabilidad patrimonial y existe una mayor jurisprudencia sobre el tema, si bien no es el ordenamiento ideal y se ha complicado su aplicación debido a algunas imprecisiones normativas, la doctrina comparada propone soluciones y la jurisprudencia también. Por ello, tomaremos este ordenamiento para aprender y desaprender sobre la regulación de la institución antes señalada.

El problema es que nuestro ordenamiento evidencia una deficitaria regulación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Siendo así, al analizar el régimen de la responsabilidad patrimonial en la prestación de servicios públicos, intentaremos delimitar los supuestos en los que le corresponde responder al concesionario, y los casos en los que, en su defecto, respondería la Administración Pública; actualmente la responsabilidad patrimonial solo existe simbólicamente, pues en la práctica resulta inexistente su aplicación.

Además de la deficitaria regulación de la Responsabilidad Patrimonial, y la escasa doctrina y jurisprudencia ya mencionadas; otra de las causas de la inaplicación de la institución es la inexistencia de un adecuado mecanismo de exigibilidad de indemnización.

Es importante estudiar la institución de la Responsabilidad Patrimonial a fin de aminorar las posibles consecuencias que pueden resultar de su inaplicación, tales como la falta de indemnización a las personas afectadas por los daños causados en la prestación del servicio, un gran nivel de insatisfacción de los consumidores por el servicio brindado; y la falta de fiscalización a los gobernantes correspondientes, que puede derivar en corrupción en el sector energético.

Este trabajo se desarrolla en cinco capítulos. El Capítulo 1 desarrolla, de manera general, la definición y características de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, trayendo a colación la diversa doctrina nacional y extranjera.

Más adelante, el Capítulo 2 hace referencia al actual régimen que regula la responsabilidad patrimonial, la cual se encuentra en la Ley de Procedimiento Administrativo

General. Así también abordaremos conceptos esenciales como las clases de responsabilidad, actos por los cuales debe responder patrimonialmente la Administración, supuestos de exoneración de la Responsabilidad Patrimonial.

El Capítulo 3 muestra la información remitida por el Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería, relacionado a los datos estadísticos correspondientes al concepto de calidad del servicio eléctrico y en cuanto a los accidentes eléctricos de terceros. Asimismo, se realizará un análisis de la naturaleza jurídica de la Responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, y también encontraremos la discusión objeto de estudio: En el ordenamiento peruano, ¿quién es responsable cuando tercero actúa a nombre de la Administración? Lo anterior señalado, incluye considerar a la figura de la culpa in vigilando.

En el Capítulo 4, hablaremos sobre la inexistencia de un adecuado mecanismo de exigibilidad de indemnización, y analizaremos casuística de jurisprudencia comparada española. Estudiaremos las diferencias que hay entre esa jurisprudencia comparada en relación a nuestra casuística nacional; y veremos qué figuras podrían aproximarse y aplicarse en nuestra realidad peruana.

Finalmente, en el Capítulo 5 se propondrá realizar una modificatoria en la Ley de Procedimiento Administrativo General, a fin de plasmar la teoría en la práctica; así también es importante que la normativa pueda otorgar un mayor alcance sobre la naturaleza jurídica de la Responsabilidad patrimonial en el Perú; y asimismo, plantear mecanismos adecuados a nivel procesal para exigir indemnización, tomando como referencia la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjera. De esta manera, se busca construir una adecuada regulación del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de la Administración en nuestro país, a fin de disminuir las injusticias y los casos de administrados perjudicados, quienes no reciben ayuda o reparación alguna.

Capítulo 1

Definición de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración

1.1. Definición de la Responsabilidad Patrimonial

Consideramos necesario empezar este trabajo refiriéndonos a la definición de la Responsabilidad Patrimonial, y a partir de ahí, mencionar las características de la misma.

Los maestros Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2015) comienzan el capítulo dedicado a «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en su Curso de Derecho Administrativo, con la clásica cita de Hauriou[1] (1993): «Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estas dos máximas jurídicas: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio»[2].

Aquí ingresa el rol del Derecho Administrativo, el mismo que permite brindar un sistema de garantías al administrado, de esta forma: "la Administración no sólo está sujeta a la garantía que suponen los controles judiciales y no judiciales existentes (…) se completa con la regulación de las consecuencias indemnizatorias que tiene cualquier actuación administrativa que produzca daños y perjuicios en los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Esta garantía patrimonial se traduce en un régimen de responsabilidad de la Administración"[3] (Villavicencio Escudero, 2018, p. 100). Esta institución persigue la finalidad de mantener la integridad del patrimonio del usuario.

Los autores antes mencionados señalan que «la actividad de la Administración, que en nuestros días está presente en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, "lleva consigo —como advierte lúcidamente la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa— una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos" que es preciso evitar que "reviertan al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración"». Pues bien —continúan los autores—, «a cubrir esos daños residuales de la acción administrativa, no deliberadamente procurados, pero inevitables, tiende la afirmación de un principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración" (Fernández, 2020, p.52)**.**

Ciertamente, el considerable aumento de la actividad de los poderes públicos ha traído consigo indudables beneficios, pero también ciertos perjuicios que, en ocasiones, no tienen por

---

[1] (E. García de Enterría y T. R. Fernández, 2015, como se citó en Fernández Valverde, 2020). p. 51

[2] (Hauriou, 1993, como se citó en Fernández Valverde, 2020). p.51

[3] (Villavicencio Escudero, 2018, p. 100). En España, la responsabilidad patrimonial se regula en la Ley 40/2015, de 01 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

qué ser soportados por los ciudadanos. Para estos supuestos, deben establecerse los mecanismos de reparación necesarios que permitan imputar a los poderes públicos la responsabilidad patrimonial que, en su caso, puedan corresponderles. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, la que en principio podemos decir que es aquella institución que brinda respuesta por parte de la Administración ante la generación de un daño al privado; será pues esta institución materia de análisis en el presente trabajo.

En la **doctrina nacional** se ha indicado que la Responsabilidad Patrimonial de la Administración tiene una doble dimensión: (i) es considerada como un mecanismo de control hacia la Administración que la obliga a responder y reparar en caso de daño al administrado, pero a la vez, (ii) es vista como una garantía a los derechos de los ciudadanos que no deben verse afectados por la actuación de la Administración, en el entendido de que sean cargas que en principio no deben soportar (distintas a cargas tributarias, por ejemplo, que los administrados sí tienen el deber jurídico de soportar) (Morón Urbina, 2015, p.760).

Es importante comentar que nuestra doctrina ha considerado también la idea de que, si bien el Estado actúa en pro del interés general, ello no es sinónimo de que ciertos actos que lleve a cabo no puedan realizar daños y que los mismos deban ser indemnizados[4]; por ello, se deberá verificar en el caso particular si quienes han sufrido perjuicios han soportado una carga especial o distinta a la que en principio debían soportar.

Así también, la **doctrina extranjera**, concretamente el catedrático español Oriol Mir Puigpelat (2002) señala que la función primordial de la responsabilidad patrimonial de la Administración es y deber ser la reparación de daños; refiriéndose a esos daños que pueda producir el giro o tráfico administrativo. Así lo entiende la doctrina administrativista española, cuando afirma que dicha institución pretende, sobre todo, asegurar la integridad patrimonial-la garantía patrimonial- de los particulares (p.144).

Martin Rebollo (1991) citado por Mir Puigpelat (2002), escribió que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido siempre abordada desde la óptica de la garantía que representa para los ciudadanos, pero puede y deber ser contemplada, también desde la perspectiva de la posición constitucional de las Administraciones públicas y de la gestión de los servicios públicos, considerándola como un instrumento idóneo para configurar, modelar y modular la actuación administrativa, que enseña a la Administración cómo debe

[4] (Guzmán Napurí, 2003, como se citó en Villavicencio Escudero, 2018) p. 101.

actuar y cómo no- si quiere evitar tener que indemnizar- y también, en última instancia, es un instrumento que tiene como propósito evitar los daños derivados de la acción pública[5] (p.147).

Compartimos lo señalado por Mir Puigpelat, en relación a que la función principal de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la de reparar daños, mejor conocida como la función reparatoria o compensatoria. Consideramos que es la función principal pero no la única función que tiene la institución; acompañada de otras funciones como la función preventiva, la función de control del buen funcionamiento de los servicios públicos, la función demarcatoria; las cuales se abordarán más adelante.

1.2. Características de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración

A partir de lo señalado anteriormente, entramos a abordar las características básicas de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública**;** según autores como Huapaya Tapia y Sánchez Povis (2020), la primera característica es que se puede originar o generar tanto por los daños causados por actos lícitos como ilícitos (p.259). Consideramos que es una afirmación incorrecta que realmente no se corresponde con lo que la LPAG señala; en realidad lo que predomina es que la Administración responda por los daños causados por **actos ilícitos**, y que la excepción sea que responda por actos lícitos, únicamente en los casos que la Ley expresa y típicamente lo señale (Mir Puigpelat, 2002, p. 64). Actualmente, los actos lícitos son casi indemnes patrimonialmente.

Una interpretación amplia de respuesta ante daños ocasionados por actos lícitos de la Administración podría llevar a un desmedro de la caja fiscal e, incluso, a incentivos perversos por parte del administrado para verse indemnizado por toda actuación lícita desplegada por la Administración (Mir Puigpelat, 2002, p. 43). Sin perjuicio de ello, es bien aceptada en la doctrina una serie de supuestos de responsabilidad patrimonial por actividad lícita, entre las cuales se destacan comúnmente la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles de particulares; los daños producidos por actuaciones materiales que suponen el resguardo de la seguridad y paz de la sociedad; los daños por afectación al principio de confianza legítima del administrado por la anulación de actos administrativos[6]; entre otros supuestos.

---

[5] (Martin Rebollo, 1991, como se citó en Mir Puigpelat, 2002) p. 147.
[6] (Medina Alcoz, 2006, como se citó en Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020) p. 260

Por otro lado, según lo señalado en la LPAG, podemos afirmar que la Administración es patrimonialmente responsable frente los administrados por los daños **directos e inmediatos** causados por los actos de la Administración o lo servicios públicos directamente prestados por aquellas. Lo cual no determina que la Responsabilidad Patrimonial sea directa; hay la posibilidad que surja una responsabilidad indirecta en ciertos casos. Huapaya Tapia y Sánchez Povis (2020), afirman que la responsabilidad patrimonial tiene **carácter extracontractual**, debido a que surge al margen de la relación jurídica contractual que pudieran tener el administrado y la Administración (p. 260). En el mismo sentido, se afirmó Mir Puigpelat (2002), cuando señala que la responsabilidad extracontractual de la Administración (Artículo 106.2 CE), finalmente, cubre los daños derivados incidentalmente de la actuación administrativa, no exigidos directamente por el interés general, y constituye una institución de garantía residual, que interviene sólo en defecto de la delimitación y la expropiación ajustadas a Derecho (p.128). Coincidimos con lo señalado por los autores señalados, y es relevante mencionar que más adelante realizaremos un análisis sobre en qué casos corresponde que la Administración responda por los daños causados por los terceros que actúan en nombre de ella y el derecho que tiene de repetir contra ellos.

Así también, es importante señalar que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta deberá **ser determinada judicialmente.** Esta característica exige, en el ordenamiento peruano, la necesidad de iniciar un **proceso contencioso administrativo** en el cual se determine la responsabilidad y la indemnización que debe asumir la Administración por la acción u omisión desplegada. Como veremos más adelante, este cauce procesal es trascendental para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración y el pago de la correspondiente indemnización a favor del administrado afectado, debiendo prestar especial atención a las pretensiones que este proceso judicial reconoce al particular.

Pese a que un sector de la doctrina nacional señala que la responsabilidad de la Administración es objetiva (Morón Urbina, 2017, p. 537); es decir, que tiene lugar independientemente de que exista culpa, negligencia o dolo; consideramos que la responsabilidad actual es cada vez más **híbrida,** con tendencia a la culpa. Al igual que Huapaya Tapia y Sánchez Povis, no adoptamos la posición por la cual la Administración debe responder amplia y objetivamente por todo daño que su actuación lícita e ilícita produce[7]. Si bien por

[7] En el mismo sentido se ha afirmado Baca Oneto, V. ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa (2010).

mucho tiempo se ha defendido una respuesta absoluta por parte de la Administración por los daños que su actuación genera, lo cierto es que la crítica se ha dirigido a cuestionar últimamente la característica de "objetiva" de la Administración Pública, sobre todo en el ordenamiento español, en el cual esta posición inicialmente se originó[8]. Por ello, no debemos asemejar el régimen de responsabilidad patrimonial con un aseguramiento universal[9] contra todo riesgo y/o daño generado por la Administración, labor para la cual no está llamada ni preparada. Actualmente, la responsabilidad objetiva casi ha desparecido.

En principio, si las personas jurídicas nunca pueden ser culpables, pues la culpabilidad sólo puede predicarse de las personas físicas a través de las cuales actúan, no tendríamos más solución que una responsabilidad objetiva. Sin embargo, Morón Urbina (2009) también afirma que la Administración Pública sólo será responsable cuando exista un factor de atribución, que puede ser "e**l funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración con relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente […] y el riesgo creado por la acción estatal** (p. 757)**.**

Sin embargo, no hay verdaderos inconvenientes para que las administraciones sean subjetivamente responsables, ya sea considerándolas directamente como "culpables", como se ha admitido incluso en el ámbito penal debido a las infracciones causados por defectos de organización, o admitiendo que los titulares son (o se presumen, más bien) "objetivamente culpables" cuando se apartan de unos parámetros de normalidad del servicio (Mir Puigpelat, 2002, p. 256).

Vignolo Cueva (2013) señala que lo importante de las referencias extranjeras, será repensar en qué estamos y qué queremos, pues nosotros no tenemos los problemas de viabilidad y descobijo de la caja fiscal (al contrario, seguimos viviendo en la ofensiva indemnidad administrativa que aqueja a los ciudadanos), ya que simplemente hemos abandonado la aplicación del régimen objetivo implantado en el año 2001 por la LPAG. Al parecer, la crisis de éste nació con la vigencia de la norma, una omisión de los mismos actores físicos que nunca le permitió desplegarse por fuera del texto positivo. Casi sin entender su fisonomía, adicionalmente la reforma del 2008 ha desmontado ciertas piezas de la universalización del daño antijurídico, por ello, existen más que indicios de una lenta transición hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial. Afirma que lo importante será encontrar la cura ante

[8] El sistema de responsabilidad objetiva global ha sido fundamentado teóricamente, sobre todo, por García De Enterría. (García de Enterría, 1956, como se citó en Mir Puigpelat, 2002). p. 29.

[9] Así lo critica también Mir Puigpelat, O. La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema. (2002)

tanto mal y tanta agresión patrimonial impaga cometidas por nuestras organizaciones administrativas, situación que sigue siendo un lastre de nuestro Estado de Derecho, y que podría remediarse -quizás sin querer y saberlo- con esta mixtura de datos y conceptos que supera los problemas demostrados que tiene la responsabilidad objetiva traída desde España. Es sólo cuestión de aprovechar la oportunidad y practicar realmente lo que tengamos, el resto de beneficios vendrán por añadidura (p. 78).

Nos adherimos a lo señalado por Huapaya Tapia y Sánchez Povis, pues no consideramos que la responsabilidad de la Administración sea objetiva; esto es, que tenga lugar independientemente de que exista culpa, negligencia o dolo. No consideramos que la Administración debe responder amplia y objetivamente por todo daño que su actuación lícita e ilícita produce; primero porque sería insostenible económicamente para la caja fiscal, y segundo porque definitivamente se tiene que tomar en cuenta el factor de atribución, que puede ser el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración con relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente y/o el riesgo creado por la acción estatal, tema que será desarrollado con más detalle más adelante, cuando abordemos la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Así también, coincidimos con Vignolo Cueva cuando afirma que la reforma del 2008 ha desmontado ciertas piezas de la universalización del daño antijurídico, mostrando indicios de una lenta transición hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial en nuestro país.

Capítulo 2

Régimen Actual y Determinación legal vigente de la Responsabilidad Patrimonial en el Derecho Peruano

Una señal de que nuestro Estado de Derecho aún es incipiente es la escasa aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado por las afectaciones y/o daños que produce a los ciudadanos. En palabras de García de Enterría, referidas a la realidad española de hace algunas décadas, vivimos en la práctica de un estado de irresponsabilidad de la Administración y una insensibilidad generalizada en las autoridades gubernamentales, sumada a una muy común frustración ciudadana por los daños que le infringen las entidades y que se ven obligados a tolerar. Parece que el único espacio en el cual se encuentra un desarrollo razonable de esta institución es en la responsabilidad que afronta el Estado en los estrados internacionales.

2.1. Regulación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública de acuerdo al artículo 260 del TUO LPAG.

En el ordenamiento peruano, el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se ha resumido a una disposición legal establecida en el artículo 260 del TUO de la LPAG, el cual señala lo siguiente:

> 260.1 "*Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas."*[10]

Este artículo señalado fue modificado mediante el Decreto Legislativo N ° 1029 en el año 2008. La versión original, anterior a la modificación, era una clara expresión de lo que anteriormente había establecido la legislación española; incluso no sólo se habían adoptado las virtudes de su desarrollo legislativo, sino también sus defectos, felizmente bastante estudiadas y advertidas por la doctrina española. Sin embargo, con la modificación legislativa realizada,

---

[10] Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N º 1029, publicado el 24 de junio de 2008.

Texto anterior a la modificación:

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.

el caso peruano ha pasado a ser uno peculiar, por lo que se considera conveniente estudiar las disposiciones que la misma contiene e identificar a grandes rasgos en qué consiste el régimen de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

2.2. Sobre las responsabilidades previstas en el Derecho Común y en las Leyes Especiales

En relación a la modificación realizada por el Decreto Legislativo N ° 1029, se tomó la desacertada decisión de introducir en el numeral 238.1 del artículo 238 de la Ley N ° 27444 (actual artículo 260 del TUO de la LPAG) una disposición que señalaba que las entidades debían ser patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos que les causaran sus actos o los servicios públicos directamente prestados por ellas, *sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales*.

Esta última línea trae serios problemas de interpretación, el primer problema es que señala una aparente necesidad de acudir al Derecho común y a las reglas de responsabilidad previstas en la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil[11]; pese a que el artículo 260 del TUO de la LPAG tiene precisamente la finalidad de cubrir dicho ámbito de responsabilidad.

Si bien no podemos negar el origen común que tiene la responsabilidad civil y la responsabilidad de la Administración en el Derecho civil; tenemos que señalar que el régimen de la responsabilidad de la Administración supone un régimen autónomo distinto al régimen que abarca el Derecho Civil Peruano y que, por tanto, merece una disposición especial. Esto no significa apartarse de la finalidad común que cubre al sistema de responsabilidad sino advertir que las normas de responsabilidad del Derecho civil están desarrolladas para aplicarse en una relación entre agentes privados; por ello, si intentan ser aplicadas a la Administración pública –y éste es el segundo problema detectado– implicarían una interpretación forzada y a veces insensata de disposiciones del CC en sede administrativa[12].

De la misma manera, surge la pregunta de si el legislador al modificar dicho numeral 260.1, estaba permitiendo que en algunos casos resulte aplicable la regla de responsabilidad subjetiva prevista en el CC[13], de modo supletorio a lo desarrollado en la LPAG.

---

[11] Se refiere al Libro VII del Código Civil Peruano, Sección sexta (Artículos 1969 al 1988).

[12] (Martin Retortillo, 1996, como se citó en Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020). p. 262.

[13] **Código Civil Peruano**
Sección sexta: Responsabilidad extracontractual
Artículo 1969.-Indemnización por daño moroso y culposo
Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Ello, incluso, no tan acertado, considerando que el artículo 1969 del Código Civil no alude a una regla plenamente subjetiva, toda vez que el dolo o la culpa se presume, correspondiendo su descargo al autor del daño.

Independientemente de la respuesta que se reciba, la introducción de una disposición como la aludida conduciría incluso al exceso de responsabilizar a la Administración por las reglas del actual artículo 260 y, adicionalmente a ello, también hacerla responder en virtud de las reglas del CC (Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020, p. 262).

2.3. Clases de Responsabilidad

Cuando se trata de plantear cuáles son y cuáles deben ser las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta necesario conocer, previamente, las funciones que la doctrina iusprivatista otorga, en general, a la institución de la responsabilidad extracontractual, institución de la que la responsabilidad patrimonial procede (Mir Puigpelat, 2002, p.131). Por ello, en este apartado hemos decidido mencionar la clasificación más tradicional de la responsabilidad civil, la cual toma como criterio el régimen aplicable y que distingue dos clases: **la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.**

La existencia de estos dos bloques de responsabilidad, ha originado la discusión acerca de la relación entre ambas. Un sector de la doctrina señala que se trata de dos clases de responsabilidad que no se interrelacionan, mientras que otro sector señala que en realidad son caras de la misma moneda y conforman un sistema unitario de responsabilidad[14]. En el ordenamiento peruano, la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada, dentro del CC, en un artículo muy distante de la responsabilidad contractual, lo cual insinúa que éstas no guardan conexión.

2.3.1. La responsabilidad contractual

Definiremos a la responsabilidad contractual como aquella que surge cuando el incumplimiento o cumplimiento inexacto de alguna obligación produce un daño. En este caso el deber de indemnizar procede de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido[15]. Esta responsabilidad puede provenir del incumplimiento de cualquier obligación, cualquiera sea su fuente y, siendo así, sería más exacto que se denominara responsabilidad obligacional[16]. Ciertamente, sólo puede existir responsabilidad contractual bajo el presupuesto de una relación obligatoria previamente establecida. A causa de la eficacia inter partes de la relación

[14] (Diez-Picazo, 2011) p. 227. Diez-Picazo L. 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.

[15] (De Ángel Yagüez, 1993, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 35.

[16] (Albaladejo, 2004, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p.35.

obligatoria, sólo podría originar la 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.

En el ordenamiento peruano, la responsabilidad civil contractual se encuentra regulada como un efecto de la inejecución de obligaciones, en el Libro VI del CC[17], «Las obligaciones y sus modalidades». Es decir, al definir la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano se habla de obligaciones, en lugar de estipulaciones contractuales[18].

Según lo señalado anteriormente, podemos decir que la responsabilidad contractual es aquella que surge en el marco de una relación obligacional; esto es, un contrato genera obligaciones para todos o para algunos de los contratantes y, si uno de ellos incumple las obligaciones que le corresponde o las hace de forma tardía o defectuosa, queda obligado a indemnizar a los demás los daños y perjuicios que eventualmente les hubiere ocasionado[19].

2.3.2. La responsabilidad extracontractual

Cabe mencionar que también es conocida como «responsabilidad aquiliana» por su origen en el Derecho Romano, concretamente en la Lex Aquiliae; recibió tal denominación porque esta ley fue propuesta en aquel tiempo por el tribuno Aquilio. En esta clase de responsabilidad, la obligación de indemnizar se origina 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, abarca los daños ocasionados al margen de una relación contractual, se remite, entonces al deber genérico, común a todos los hombres de «alterum non laedere»[20].

Como se señaló líneas arriba, la institución de la responsabilidad patrimonial procede de la responsabilidad extracontractual. Ciertamente, en primer lugar, la función primordial de

---

[17] **Código Civil Peruano**

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

[18] A diferencia del caso español, en cuyo Código Civil, en el artículo 1089, 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.

[19] (De Ángel Yagüez, 1993, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 34.

[20] (De Ángel Yagüez, 1993, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 37.

la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como la de la responsabilidad civil en general, es y **debe ser la función de reparación de daños**, de los daños que pueda producir el giro o tráfico administrativo. Así lo interpreta la doctrina administrativista española, cuando afirma que dicha institución persigue sobre todo asegurar la integridad patrimonial; esto es, asegurar la **garantía patrimonial** de los particulares[21].

Sin duda, no se puede concebir una responsabilidad administrativa que no tenga como objetivo prioritario la compensación de daños, la indemnización de las víctimas. Algunas características del sistema español de responsabilidad administrativa que ponen de relieve la función compensatoria de la misma, consisten en que la responsabilidad de la Administración se origine sólo cuando se haya producido un daño, que la medida de la cantidad de dinero que ésta deberá satisfacer venga determinada por el alcance del daño y que dicha cantidad de dinero sea entregada a la víctima (Mir Puigpelat, 2002, p.144).

En el mismo sentido, De Trazegnies afirma que, si bien el sistema de responsabilidad extracontractual tiene cierto carácter erradicativo, su finalidad principal, como se ha señalado, es la reparación[22].

La medida de realización de la función compensatoria depende, ciertamente, del alcance que reciba el sistema de responsabilidad examinado; es decir, del mayor o menor número de requisitos exigidos para que nazcan la responsabilidad y el deber indemnizatorio que la misma conlleva. Así, la función reparadora será más intensa, por ejemplo, en un sistema de responsabilidad objetiva que en uno basado en la culpa.

En la normativa peruana, los artículos 1969° y 1970° del CC, tratan acerca de los tipos de responsabilidad extracontractual previstos. El primero, la responsabilidad por culpa[23] y el segundo, la responsabilidad por riesgo[24]; en otras palabras, responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, las cuales se desarrollarán con más detalle en el siguiente capítulo.

Parece, en segundo lugar, que la responsabilidad extracontractual de la Administración cumple y debe cumplir, también, una función preventiva. Nada parece oponerse, en efecto, a que la institución de la responsabilidad civil sirva, junto a otros instrumentos (como la responsabilidad penal o disciplinaria) para tratar de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que

---

[21] (García de Enterría, 1984, como se citó en Mir Puigpelat, 2022). p. 144.

[22] (De Trazegnies, 2005, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 38

[23] **Artículo 1969.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

[24] **Artículo 1970.-** Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

satisfacer una indemnización representa. El correcto y completo despliegue de esta función preventiva exige que la responsabilidad civil (y el estímulo que representa) alcance no solo a la Administración, como organización, sino también a las personas concretas físicas que la integran y actúan a su servicio (Mir Puigpelat, 2002, p.145).

Íntimamente vinculada a la **función preventiva** se encuentra una tercera función de la responsabilidad civil, que envuelve especial importancia cuando de lo que se trata es de la responsabilidad de la Administración Pública: **la función de control**; esto es, función de control, en el caso de la Administración, **del buen funcionamiento de los servicios públicos**.

La doctrina administrativa española así ha sabido verlo, dedicando a esta función la atención que merece. García de Enterría (1984) citado por Mir Puigpelat (2002) fue el pionero que detectó esta importante función hace ya más de cuarenta años, cuando escribió que "A través de la verificación de la imputación en estos supuestos (los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración), la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos, como efectivamente viene realizando en Francia el *Conseil d´État* (p.146). De esta manera, al mismo tiempo que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se ejercita un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional media, que puede operar visiblemente en nuestra un tanto debilitada Administración.

Punto de referencia obligado resulta, sin lugar a dudas, Martín Rebollo (1991) citado por Mir Puigpelat (2002), el autor que más ha insistido en la importancia y alcance de esta función de la responsabilidad de la Administración. Para Martín Rebollo, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido siempre planteada desde la óptica de la garantía que representa para los ciudadanos, pero puede y debe ser contemplada, también, **desde la perspectiva de la posición constitucional de las Administraciones y de la gestión de los servicios públicos** (p.147). Desde esta segunda perspectiva, la responsabilidad extracontractual de la Administración aparece como un principio de orden, como un instrumento más de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que sirve (en la medida en que la eficacia depende también de los sistemas de control) **al principio constitucional de eficacia**. Para este autor, la responsabilidad es un instrumento idóneo para configurar, modelar y modular la actuación administrativa, que enseña a la Administración cómo debe actuar y cómo no, si quiere evitar tener que indemnizar; y así también ayuda a evitar los daños derivados de la acción pública[25].

[25] (Martín Rebollo, 1991, como se citó en Mir Puigpelat, 2002) p. 147

En opinión de Mir Puigpelat, este planteamiento solo puede merecer adhesión**;** la institución puede y debe servir para controlar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Este autor considera que es una función que no se debe malograr y que conviene potenciar, sobre todo teniendo en cuenta que la Administración, a diferencia de los particulares, está en manos de la colectividad, es una organización instrumental, que se explica y justifica únicamente por el servicio que presta los ciudadanos y que por ello se encuentra sometida, por definición, a control en toda su actividad: mientras los particulares se presumen libres, pueden hacer todo aquello que el ordenamiento no les prohíba expresamente (principio de libertad: artículos 1.1. y 10.1 de la CE), la Administración Pública parte del principio contrario: sólo pude hacer aquello que el ordenamiento; es decir, lo que la colectividad le permita hacer expresamente (principio de legalidad).

En la normativa española, el principio de legalidad se encuentra regulado en los artículos 9.3. y 103.1 de la CE). En la normativa peruana el principio de legalidad se encuentra regulado en el apartado del Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo, de la LPAG.[26].

Esta diferencia básica entre la Administración y los particulares justifica que la función de control propia de la responsabilidad civil reciba un especial énfasis cuando se predica de la primera. El control de la actividad administrativa que puede hacerse a través del instituto de la responsabilidad patrimonial es realmente importante. Cuando la Administración se ve involucrada en la producción de un daño, primero se inicia un procedimiento a nivel administrativo, y luego si la víctima decide interponer un recurso contencioso-administrativo, se iniciará un proceso a nivel judicial en el que se ventilará la eventual responsabilidad civil de la Administración; en tal proceso se descubrirá cuál ha sido el funcionamiento concreto del servicio público, se comparará con el funcionamiento esperado o incluso exigido de dicho servicio y se detectarán los errores y disfunciones en que el mismo haya podido incurrir. Se constatará, en definitiva, parafraseando a García de Enterría, "un saludable control" de la actuación administrativa; un control que, naturalmente será contingente, individual y aislado, y

[26] **TUO de la Ley N ° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General:**
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
1.1. Principio de legalidad.
- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

por ello no podrá reemplazar a otras formas de fiscalización; pero sí podrá y deberá complementarlas y reforzarlas[27].

La cuarta función de la responsabilidad patrimonial de la Administración que vamos a mencionar es la **función demarcatoria**. El conjunto normativo regulador de la responsabilidad de la Administración debe configurarse no como un conglomerado de preceptos oscuros e inconexos, **sino como un sistema[28];** es decir, como un sistema que demarca, delimita con claridad y precisión qué actuaciones públicas generarán el deber indemnizatorio y qué actuaciones por exclusión no lo generarán.

Las normas de responsabilidad administrativa sirven y deben servir, para definir con claridad el ámbito de actuación libre; es decir, el ámbito de actuación libre de responsabilidad y libre de carga indemnizatoria, de la Administración. Esta función fundamental en todo sistema de responsabilidad civil, se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad de certeza del Derecho, necesidad expresada técnicamente a través del principio de seguridad jurídica; en la normativa española, establecido y garantizado, por la CE en su artículo 9.3; principio que es imprescindible tanto para el interés general y para el correcto funcionamiento de los servicios públicos como para los propios ciudadanos. En la normativa peruana, el principio se denomina principio de predictibilidad o de confianza legítima y se encuentra regulado en el artículo IV. Principios del procedimiento administrativo de la LPAG[29].

---

[27] Se trata de un control que se efectúa, caso a caso, mejor dicho, daño a daño (esto es, solo cuando se producen resultados lesivos), y que depende en gran medida (aunque se permita la iniciación de oficio del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, se trata de una posibilidad prácticamente inédita) de la víctima y de su disposición y capacidad en gran parte económica para reclamar.

[28] La necesidad de que las normas sobre responsabilidad civil de la Administración española configuren un verdadero sistema deriva, al más alto rango normativo, del mandado constitucional contenido en el artículo 149.1.18 de la Constitución Española.

[29] **TUO de la Ley N ° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General**

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(…)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

Como podemos observar, las funciones señaladas se relacionan unas con otras; y esta última función demarcatoria se vincula estrechamente con una de las variables de la presente tesis, que es la regulación normativa de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en nuestro país. Más adelante analizaremos si la normativa peruana sobre responsabilidad extracontractual de la Administración cumple o no esta importante función.

También es necesario afirmar que la existencia de estos dos bloques de responsabilidad (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual), ha originado la discusión acerca de la relación entre ambas. Cierto 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 ello conforman un sistema unitario de responsabilidad[30].

En algunos sistemas, como el español, se prevé la concurrencia de ambas, y siendo posible y necesario, la víctima puede optar por ejercitar alternativamente cualquier de las dos acciones o, en todo caso, el juez pude aplicar la que mejor se acomode al caso[31].

En el ordenamiento peruano la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada, dentro del CC, en un apartado muy distante de la responsabilidad contractual, lo cual podría sugerir que estas no guardan conexión. Sin embargo, aceptamos la tesis unitaria de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues ya sea extracontractual o contractual, ambas persiguen mismos fines, afirmación que es concordante con la posición de la doctrina mayoritaria, pues la finalidad esencial de la responsabilidad civil, es la reparación del daño ocasionado al agraviado (Vásquez Ferreyra, 1993, p. 124).

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema a través de sus resoluciones judiciales ha desarrollado lineamientos de viabilidad de la teoría unitaria en la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico peruano. Un ejemplo es el caso **Otilia Consuelo Bautista Lizarbe vs. Empresa Shougang Generación Eléctrica S. A.A.**, correspondiente a la Casación N ° 3449-2014-ICA, publicada el 30 de marzo del 2016 y emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema; cuya sumilla es la siguiente:

> ***INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS***. ***SUMILLA****: "No se ha configurado la causal de improcedencia de la demanda prevista en el artículo 427°*

[30] 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.

[31] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho..., cit., p. 540.

inciso 5) del Código Procesal Civil, porque la parte demandante ha expresado en forma clara y precisa el petitorio de su demanda y los fundamentos que la sustentan, al solicitar una indemnización por daños y perjuicios por fallecimiento del padre de sus hijos en ejecución de labores para los cuales no había sido contratado; y si bien es cierto que la accionante ha invocado las normas sobre la responsabilidad extracontractual, es el juez quien debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, en observancia del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; por lo que en el presente caso corresponde a la Sala Superior resolver el fondo de la controversia; tanto más si las diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual no constituyen impedimento para que se entienda que la reparación del daño es el aspecto que debe orientar la actuación del órgano jurisdiccional al momento de resolver las demandas de responsabilidad civil."[32]

El caso en concreto trata sobre Ronald Otto Campana Tapia, quien trabajaba para la Empresa Shougang Generación Eléctrica Sociedad Anónima Abierta, como ayudante mecánico de planta y fallece como consecuencia de una descarga eléctrica al desempeñar labores para las cuales no había sido contratado, pero que las realizó por indicaciones de su supervisor Edson Humberto Morales Ortega, al ordenar que el occiso hiciera limpieza de paneles eléctricos con plena conciencia que solo era ayudante de mecánico. Ante tal evento lamentable, doña Otilia Consuelo Bautista Lizarbe, representando a sus menores hijos de iniciales D.A.C.B, y R.G.C.B, quien es conviviente del fallecido señor Ronald Otto Campana Tapia, interpone demanda de indemnización en contra de la Empresa Shougang Generación Eléctrica S.A.A., por los daños ocasionados; monto de indemnización ascendente a la suma S/.720. 000. 00 soles, más el interés legal.

Mediante sentencia de primera instancia contenida en la Resolución número veintitrés, de fecha cuatro de octubre de dos mil trece, el Juzgado Mixto y de Investigación Preparatoria de Marcona de la Corte Superior de Justicia de Ica, declara fundada en parte la demanda y ordena que los demandados Empresa Shougang Generación Eléctrica Sociedad Anónima Abierta y Edson Humberto Morales Ortega paguen en forma solidaria la suma de trescientos treinta mil soles (S/.330,000.00) correspondiendo la suma de cincuenta mil soles (S/.50,000.00) por Daño Emergente, doscientos cincuenta mil soles (S/.250,000.00) por Lucro Cesante y

[32] Casación Publicada en el Diario Oficial el peruano, con fecha 30 de marzo del 2016, Cuadernillo N ° 712.

treinta mil soles (S/.30,000.00) por Daño Moral) a favor de los menores hijos de quien en vida fue Ronald Otto Campana Tapia por concepto de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual. De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que el A quo ha establecido que el occiso Ronald Otto Campana Tapia fue contratado para el programa de mantenimiento de planta, específicamente como ayudante de mantenimiento mecánico; sin embargo, el día de los hechos el citado trabajador realizaba a labores ajenas a su habitual trabajo al realizar labores de alto riesgo sin instrucción previa alguna y no comprendidas en el contrato de trabajo, por lo que no se trata de un conflicto derivado de una obligación laboral, sino de una actividad realizada al margen del contrato laboral, de lo que se desprende que los superiores del occiso en un ejercicio de abuso de poder y de derecho ordenaron realizar labores extracontractuales. Sin embargo, el órgano jurisdiccional superior revocó la sentencia, en la cual señala que se está frente a una responsabilidad meramente contractual por haber mediado una relación de carácter laboral, y la demandante percibía una pensión de sobrevivencia por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – SCTR, el cual otorga cobertura por accidentes de trabajo; no obstante, lejos de pronunciarse sobre el fondo de la litis, revoca la apelada que se pronuncia sobre la responsabilidad extracontractual y declara improcedente la demanda, vulnerando los principios del ordenamiento jurídico consagrados en los artículos I y III del Título Preliminar, 1, 50, inciso 6 y 121 del Código Procesal Civil.

Finalmente, la Corte Suprema precisa que resulta irrelevante si la responsabilidad es contractual o extracontractual, siempre que el daño sea resarcido, en consecuencia, casó la sentencia de vista, la cual fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 30 de marzo del 2016. A partir del análisis de este caso concreto podemos explicar cómo las instancias de la justicia ordinaria, incluyendo la Corte Suprema, difieren en sus criterios para determinar el régimen de responsabilidad civil extracontractual y contractual en un caso en particular, en el que concurrirían ambos regímenes de responsabilidad civil, resultando evidente las diversas formas en las que las instancias del Poder Judicial afrontan la problemática de los sistemas de responsabilidad civil; la misma que resulta muy desatinada y representa un peligro para el justiciable que acude al Poder Judicial en busca que su pretensión se vea satisfecha.

Los jueces supremos en última instancia, en la citada casación no abordan la identificación del régimen de responsabilidad civil aplicable al caso concreto dejando ese trabajo a los jueces superiores. En vez de resolver el litigio y determinar qué régimen de responsabilidad civil concurre al caso de autos, se limitan a indicar que no es relevante determinar el régimen de responsabilidad aplicable al caso sub litis. A nuestra posición, la situación hubiera sido más clara si se identifica el tipo de daño causado a los menores objeto de

autos representados por su señora madre doña Otilia Consuelo Bautista Lizarbe; hecho que no fue advertido por el órgano jurisdiccional en ninguna de las instancias, pues en el presente caso la demanda fue interpuesta por la conviviente del trabajador fallecido, no a título personal sino en representación de los hijos del señor Ronald Otto Campana Tapia; siendo estos las víctimas de los daños que se reclaman, dado que entre los menores de edad y la empresa no existe ningún tipo de vínculo; por lo que la responsabilidad es de naturaleza extracontractual.

En ese sentido, si se identifica los daños alegados por la víctima, el panorama se aclara, ya que los daños sufridos por los hijos del occiso el señor Ronald Otto Campana Tapia son diferentes a los que hubiera podido plantear el trabajador en caso estuviera con vida, en el marco de una relación contractual, lo cual determina la diferencia del régimen de responsabilidad civil aplicable al presente caso. Pero más allá de lo expuesto precedentemente, aquella problemática se resolvería si en virtud de la concepción unitaria de la responsabilidad civil que presenta la Corte Suprema, conforme se puede advertir en su noveno considerando de la referida Casación, el juez ante todo procure el resarcimiento del daño que se le causó a la víctima, aunque se haya demandado en un régimen distinto.

2.4. Actos por los cuales debe responder patrimonialmente la Administración

Para analizar los actos por los cuales responde patrimonialmente la Administración, comenzaremos señalando que el numeral 260.1 del artículo 260 menciona que la *Administración responde por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por ella*[33]. Con esta disposición, el artículo 260 está haciendo referencia a toda actuación administrativa, lo cual no se resume a los actos administrativos[34], sino que también comprende las demás actuaciones administrativas

[33] **TUO de la Ley N ° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**
CAPÍTULO I
Responsabilidad de la administración pública
Artículo 260.- Disposiciones Generales
260.1. Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

[34] **TUO de la Ley N ° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.**
Artículo 1. - Concepto de acto administrativo
1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
1.2 No son actos administrativos:
1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

como son las actividades materiales de las entidades e incluso también la omisión. Por su lado, la mención a los servicios públicos directamente prestados por la Administración no se refiere en estricto a los servicios públicos económicos que se encuentran en titularidad de la Administración, sino genéricamente equipara el concepto de servicio público al despliegue de la función administrativa.

Cabe señalar que una parte de la doctrina en el ordenamiento peruano, específicamente Morón Urbina, concuerda en sostener que los daños tutelados por la responsabilidad patrimonial de la Administración pueden **originarse tanto en actos lícitos como en actos ilícitos**[35]**;** esta postura es defendida, debido a que el modelo peruano siguió normativamente el mismo modelo español de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el cual las entidades se encuentran sujetas a un régimen amplio de responsabilidad patrimonial, respondiendo por todos sus actos, tanto ilícitos como lícitos.

Según Huapaya Tapia y Sánchez Povis (2020), una disposición que expresa supuestos de responsabilidad por actos lícitos se recoge en el numeral 260.3 del artículo 260, el cual señala que *la declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización* (p. 264). Sin embargo, consideramos que esta cláusula excluye casi completamente la responsabilidad por actos lícitos y la convierte en **discrecional**.

Por otra parte, aunque se encuentra sujeta a un amplio régimen de responsabilidad patrimonial; en algunos supuestos la Administración no responde por las lesiones que su actuación produce. Ello se puede verificar en la inclusión expresa en el artículo 260 de un conjunto de "causas no imputables", por las cuales la Administración no responde patrimonialmente o queda exenta de responsabilidad. Así pues, el citado artículo señala:

> "***Artículo 260.- Disposiciones Generales***
> (…)
> *260.2 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*

[35] (Morón Urbina, 2014, como se citó en Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020). p. 263

el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias".

De la lectura del artículo anterior, se observa que el legislador consideró como "causas no imputables" a la fuerza mayor o caso fortuito; al hecho determinante del administrado damnificado o de un tercero; y, a la actuación razonable y proporcional en defensa de la vida, la integridad y los bienes de las personas o los bienes públicos[36].

Es curiosa la consideración del "deber jurídico de soportar el daño" como supuesto de exoneración de responsabilidad, figura con la cual podría abrirse la posibilidad de excluir el pago de una indemnización al administrado bajo un concepto que no cuenta con una definición clara, al menos no a partir del modo en que se la recoge en el TUO de la LPAG.

Parece ser que el "deber jurídico de soportar" hace alusión a los daños provocados por actos lícitos y no ilícitos; pues sería ilógico afirmar que el TUO de la LPAG admite la existencia de actos ilícitos cuyos daños ocasionados deben ser soportados por el administrado. Bajo esta interpretación, entonces, Huapaya Tapia y Sánchez Povis (2020) señalan que el objetivo del legislador al considerar el "deber jurídico de soportar el daño" como supuesto de exoneración de responsabilidad, estaría apuntando más bien a supuestos en los cuales los daños producidos por ciertos actos lícitos de la Administración se encuentran exentos de compensación; y están fuera de la amplitud de supuestos tutelados por el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración (p.264).

2.4.1. Daños por los cuales responde la Administración

Según lo establecido en el numeral 260.1 del TUO de la LPAG, el daño por el cual responde la Administración debe ser un daño directo e inmediato, el cual alude ciertamente al nexo causal entre el daño y la actuación que lo produce, admitiendo lo que en la doctrina se identifica bajo la denominada teoría de la "causa adecuada". Siguiendo esta teoría, el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración considera que los daños son atribuibles

[36] i) El caso fortuito o fuerza mayor: el daño resulta de un acontecimiento, previsto e imprevisto, pero en todo caso irresistible y ajeno al ámbito dominado por o a la disposición del demandado, en cuanto exterior a su propia organización o esfera de actividad, lo que excluye el deber de reparar dicho daño.

ii) Hecho determinante del propio damnificado o de tercero. Así, por ejemplo, aquel ciudadano que participa en una revuelta estudiantil y, por los excesos del mismo, es agredido por las fuerzas del orden.

iii) Actuación razonable y proporcional en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos, como puede ser el caso por ejemplo de los daños que ocasione una intervención policial en una persecución vehicular contra un grupo de secuestradores.

a una actividad, cuando producida ésta, el daño resulta ser consecuencia adecuada de la misma. Siendo así, esta disposición tiene el objetivo de identificar hasta qué punto determinados daños deberán ser imputados a la actuación de la Administración y cuáles otros deberán estimarse, al contrario, ocasionados como resultado de una circunstancia que escapa a la que originó directamente una determinada actuación administrativa.

En virtud de lo señalado por el numeral 260.4 del TUO de la LPAG, *el daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos*. De su lectura, puede interpretarse que el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración comprende dentro de su ámbito de aplicación únicamente aquellos daños que, por un lado, son ciertamente concretos y recaen directamente en el patrimonio de un administrado o grupo de administrados y, por el otro, **exceden también lo que podría considerarse una carga común de la vida social (García de Enterría, 2006, p. 67)**.

Asimismo, la mención que realiza el numeral 260.4 sobre el carácter "valuable económicamente" podría generar algunas dudas sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral y el daño a la persona. Empero, el numeral 260.5 señala que *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*"; de manera que podría interpretarse como tutelados dentro de estos dos últimos los daños directos que la actuación administrativa ocasione sobre derechos de carácter no patrimonial del administrado, como son la salud, la integridad personal, entre otros. Con esta disposición, por consiguiente, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración excede la tutela de la garantía patrimonial del administrado e involucra, más allá de ella, la protección de bienes y derechos no patrimoniales del administrado.

En suma, según el numeral 260.4, se debe entender que la indemnización que se le otorgará al administrado afectado debe suponer una reparación integral por el daño que la actuación administrativa le causó. Esto implica que al administrado se le debe restituir su patrimonio al valor del que gozó con anterioridad al suceso dañoso; pero no sólo ello, en la cuantía de la indemnización también deberá incluirse el importe referido al lucro cesante, de manera tal que se proteja efectivamente al administrado (Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020, p. 265).

2.4.2. Derecho de la Administración a repetir contra los funcionarios responsables y demás personal a su servicio.

Así también, el artículo 260.6 del TUO de la LPAG indica: *Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente contra las 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.*

Aunque el administrado se dirige contra la Administración Pública por las lesiones derivadas de actos administrativos o servicios públicos a su cargo, queda pendiente resolver el problema de a quién corresponde asumir finalmente el perjuicio ocasionado, optando entre la Administración (por tanto, todos los contribuyentes) y las autoridades estatales que directamente lo provocaron. El numeral 260.6 establece un instrumento destinado a habilitar el reparto definitivo de la carga indemnizatoria, a través de la acción de repetición que las entidades pueden realizar contra las autoridades y demás personal a su servicio por la responsabilidad en que hubieran incurrido.

De esta manera, a través de la repetición, según Morón Urbina (2009) se pretende activar la responsabilidad interna del funcionario para con la Administración, por el dolo, culpa o negligencia con la que hubiese actuado y siempre que no existan causales que lo eximan de responsabilidad (p.759). La acción de repetición se analizará y resolverá en un proceso judicial; sin embargo, *la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.*

Es necesario mencionar que la acción de repetición no es una atribución opcional o meramente posible para las autoridades superiores; en realidad, cuando una autoridad cumpla con la sentencia judicial de pago de la indemnización por la actuación administrativa, deberá analizar si en la gestación y producción del perjuicio es posible identificar como causa un comportamiento imputable a alguna de sus autoridades, en los términos que se refiere el artículo 260.6. Si existe esta causalidad, estará sujeta al deber inherente a toda autoridad pública, de agotar los medios existentes a su alcance para resarcir el patrimonio público (Morón Urbina, 2009, pp. 759-760). Por ello, esta repetición es una obligación que debe ser exigida por la Administración de oficio y no queda condicionada a su mera discrecionalidad[37].

[37] (Morón, 2014, como se citó en Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020). p. 265

2.5.Supuestos de exoneración de la Responsabilidad Patrimonial

2.5.1. Caso fortuito y fuerza mayor

En este apartado vamos a repasar y hablar sobre el primer párrafo del numeral 260.2, el cual señala que *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*.

Sabemos que existe una discusión doctrinal sobre si "caso fortuito" y "fuerza mayor" significan lo mismo o en caso de ser diferentes, se debate sobre cuáles son las características de cada uno. La doctrina mayoritaria se ha inclinado a favor de distinguir ambos conceptos; sin embargo, no hay consenso en cuanto a los criterios que los diferencian. Siendo así, vamos a revisar los principales criterios diferenciadores que la doctrina ha propuesto.

El primer criterio propuesto es el de la «evitabilidad mediante la previsión» que defiende que el caso fortuito es un suceso imprevisible mediante una diligencia normal; sin embargo, de haber tenido una mayor diligencia, se podría haber previsto y podría haberse evitado. La fuerza mayor, en cambio, es inevitable incluso habiéndose previsto.[38]

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 ende, las circunstancias que lo causan son propias del desenvolvimiento de la relación, será caso fortuito; si se trata de un hecho absolutamente externo a ella será fuerza mayor[39].

También existe un tercer criterio, que es el adoptado por el ordenamiento español, y se basa en la gravedad del suceso para calificarlo. Si es poco grave, se califica como caso fortuito; si es muy grave, como fuerza mayor.

En la normativa peruana, existe una "particularidad", que se expresa en el artículo 1315° del CC: la equiparación entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Como se encuentra redactado parece que ambos términos son sinónimos, pues el mencionado artículo señala lo siguiente:

> ***Artículo 1315.-*** *Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

[38] (Albaladejo, 2004, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 39
[39] (Albaladejo, 2004, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 40

Siendo así, consideramos que hacer uso del verbo "ser", sin ninguna precisión adicional implica una definición concluyente[40]. No existe mención a cada término en particular, sino que siempre se hace de manera conjunta, lo cual intensifica la idea de que para el ordenamiento peruano ambos términos son sinónimos**.**

En los sistemas de responsabilidad por culpa, la diferencia entre "caso fortuito" y "fuerza mayor" es innecesaria, o se diluye en la práctica, pues ambas presuponen la falta de negligencia y, por tanto, excluyen la responsabilidad. Al contrario, es esencial diferenciarlas en los sistemas de responsabilidad objetiva, ya que si se responde sin necesidad de culpa y es notorio que en algunos casos no puede atribuírsele responsabilidad al causante del riesgo, pues el daño no se produce como consecuencia de una concreción de aquel, tiene que existir algo en el medio[41]. Esto es, si no se requiere culpa y no se responde por fuerza mayor, algo debe estar en el medio, papel que ocupa, a partir de la distinción introducida por EXNER, el caso fortuito[42]. A partir de este autor, aunque cada vez con mayor precisión técnica, es más habitual diferenciar entre ambas figuras a partir del carácter interno o externo del evento dañoso en relación con la actividad riesgosa. Así, mientras que en los supuestos de fuerza mayor el hecho es externo; en los supuestos de caso fortuito, el evento sucede dentro del ámbito de riesgo de la actividad; y mientras que en los primeros se dan plenamente los caracteres de irresistibilidad (o inevitabilidad) e imprevisibilidad; este último no se da del todo en los segundos, pues si bien el evento dañoso concreto es imprevisible, no lo es que se produzca.

No obstante, en el Derecho Civil Peruano estas afirmaciones deben ser matizadas; admitiendo las concepciones propias de la pandectística, y siguiendo lo dispuesto por el Código francés y el italiano, dictados antes de que se extendiera la responsabilidad objetiva y la consecuente necesidad de establecer un ámbito por el que se responda sin culpa y que no constituya fuerza mayor, el art. 1972 del CC señala que "*En los casos del artículo 1970*[43]*, 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*

---

[40] Si hubiera sido con una intención diferente, se pudo 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.

[41] Sobre esta cuestión, véase REGLERO CAMPOS, L.F., "El nexo causal…", cit., pp.343 y ss.

[42] (Exner A., 1905, como se citó en Baca Oneto, 2010) p. 239

[43] **Código Civil Peruano**

(…)

Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

daño"[44]. Por ende, la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito sería solamente teórica, lo que complica innecesariamente la determinación del ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, vamos a dejar las críticas sobre este sistema para los civilistas, aunque era prudente hacer un pequeño repaso de este punto, ya que tiene consecuencias directas en la interpretación del régimen jurídico diseñado por la LPAG.

2.5.2. Hecho determinante de la víctima o de tercero

Como señalamos previamente, el CC en su artículo 1972, establece 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".*

Al respecto, la doctrina indica que la intromisión del tercero habrá que evaluarse y tendrá que determinarse si con esa intervención se contribuye al resultado dañoso, ya sea culpa común o coautoría, en este último caso responderá junto con los demás intervinientes; o también se determinará si por el contrario, la participación causal del tercero absorbe por completo la del demandado. En este último supuesto, esa intervención constituirá un supuesto de exoneración de responsabilidad[45].

Cabe señalar que el hecho del tercero podrá ser una conducta activa o una omisiva (acción u omisión). Esto es, puede consistir en una irrupción en el campo de actividad del demandado, de modo que el hecho posterior atribuible materialmente a éste no le haga ser sino un simple instrumento de una fuerza insuperable; o también puede tratarse de una conducta omisiva, lo cual sucederá cuando sobre el tercero recaiga un deber de actuar (deber de seguridad, guarda o custodia) y cuya omisión repercute absolutamente imprevisible e inevitable en la órbita del agente.

El artículo señalado anteriormente 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 del hecho determinante de la víctima o de tercero y los ya comentados de caso fortuito y fuerza mayor es la "ajenidad" del presunto autor en la causa del daño. Esto es, escapan al transcurrir de los hechos y en esa medida se deben presentar como una "alteración"

---

[44] **Código Civil Peruano**
(…)
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, del hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

[45] (Reglero Campos, 2002, como se citó en Vilela Rivas, 2018).

del procedimiento causativo o también como los hechos que absorben la autoría del resultado. No obstante, 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 es necesario calificar la intención o el comportamiento de la víctima; basta, como hemos dicho, que su conducta sea determinante y excluyente"[46] .

2.6. Indemnización por daños y perjuicios

El CC señala expresamente en los artículos 1969 y 1970, lo siguiente:

(…)

> ***Artículo 1969.-*** *Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.*
>
> ***Artículo 1970.-*** *Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.*

En tal sentido, 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 obligaciones (Diez-Picazo, 2011, p. 501).

Hay que tener en cuenta que esa indemnización que recibirá la víctima es en razón de un daño que ha padecido. Siendo así, 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 patrimonial (Diez-Picazo, 2011, p. 329).

---

[46] (Vega Mere Y., 2007, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p.43

El daño es uno de los presupuestos para que se active el mecanismo de la responsabilidad patrimonial. Sin el daño o lesión no hay obligación de indemnizar o resarcir pues no hay nada que reparar y la **función primordial de la responsabilidad patrimonial es la compensatoria,** como ya se señaló líneas arriba.

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 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 repararse[47]**.**

En relación a la naturaleza del bien dañado, podemos señalar que los daños se dividen en dos grandes bloques: **los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales**. Esta clasificación es importante a la hora de evaluar los daños ya que para ello se debe seguir criterios diferentes, dependiendo de la naturaleza del daño sufrido.

Al respecto, el **CC establece en el artículo 1985 que la indemnización comprende el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral[48]**. Ahora veremos en cuál de los dos grandes bloques de daños, que hemos señalado antes, se enmarcan los daños considerados por nuestra legislación.

2.6.1. 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 cual significa que debe determinar el *quantum* en el momento de la valoración y no cuando se produjo el daño[49].

El daño patrimonial tiene las siguientes características: 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. El daño patrimonial puede ser daño emergente o lucro cesante.

---

[47] (Vicente Domingo E., 2002, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p. 45

[48] **Código Civil Peruano**

(…)

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

[49] (Vicente Domingo E., 2002, como se citó en Vilela Rivas, 2018). p. 45.

2.6.1.1. Daño emergente. Es el coste de la reparación necesaria del daño causado y los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio.

Deben ser daños efectivamente producidos porque debe tratarse de gastos efectivamente realizados y, por supuesto, conectados casualmente 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 daño (Diez-Picazo, 201, p. 345).

2.6.1.2. Lucro cesante. Se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo[50]. 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 daño.

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 truncadas.

2.6.2. Daños extrapatrimoniales o morales

El mencionado artículo 260 en su numeral 5 establece que la indemnización comprende, además del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, de manera que podría entenderse cubierta de 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 otros (Sánchez Povis, 2015, p. 330).

Los daños extrapatrimoniales son los daños que 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.

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 acomoden 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 establecer el equilibrio roto (pretium doloris), siendo posible, gracias al dinero o

[50] (Vicente Domingo E., 2002, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p.46

compensación económica, 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 (Diez-Picazo, 2011, p. 346).

Coincidimos con lo señalado con Mir Puigpelat acerca de que la función primordial de la responsabilidad patrimonial es la función compensatoria, pero las otras funciones mencionadas como la preventiva, de control y la demarcatoria también la complementan y se relacionan una con la otra.

Consideramos que la función demarcatoria también toma relevancia en este trabajo en relación a la deficitaria regulación que existe en el Perú; pues al no delimitar qué actuaciones derivarán en responsabilidad para la Administración, impide que se cumpla esa función demarcatoria, y así tampoco se cumple la función compensatoria.

Discrepamos con lo que señala Morón Urbina en relación a que en el ordenamiento público peruano, toda omisión y actuación-formal o material-desplegada por la Administración, está sujeta, en tanto produzca una lesión al administrado, al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. En este punto, opinamos que **no toda** omisión va a derivar en responsabilidad de la Administración, sino que será necesario analizar el caso en concreto y determinar bajo qué título de imputación respondería, en relación a la prestación de servicios públicos.

Por otro lado, al leer el artículo 260.1 del TUO de la LPAG[51], se puede interpretar que establece una causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de daños derivados de prestación indirecta (cuando el servicio es prestado por concesionarios o sujetos autorizados); pues solo menciona que responde por los daños directos e inmediatos. Sin embargo, será necesario analizar el nivel de intervención estatal que existe en la gestión indirecta de servicios, y los deberes que tienen que cumplir en el marco de la regulación correspondiente. Así también se debe estudiar sobre el ordenamiento del sector energía. Estas cuestiones se abarcarán en el siguiente capítulo.

[51] **TUO de la LPAG**
Art. 260
260.1. Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Capítulo 3

Responsabilidad Patrimonial en el Sector Energía en el Perú

3.1. Regulación actual y vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como ya hemos indicado en los capítulos anteriores, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se encuentra regulada en el artículo 260 del TUO de la LPAG[52].

En los capítulos anteriores, hemos intentado desarrollar y explicar cada uno de los numerales del artículo señalado. Ahora es necesario realizar un análisis que nos ayude a determinar **cuál es la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Patrimonial en el Perú, enmarcada dentro de la prestación de servicios en el sector energía, en el cual aparece una fuerte irrupción de los privados gestionando servicios, siendo un ámbito fuertemente liberalizado, y de un necesario ajuste económico iniciado en agosto de 1990** (Vignolo, 2017, p. 145).

En principio, conviene destacar que la regulación establecida por el artículo 260 de la LPAG señala que el sujeto pasivo de este régimen son las entidades públicas; es decir, según esta norma sólo puede imputarse responsabilidad a la Administración pública. Siendo así, el

---

[52] *260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.*

260.2 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.

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

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

260.5 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.

260.6 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.

administrado acude 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, según Huapaya Tapia y Sánchez Povis (2015), 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 previsto (pp. 323-324).

Podemos señalar que desde una interpretación literal, sola cabe una responsabilidad de la Administración en los casos de servicios públicos *directamente* prestados por ella. En la actualidad podemos decir, que existen muy pocos servicios públicos, en sentido estricto, que son entregados por la Administración Pública, un ejemplo puede ser la distribución eléctrica.

De manera que la discusión objeto del presente trabajo, consiste en analizar si **cabe imputar algún tipo de responsabilidad a la Administración en los casos de prestación indirecta de los servicios.** Asimismo, surge la siguiente interrogante: **¿Se podría imputar responsabilidad a la Administración Pública por los daños causados por los prestadores del servicio público?**

Cabe indicar que si bien la normativa antes citada delimita la responsabilidad patrimonial únicamente a los servicios directamente prestados por la Administración, también señala, en el numeral 260.5, que la indemnización comprende el daño y las consecuencias que se deriven de la "acción u omisión generadora del daño"; en ese sentido, se abre la posibilidad de que el Estado pueda 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.

Así también, cabe preguntarse si esa responsabilidad patrimonial es posible atribuírsela tanto a la Administración pública que ha concedido o autorizado la prestación del servicio público, como al particular concesionario o sujeto autorizado; o si por el contrario, dicha responsabilidad corresponde atribuirla en exclusiva solo a uno de ellos.

Al respecto, la doctrina española se encuentra dividida. En primer lugar, tenemos la tesis que niega la responsabilidad de la Administración, y por lo tanto, señala que la responsabilidad patrimonial sería exclusivamente del concesionario, salvo que el daño sea consecuencia de un mandato expreso de la Administración (López y García de la Serrana, 2020, p.11). En segundo lugar, existe la tesis de quiénes aceptan que la Administración responde en todos los casos de actuación del concesionario; por último, están aquellos que coinciden con la primera tesis, añadiendo como supuestos excepcionales en los que **la Administración**

responde, aquellos en los que ha existido culpa in vigilando o culpa in eligendo. (Gallego Córcoles, 2008, p. 266).

En nuestro ordenamiento peruano es importante tener en cuenta que en el otorgamiento de una concesión participan dos sujetos. De un lado, se encuentra el sujeto titular de la actividad que es la Administración pública y del otro lado, se encuentra el particular a quien se otorga la concesión para la gestión de la actividad.

Cabe señalar que las entidades del Estado que tienen a su cargo funciones y competencias correspondientes a los servicios públicos prestados en el sector energía son el MINEM, en el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones[53]; y el OSINERGMIN, como organismo regulador; así también los gobiernos municipales.

En relación a las interrogantes planteadas anteriormente, las intentaremos responder en el desarrollo de este capítulo. Así también es necesario señalar que le otorgaremos un especial énfasis a analizar los supuestos de prestación de servicios públicos en el sector energía, debido a las numerosas denuncias presentadas contra empresas de este sector por concepto de calidad de servicio brindado; y denuncias por concepto de daños ocasionados a raíz de defectos en la prestación de este servicio público (información remitida por el OSINERGMIN).

3.2. Presupuestos de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración

3.2.1 La lesión patrimonial como daño antijurídico

No hay duda que sin daño no existirá el deber de reparar. La antijuricidad o carácter resarcible del daño no viene dado por el autor del acto lesivo sino por la situación particular del afectado, quien no debe tener el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas del hecho sobre su ámbito patrimonial; esto es, la antijuridicidad consiste en la inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño por parte del administrado (Morón Urbina, 2011, p. 764). Si por el contrario existe ese deber, no cabe hablar de posibilidad de resarcimiento económico, pues sería un sacrificio económico admitido y legitimado por el sistema jurídico. Por ejemplo, sí tiene el deber de soportar una multa legítimamente impuesta.

Cabe señalar que no debemos confundir perjuicio con lesión. El perjuicio hace alusión, en sentido amplio, a toda pérdida o reducción patrimonial, distinguiéndose de la lesión en que esta última supone un perjuicio patrimonial antijurídico. Siendo así, un perjuicio se vuelve

---

[53] **Ley de Concesiones Eléctricas**
(…)
Artículo 6.- Las concesiones y autorizaciones serán otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que establecerá para tal efecto un Registro de Concesiones Eléctricas.

antijurídico siempre que la persona que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo[54] o, como otros defienden, cuando existe una decisión expresa y típica del legislador que así lo dispone (Mir Puigpelat, 2002, p. 254). Por tanto, para evaluar si nos encontramos frente a una lesión, lo relevante será aclarar sobre **los efectos que ésta produce en el particular y si éste tiene o no el deber de soportarlos.**

En consecuencia, la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predicará del efecto de la acción y no de la acción administrativa en sí misma. La distinción entre uno u otro caso se realizará a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto no existan causas de justificación que legitimen el perjuicio (Mir Puigpelat, 2002, pp. 254-255).

Además, el artículo 260.4 del TUO de la LPAG, afirma que *el daño debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos*; esto es, se debe cumplir con la efectividad del daño, su valuación económica y su individualización.

Según Morón Urbina (2009), para que el menoscabo patrimonial sea efectivo es necesario que sea cierto, constatable e inmediato y no meramente hipotético, posible o especulativo sobre perdidas contingentes (p. 758). En relación a la valoración económica del daño, este necesita ser posible de determinar en dinero, lo cual se hace necesario analizar prudentemente, ya que en el numeral 260.5 se ha incluido la posibilidad de resarcir el daño moral y el daño a la persona.

Así también, la norma exige que el daño sea individualizado o concretado en el sujeto o grupo de ellos que plantean la demanda (persona individual o colectivo individualizado por un criterio específico y que hayan visto menoscabos a su patrimonio o sus derechos). La idea es excluir de la posibilidad de calificar como daño indemnizable aquellos que sean cargas colectivas comunes de la sociedad o parte de ella.

La LPAG indica que los daños que se imputen a la Administración pública tendrán que haber sido causados directa e inmediatamente por ella. En efecto, la norma establece que "las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas". De una primera lectura, se puede entender que quedarían fuera del

[54] Cabe señalar que los presupuestos desarrollados obedecen al esquema presentado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Navarra: Editorial Aranzadi. 5ta Edición. 2010. pp. 364-575.

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 notorio 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 sujeto autorizado cause un daño que pueda ser imputado a la Administración, en virtud a la omisión de una función administrativa incumplida (Morón Urbina, 2011, p. 764). Esta postura es la minoritaria, pues generalmente la Administración responderá sólo en casos de prestación directa del servicio, según lo señalado en el numeral 260.1 de la LPAG.

Se atribuye responsabilidad a la Administración por su inactividad cuando existe un mandato de actuación; esto es, cuando tiene encargada determinada función que incumple, y dicho incumplimiento es la causa del daño indemnizable. Siendo así, 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 daño (Gonzáles Pérez, 2010, p. 442).

Vamos a hacer referencia al denominado caso Ardystil, el cual se resuelve mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3ª Penal, de fecha 30.6.2003[55], 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 incumplido[56].

Al respecto, estimamos que la exigencia de tales requisitos sí resultaría válida en nuestra realidad peruana, ya que se encuentran relacionados con la función encargada legalmente a cada

[55] En este caso la condena al inspector de trabajo se basa en el incumplimiento de su deber de velar por la salud de los trabajadores y por tanto condena a la Generalitat Valenciana (que había asumido las competencias en materia de Inspección de Trabajo por RD de 29.12.1982) como responsable civil subsidiaria por los daños causados a los trabajadores de Ardystil a la que acudió el inspector. En cuanto a esta condena, José Piñeiro Salguero señala que aunque de inicio es una obligación del inspector velar por la salud de los trabajadores, se tiene que realizar un trabajo eficiente, y al acudir a la empresa en cuestión para revisar la afiliación de los trabajadores a la SS, es normal que no se percatara de las condiciones de higiene y salud de los trabajadores. Aunque, probablemente la deficiencia de las instalaciones de la empresa debería haber resultado evidente para un profesional en la materia; sin embargo, en tal caso, la sentencia debería haber reflejado ese hecho como probado.

[56] Cfr. Fortes Gonzáles, 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.

entidad (vinculación positiva), la acción u omisión causante del daño (nexo causal) y que no exista una causal de exoneración de responsabilidad (Vilela Rivas, 2018, p. 75).

3.2.2. Nexo Causal

Es el vínculo que existe entre el daño causado y la actuación u omisión de la Administración Pública. Morón Urbina propone que, para probar 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 entidad (Morón Urbina, 2011, p. 763).

A fin que un hecho pueda ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común; esto es, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo (causalidad adecuada). Siendo así, se tiene que evaluar si las consecuencias o daños patrimoniales producidos pueden considerarse originados por determinada actividad de la Administración, a fin de no imputarle erróneamente a esta última la responsabilidad por los daños ocurridos (Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020, p. 261).

Respecto a la relación de causalidad adecuada entre la actividad estatal con el daño que se ha de indemnizar, se tiene que establecer si las consecuencias perniciosas sobre el estatuto del administrado (perjuicio o lesión) se derivan de manera directa e inmediata de la actividad del Estado, sin intervención extraña de otras causas (caso fortuito o fuerza mayor) o pluralidad de conductas concurrentes o interferentes que fracturen la relación causal (hecho determinante del propio administrado o de tercero). Por ejemplo, para acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y la lesión, es necesario demostrar que si la entidad hubiese realizado el deber incumplido, **se hubiera evitado el daño producido**.

En el Derecho Comparado se discute si para la responsabilidad estatal es necesaria que su acción u omisión determine en forma exclusiva el evento dañoso, o si también este debe subsistir cuando su actividad concurre con otras causas en la producción del evento. Las consecuencias son distintas, porque en la primera posición nos encontraríamos frente a un caso de exclusión de la responsabilidad estatal, pero en el segundo estaremos en un supuesto de atenuación de la indemnización a cargo del Estado (Morón Urbina, 2009, p. 757).

3.2.3. Imputabilidad de la conducta

La imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño (Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020, p. 261). Podemos afirmar que habría responsabilidad patrimonial de la Administración cuando existe la posibilidad de imputarle la omisión de un deber de actuación. En tal sentido, se requiere la

existencia de tal deber y que este no haya sido cumplido. Es necesario que la lesión producida pueda ser jurídicamente atribuible a la Administración.

En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la lesión se deriva del comportamiento de personas que están integradas a la estructura de la Administración Pública y que actúen dentro del marco legítimo de sus funciones; la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño, podría ser suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración y no al funcionario, bajo un criterio estrictamente orgánico.

La imputación de la lesión a la Administración brinda un necesario control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional medida, pues si no se cumple puede derivarse en un supuesto de responsabilidad patrimonial. De la misma manera, en los supuestos de inactividad material de la Administración, el sistema de responsabilidad patrimonial actúa como correctivo del mismo.

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; esto es, cuando la Administración simplemente no actúa; o de una omisión relativa, en el caso de una actuación insuficiente o deficiente de la Administración[57]. También consideremos que el deber omitido debe ser materialmente posible, sino no resultaría exigible para la Administración.

3.3. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano

Como mencionamos anteriormente, la LPAG fue objeto de una revisión profunda por parte del Decreto Legislativo N ° 1029, que modificó de manera sustancial el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa. Así, de acuerdo al vigente artículo 260 del TUO de la LPAG: "*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 aquellas […]*[58]. En los casos del numeral anterior, no hay

[57] (Ahumada Ramos, 2009, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p. 73

[58] **Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N º 1029, publicado el 24 de junio de 2008.**

Texto anterior a la modificación:

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.

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 hubiera 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*"[59].

Los cambios han sido significativos, especialmente la inclusión de nuevos supuestos en los que no debe responder la Administración por el daño causado, como el caso fortuito o el hecho determinante del damnificado o del tercero, y especialmente aquél que le permite exonerarse de responsabilidad cuando actúe razonable y proporcionalmente en defensa de ciertos bienes jurídicos, incluso si el daño se produce como consecuencia directa de la actuación administrativa.

Son numerosas las interrogantes que origina la actual regulación de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, que incluso se extienden a los fundamentos del sistema, pues no queda claro si la responsabilidad sigue siendo objetiva ni tampoco los alcances de la imputación subjetiva a la Administración, pues ésta es responsable únicamente por los daños directos e inmediatos causados por ella o por los servicios directamente prestados por ella; **¿Significa esto que no hay responsabilidad por los daños causados por sujetos autorizados o por los concesionarios?.**

En el caso de los concesionarios de servicios públicos: ¿Su responsabilidad se regula por el CC o por la LPAG, en tanto son "entidades de la Administración Pública", de acuerdo al artículo I.8 de dicha norma[60]?.

---

[59] **Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N º 1029, publicado el 24 de junio de 2008.**

Texto anterior a la modificación:

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

[60] **TUO de la LPAG**

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

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

El asunto principal en este apartado es determinar la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano; es decir, analizar si la responsabilidad patrimonial es objetiva o subjetiva. Baca Oneto (2010), señala que a la luz del texto normativo se debe precisar si la norma obliga a una determinada interpretación que exija un sistema objetivo y, en ese sentido, señala que la respuesta es que no (p. 248).

La legislación administrativa española tuvo una gran influencia en la nuestra; desde la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre del 1954, se volvió muy común afirmar que la responsabilidad extracontractual de la Administración era objetiva y, por tanto, la culpa no es un requisito para su aparición. Sin embargo, esta responsabilidad objetiva llevó a algunas resoluciones jurisprudenciales consideradas como excesivas como la STSE de 26 de septiembre de 1997, por el cual se condenó a la Administración a indemnizar a las víctimas por más de tres mil millones de euros debido a que se encuentra responsables del daño a los funcionarios de aduanas que autorizaron la importación de un aceite de colza "desnaturalizado"(convertido en no apto para el consumo humano) con anilina, producto tóxico distinto al ricino, que se venía empleando hasta entonces. Sin embargo, el daño no se produce porque ese aceite importado sea vendido, sino porque un empresario decidió "deshacer" el proceso, pretendiendo convertir el aceite en apto para el consumo humano, y por razones no del todo claras, algo falló, produciendo, una intoxicación masiva. Y, ante la insolvencia de los empresarios, el Estado fue condenado, aunque en este supuesto la resolución se basó en una "imprudencia temeraria" de los funcionarios por haber autorizado la importación. Supuestamente ese sería un caso de funcionamiento "anormal" de los servicios públicos.

Como la doctrina denunció casi inmediatamente, más que ante un supuesto de responsabilidad, estaríamos ante indemnizaciones de asistencia social, que no tienen en cuenta los requisitos exigidos para aquella[61]. Ante esta evidencia, una primera salida puede ser volver a los "criterios de imputación", de los que ya hablaba García de Enterría (2006), de modo que la Administración solo respondería cuando el daño le fuera "imputable" por tratarse de 1) la realización material directa y a la vez legítima de un daño, que se daría en el supuesto del funcionamiento "normal de los servicios públicos"; 2) la comisión material directa pero ilícita del daño, que sería el funcionamiento anormal de los servicios públicos y reenvía a la noción de culpa; y 3) el riesgo creado por la Administración, que también sería un supuesto de

Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

[61] (Martín Rebollo, 1994, como se citó en Baca Oneto, 2010) p. 240.

funcionamiento "normal" del servicio público, pero en donde el daño no es imputable al hecho de la Administración, sino al caso fortuito (pp. 199 y ss.).

Empero, estos criterios de imputación son justamente los que permiten atribuir responsabilidad en los casos límite expuestos más arriba, por lo que para algunos autores se debía "**poner el acento en el funcionamiento anormal de la Administración Pública** […] **más que en el funcionamiento normal que obedecería a otras pautas más cercanas a la asistencia social**[62]**.** Por ello, en ciertos casos se debería responder por el criterio de imputación "culpa", lo que extrañamente, no implica según Leguina, abandonar la responsabilidad objetiva, pues "su fundamento sigue estando en el deber de reparar un patrimonio privado injustamente lesionado; pero si no hay culpa no hay tampoco causa administrativa del daño, no hay en suma, nexo causal. La causa está en otra parte: en la propia víctima, en un tercero o en la fuerza mayor"[63]. Baca Oneto no comparte esta afirmación, pues la culpa no está en el elemento causal (o la imputación objetiva), sino en la imputación subjetiva, y justamente se excluye en los sistemas de responsabilidad objetiva. Pretender que en algunos casos sólo se responda por culpa, aunque ésta sea uno de los criterios de imputación admitidos por la doctrina e incluso sea correcto o deseable, conlleva negar que la responsabilidad administrativa sea objetiva, pues las dos afirmaciones son incompatibles.

Pantaleón Prieto (1994) es el autor de la primera crítica demoledora al sistema de responsabilidad objetiva universal de la Administración Pública[64]; este autor propone un cambio radical en el sistema de responsabilidad de la Administración Pública, para lo cual debe interpretarse que ésta responde por el funcionamiento "normal" sólo cuando se trate de daños que son "consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que […] aparecen como secuela natural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión (pp. 239 y ss.).

Uno de los primeros en buscar una respuesta global a las críticas planteadas al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, fue el planteado por Beladiez Rojo, quien propone "acudir a la técnica de la imputación objetiva para evitar los resultados desproporcionados e injustos […] al que se llega si se considera que para que exista responsabilidad basta la existencia de una relación de causalidad[65].

---

[62] (Martín Rebollo, 1994, como se citó en Baca Oneto, 2010) p. 240.
[63] (Leguina Villa, 1997, como se citó en Baca Oneto, 2010). p. 241
[64] (Pantaleón Prieto, 1994) pp. 239 y ss.
[65] (Beladiez Rojo, 1997, como se citó en Baca Oneto, 2010) p. 242

Como hemos podido ver en el desarrollo del presente trabajo, el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa está entredicho en España, uno de los pocos ordenamientos donde se consagra con tal amplitud. Sin embargo, en el Derecho Peruano, la escasa doctrina que existe al respecto generalmente interpreta que la LPAG consagró un sistema objetivo, como la LRJ-PAC (España) que le sirvió de modelo; consideramos que la adopción del modelo objetivo español fue una decisión muy desacertada, que trajo más confusiones y vacíos legales. Estudios de autores peruanos como Baca Oneto han puesto en evidencia una mini-crisis normativa, conceptual y terminológica creada por la reforma introducida por el Decreto Legislativo 1029 en cuanto a un régimen que se hace llamar objetivo pero que cuenta con figuras propias de la responsabilidad por culpa (Vignolo Cueva, 2013, p. 67).

Al respecto, Morón Urbina (2009) le atribuye carácter objetivo porque "es un mecanismo objetivo de reparación de perjuicios y no una sanción por determinados comportamientos indebidos culposos, por lo que es independiente de la existencia de culpa, negligencia o dolo en los funcionarios; posición que reafirma más adelante cuando indica que "la responsabilidad de la Administración se genera de manera objetiva, sin que sea indispensable requerir que medie dolo o culpa en la acción u omisión de sus autoridades. A primera vista, si las personas jurídicas nunca pueden ser culpables, pues la culpabilidad sólo puede predicarse de las personas físicas a través de las cuales actúan, no tendríamos más solución que una responsabilidad objetiva. Sin embargo, también según Morón Urbina, la Administración Pública solo será responsable cuando exista un factor de atribución, que puede ser "el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración con relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente […] y el riesgo creado por la acción estatal (pp. 754-757).

Reconduciendo la tesis de Morón Urbina a la terminología del artículo de Baca Oneto, habría **responsabilidad "por culpa" cuando el criterio de imputación sea el apartarse de un parámetro de calidad de servicio** (Baca Oneto, 2010, p. 247).

Isasi Cayo sostiene que la responsabilidad de la LPAG es una responsabilidad objetiva, pero al mismo tiempo teme que con ello se haya abierto una puerta muy grande, para que entren toda clase de pretensiones que el presupuesto público no esté en condiciones de soportar. Por ello, plantea como solución la introducción de parámetros de normalidad de servicios, que permitan determinar cuándo surge la responsabilidad y cuándo no. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, dichos parámetros son propios de la responsabilidad subjetiva, pues

establecen un estándar de negligencia o de un funcionamiento anormal, y no tiene sentido en un sistema de responsabilidad objetiva universal[66].

Por tanto, no se justifica importar para el Perú un sistema que en su país de origen está en crisis, pues realmente no sería viable en nuestro país. La LPAG es la que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración; en consecuencia, el análisis debe ser necesariamente normativo, para determinar si ésta norma obliga a una determinada interpretación, que exija un sistema objetivo; y según el análisis de Baca Oneto (2010), la respuesta es que no (pp. 247 y 248). Este autor afirma que es claro que a primera vista, y para un observador no familiarizado con el Derecho Civil peruano, la modificación de la LPAG realizada por el Decreto Legislativo N ° 1029 daría una pista definitiva sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad, pues frente a la redacción original, que siguiendo a su fuente española, sólo liberaba a la Administración de responsabilidad por fuerza mayor, 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; esto es, por el caso fortuito; entonces la responsabilidad patrimonial de la Administración sería subjetiva en Derecho Peruano, pues aquella no respondería por estos; sería innecesario contemplarlos expresamente para descartar la responsabilidad subjetiva ya que basta la ausencia de culpa (Baca Oneto, 2010, pp. 247-248).

Sin embargo, como también se indicó páginas atrás, el art. 1972 del CC incluye entre las causas que limitan la responsabilidad objetiva al caso fortuito (que parece sinónimo de fuerza mayor, según el art. 1315 del CC), por lo que no debe llevarnos a una respuesta afirmativa, que produce más problemas que soluciones. Por el contrario, otros indicios pueden permitir también ir en la dirección contraria, 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 Administración pública. Por tanto, no tenemos que importar las soluciones de aquel ordenamiento, debido a que no tenemos los mismos problemas, más aún cuando son tan criticadas allí.

Coincidimos con las palabras de Baca Oneto, quien afirma que la responsabilidad patrimonial en el derecho peruano no es objetiva, más aún cuando en ocasiones es preciso recurrir al funcionamiento anormal de la Administración como criterio de imputación, como hemos visto sucede, por ejemplo, en la conducta omisiva. Tiene razón, por tanto, Morón Urbina cuando sostiene que éste es uno de los títulos que pueden servir para atribuirle responsabilidad

[66] (Isasi Cayo, 2001, como se citó en Baca Oneto, 2010) p. 247

a la Administración, aunque faltaría agregar que no siempre que éste falta se puede llegar al mismo resultado si el daño se produce por el funcionamiento normal de los servicios públicos. **La regla general debería ser atribuir responsabilidad a la Administración cuando haya un funcionamiento anormal, cuando no se respete ese parámetro razonable de actuación del que habla ISASI, y la Administración responderá objetivamente cuando su actuación cree un riesgo especial (Baca Oneto, 2010, p. 248).**

Otra interrogante propone analizar si la responsabilidad patrimonial incluye los daños causados en la prestación de servicios públicos **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 la que otorgó la autorización, la que respondería.

Al respecto, Morón Urbina (2011) interpreta literalmente lo previsto en el artículo 260.1 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 indirecta (p.762). Lo cierto es que los concesionarios, a los cuales la Administración les otorga una concesión (al privado) para que presten 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, según señala Laguna de Paz (2001), la autorización solamente genera un vínculo jurídico-público entre la Administración y su titular, no respecto de terceros. (pp. 28-29). Siendo así las cosas parece difícil admitir responsabilidad administrativa por los daños que el titular de una autorización ocasione a terceros.

Sin embargo, no hay que 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 concesión, o al inspeccionar y controlar el desarrollo de la actividad autorizada y/o concedida, lo que sería la culpa in vigilando** (Laguna de Paz, 2001, p. 29).

3.4. Responsabilidad cuando tercero actúa a nombre de la Administración Pública

Siguiendo con lo señalado en los apartados anteriores, es prudente contestar a las tres siguientes cuestiones: **¿Qué es un servicio público?, ¿Qué es una concesión?, ¿Cuál sería el fundamento de la responsabilidad administrativa por los daños causados por el sujeto autorizado o concesionario?**

3.4.1. Definición de Servicio Público

Principios fundamentales del servicio público en el ordenamiento peruano

Vamos a comenzar intentando delimitar el concepto de servicio público. Si bien la Constitución no es explícita en señalar los rasgos característicos de los servicios públicos, el Tribunal Constitucional ha señalado en una sentencia que los principios 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 igualdad[67]. Desarrollaremos brevemente estos principios.

a) Naturaleza esencial

La naturaleza esencial del servicio público se encuentra de manera tácita en el artículo 58° de la CP[68]. Según, DANÓS ORDOÑEZ (2008) 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 colectivas (**p. 262).

b) Continuidad

Esta característica se deduce 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 trate**.

c) Regularidad y calidad

La regularidad hace referencia al mantenimiento de **un estándar mínimo de calidad y cantidad en la prestación del servicio**. Dicho estándar podría encontrarse en los **marcos**

---

[67] *STC Exp. N.º 34-2004-PI/TC, Fundamento jurídico 40.*

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 estándar mínimo de calidad.

d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad».

[68] **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.*

regulatorios o en los mismos contratos de concesión, y tienen la finalidad de asegurar que **el servicio sea prestado de forma adecuada**.

d) 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 administrados (Danós Ordoñez, 2008, p. 262).

Por ejemplo, en el caso del servicio de suministro eléctrico, las empresas eléctricas no pueden negarse a prestar el servicio a un usuario pese a que no cuente con un buen historial crediticio; lo mismo sucede con el agua**,** en tanto, la calidad financiera de las personas no resulta una condición que diferencie a las personas; por tanto, los prestadores de tales servicios no pueden discriminar a los usuarios en base a su calidad crediticia.

Los principios de los servicios públicos son caracterizados por la profesora Elisenda Malaret I García (1998), como "fuentes de obligaciones jurídicas", susceptibles "(…) a la vez, de derechos y obligaciones tanto en relación a los usuarios como al organismo encargado de la gestión del servicio público de que se trate (…). Las obligaciones que gravan a la Administración y al gestor del servicio público son la contrapartida directa de los derechos de los que los usuarios se pueden prevalecer" (p.67).

Cabe señalar que la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) uno de carácter material, que consideramos se encuentra tácitamente en el artículo 58 y que consiste en que debe tratarse de actividades de carácter esencial para satisfacer las necesidades primordiales colectivas, de modo que generen las condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos, y (ii) en segundo lugar, un requisito de carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Danós Ordoñez, 2008, p. 258).

3.4.1.1. Los servicios públicos y la publicatio. Un primer punto de vista es vincular al servicio público con la publicatio. La publicatio es la nota característica y diferenciadora del servicio público; es decir, 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 continua. (Danós Ordoñez, 2008, p. 260).

Ese **acto de reserva** suele ser denominado publicatio, **aunque ello no suponga necesariamente que la actividad prestacional tenga que ser prestada directamente por la Administración titular del servicio**, por sí y con sus propios medios. La consideración de una actividad como servicio público solo puede darse a través de su declaración por una norma con rango de ley; 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 publificación 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 supervisión (Danós Ordoñez, 2008, p. 259).

En suma, 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. A través de la publicatio, el Estado podrá 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.

3.4.1.2. 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 Estado. 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 público[69]. Consecuentemente, la ordenatio se encuentra ligada a los servicios esenciales.

Vignolo Cueva (2017) afirma que en realidad la publicatio no existe en el Perú, por ende, no existen verdaderos servicios públicos, sino que nuestro país ha experimentado la irrupción de los servicios esenciales en el subsector eléctrico (p. 135).

[69] (Blanquer Criado, 2012, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p.56

Planteados los grandes marcos conceptuales del tratamiento jurídico de la energía eléctrica, es posible mostrar que los regímenes jurídicos de las distintas actividades desintegradas de este subsector demuestran la lenta desaparición de los servicios públicos en estricto y la progresiva y consecuente combinación de mercados y nuevas técnicas prestacionales del derecho administrativo (como los servicios esenciales y universales). Estos últimos no sólo son medios para permitir la concurrencia de iniciativas públicas y privadas de manera abierta, sino que también permiten una mejor practica de una importante perspectiva de **la subsidiariedad social, esto es la necesidad de que el sector público y los privados actúen conjuntamente en la construcción y salvaguarda del bienestar común** (Vignolo Cueva, 2017, p. 136).

En referencia a la normativa española correspondiente, la CE asume en varios de sus preceptos una expresión terminológica que resulta muy acertada y está llamada a jugar un importante papel en el sistema conceptual necesario, como ya se había señalado, se trata de la noción de servicios esenciales, a la que aluden sus artículos 28 –para preservar su mantenimiento en el ejercicio del derecho de huelga–, 37 –para asegurar su funcionamiento en caso de medidas de conflicto colectivo laboral o empresarial– y 128.2 **–para limitar a ellos la eventual reserva de unas actividades al sector público–** [70]**.** Consiste en actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social, y que, por ello, no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales (López Muñiz, 1999, p. 140).

Los poderes públicos tienen que plasmar todas esas exigencias en el marco normativo pertinente y establecer los mecanismos que permitan garantizarlas eficazmente, guiándose siempre por los principios generales que, derivados del de legalidad y del de subsidiariedad han de presidir todas las intervenciones del Poder público en la libertad en un Estado social y democrático de Derecho. (López Muñiz, 1999, p. 141).

[70] Los arts. 28.2 y 37.2 relacionan los servicios esenciales inequívocamente con actividades desempeñadas por trabajadores no funcionarios, lo que debe llevar a excluir del concepto las funciones públicas propiamente dichas, cuya realización comporta ejercicio de potestades públicas (legislar y dictar reglamentos públicos, administrar justicia, actuaciones para la defensa o para garantizar la seguridad ciudadana, actuaciones de la policía administrativa, etc.).

Así también, Vignolo Cueva señala que aunque no sea visible, el subsector eléctrico presenta varias facetas del principio completamente materializadas. La principal cuestión es la que enlaza directamente con el principio de subsidiariedad (y el surgimiento de los servicios esenciales, el decaimiento de los servicios públicos y de los monopolios o reservas de titularidad pública), referida a que "**la presencia de un interés público no exige titularidad pública**, lo único que habría cambiado es la técnica utilizada, el título administrativo de intervención, que dejaría de ser la titularidad pública de la actividad, **pues basta acudir a las facultades tradicionales de policía (la conocida «regulación») y a la potestad ablatoria para lograr el mismo efecto, pero de un modo mucho más respetuosa con los derechos de los particulares y con el principio de subsidiariedad, auténtico eje de la nueva visión del papel del Estado**" [71].

Es necesario tomar en cuenta algunas características de la energía eléctrica, las cuales tienen un fuerte impacto en el régimen jurídico prestacional imperante (de combinación de iniciativas), y en la aparición de puntuales actividades que tendrían más atractivo de rentabilidad que otras, a partir de datos eminentemente técnicos de esta actividad. Estas cuestiones son las siguientes:

(i) En primer término, las actividades eléctricas de industrialización y comercialización son intensivas en el uso de capital y "de gran complejidad técnica, lo que conlleva barreras de entrada y exige cierta coordinación técnica en la operación" [72].

(ii) Luego la electricidad comercializada a los diferentes tipos de usuarios "no es almacenable y la demanda varía cada instante, en todo momento la oferta debe igualarse a la demanda". Toda esta complejidad operativa deberá efectuarse con un adecuado mantenimiento de los parámetros de seguridad en los correspondientes sistemas interconectados.

(iii) En tercer lugar, la electricidad se encuentra directamente conectada con el régimen de los recursos naturales (que son de titularidad pública por mandato constitucional), con lo cual nunca debe olvidarse que "es una energía final que utiliza diversas fuentes de energías primarias como el gas, el carbón, el petróleo, el agua, el viento (a través de respectivamente de las centrales de generación térmicas, nucleares, hidroeléctricas, eólicas, etc.)" [73].

(iv) En cuarto lugar, debido a su característica final antes expuesta, la electricidad es fácilmente integrable con otros subsectores energéticos. Sin embargo, existe una excepción a la regla: el gas. En ese último caso, el "gas y electricidad son energías sustitutivas, que compiten

[71] (Martín-Retortillo, 2002, como se citó en Vignolo Cueva, 2017) p. 136
[72] (Gimeno Feliú, 1999, como se citó en Vignolo Cueva, 2019) p. 136
[73] (Gimeno Feliú, 1999, como se citó en Vignolo Cueva, 2019) p. 137

entre sí en el suministro final de energía a los consumidores. Para evitar disfuncionalidades dicha integración de los subsectores energéticos debe tenerse en cuenta en el modelo de regulación". Aparece así otro elemento propio del principio de responsabilidad pública que no puede pasar desapercibido en puntuales supuestos.

Por otra parte, cabe indicar que la composición del subsector eléctrico peruano tiene fases muy marcadas, presentadas mediante una estructura tripartita y clásica que el Legislador ha construido y mantenido en diversos artículos de la LCE, las cuales son las siguientes: **generación, transmisión y distribución** (Salvatierra Combina, 2009, p. 318). En esta división se ha buscado sobre todo un relativo efecto de desintegración vertical de actividades, cada una con su propio sub-régimen jurídico que incluye unos **títulos habilitantes específicos**, nociones especiales y otras cuestiones activas que necesitan un estudio particular. Vignolo Cueva (2017) considera que el fenómeno desintegrador manifestado en la implantación y búsqueda de competencia (allí donde sea posible) y con una clara tendencia a la reducción de costos de transacción, aparece planteando en nuestro Derecho bajo un tinte híbrido (p.138).

En el régimen prestacional eléctrico peruano existen dos pilares sobre los que asienta el modelo. Por una parte, la recepción del principio comunitario del "**common carrier**" y, en segundo término, la quiebra definitiva de monopolios impuestos legalmente (esto se condice con los mandatos de la CP y aparece expresamente preceptuado en el artículo 8 de la LCE[74]). Asimismo, en este subsector se muestra una generación eléctrica poco intervenida por la organización administrativa competente (el MINEM), la que aparece unida a una clara separación entre transmisión y distribución. Esto último supone una elección entre una opción

[74] **Ley de Concesiones Eléctricas**

Artículo 8°.- La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia, y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley.

Los contratos de venta de energía y de potencia de los suministros que se efectúan en el régimen de Libertad de Precios deberán considerar obligatoriamente la separación de los precios de generación acordados a nivel de la barra de referencia de generación y las tarifas de transmisión y distribución, de forma tal de permitir la comparación a que se refiere el Artículo 53° de la Ley.

Dichos contratos serán de dominio público y puestos a disposición de la Comisión de Tarifas de Energía y del OSINERG en un plazo máximo de 15 (quince) días de suscritos. El incumplimiento de lo dispuesto será sancionado con multa.

El Ministerio de Energía y Minas, mediante Decreto Supremo, definirá los criterios mínimos a considerar en los contratos sujetos al régimen de libertad de precios, así como los requisitos y condiciones para que dichos contratos sean considerados dentro del procedimiento de comparación establecido en el Artículo 53° de la Ley.

de organización de dos actividades en situaciones de monopolio natural cuyo factor clave y de éxito es asegurar la explotación conjunta de redes eléctricas (de alta, media y baja tensión), en tanto estas últimas puedan resultar complementarias y por ende más favorables en aspectos económicos para los usuarios[75].

De tal manera, las tres fases señaladas en el régimen eléctrico peruano quedarían marcadas bajo los siguientes conceptos: la generación mediante un sistema de producción de energía eléctrica bajo cualquiera de sus modalidades (hidroeléctrica, termoeléctrica, eólico, etc.). En segundo lugar, un sistema de transmisión que permita el transporte concentrado y a gran escala del fluido producido (normalmente mediante redes de alta y muy alta tensión). Por último, la distribución mediante un sistema de transformación de la energía eléctrica a tensiones inferiores a 30000 voltios y su posterior traslado final mediante redes eléctricas de menor tensión que se integren a las nombradas infraestructuras del transporte de tensión más elevada. Estas redes de menor tensión deben permitir la entrega final a todos los usuarios libres y regulados existentes[76].

Vignolo Cueva afirma que está claro que la última fase (distribución) de las tres actividades indicadas ha sido reconocida en el régimen eléctrico como un monopolio natural[77]**,** por ello, en una determinada circunscripción sólo podrá existir un concreto **operador,** comprobándose en esta actividad las barreras de origen que aparecen en este subsector y la existencia jurídicamente válida de un operador exclusivo con un **título habilitante** que impide cualquier otra iniciativa similar y paralela en ese territorio[78].

---

[75] (Ramos Real, 2007, como se citó en Vignolo Cueva, 2017) p. 138

[76] **Ley N ° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica**
Artículo 1.-Definiciones
Para efectos de la presente Ley, todas las expresiones que contengan palabras, ya sea en plural o singular, y que empiezan con mayúscula, tienen los significados que se indican a continuación y son aplicables a los artículos del Decreto Ley N º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE):
(…)
37. Usuarios Libres.- Usuarios no sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen.
38. Usuarios Regulados.- Usuarios sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen.

[77] Una importante noción sobre monopolio natural es la que lo define como supuestos específicos "de limitación al ingreso de nuevas empresas al mercado. *Es debido a los rendimientos crecientes de escala; es decir, en los casos en que el costo de producción por unidad de producto disminuye conforme aumenta el volumen de producción. Esta situación ocurre cuando hay altos costos fijos para iniciar una actividad. En estas circunstancias se establece lo que se llama un monopolio natural. El monopolio natural habitualmente ocurre en los casos de los servicios públicos".* Ver esta cita en SOLA (2004) p. 60.

[78] **Ley de Concesiones Eléctricas**

En diciembre del año 2016, se promulgó el Decreto Legislativo No. 1271 que "buscaba facilitar el desarrollo de actividades económicas y comerciales, a través de la implementación de medidas orientadas a la efectiva simplificación del procedimiento administrativo para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento". El ordenamiento nacional dio un giro radical sobre el régimen de transferencias de las licencias de funcionamiento[79] pasando de una completa omisión de regulación a su aceptación plena y abierta. La inclusión normativa del actual artículo 11-A en el TUO de la LMLF[80] que preceptúa la posibilidad de que una previa y otorgada "licencia de funcionamiento puede ser *transferida* a otra persona natural o jurídica, cuando se transfiera el negocio en marcha siempre que se mantengan los giros autorizados y la zonificación", supone un antecedente que merece algún nivel de explicación jurídico-administrativo (Vignolo Cueva, 2020, p. 5).

Así, el Legislador delegado plasmó cuatro elementos esenciales para permitir la transferencia del mencionado título habilitante local: (i) un elemento *objetivo* y esencial referido a la no modificación de lo autorizado previamente respecto a los "giros autorizados y la zonificación", (ii) un elemento *probatorio* y de procedencia que demuestra la operación mercantil de traspaso de un negocio en marcha o de transformación societaria mediante la entrega a la Municipalidad competente de la "copia simple del contrato de transferencia", (iii) un elemento *adjetivo* simplificado y de tramitación acelerada para presentar el anterior documento privado mediante un "procedimiento (…) de aprobación automática", (iv) un último elemento *subjetivo* referido a la aparición de un nuevo sujeto autorizado, que no es otro que el

---

Artículo 30°. - La actividad de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, sólo puede ser desarrollada por un **solo titular con carácter exclusivo**. La concesión de distribución no puede ser reducida sin autorización del Ministerio de Energía y Minas.

[79] Las licencias de funcionamiento en el ordenamiento peruano son las autorizaciones municipales de uso más frecuente por parte de los operadores de mercado, pues permiten iniciar y ejecutar actividades económicas y urbanas "en un establecimiento determinado, en favor del titular de las mismas" (ver el artículo 3 del TUO LMLF). Este acto autorizativo –a través de los requisitos estandarizados existentes y que se deben cumplir de parte del solicitante- es destinado a proteger sobre todo intereses públicos urbanísticos y de seguridad interna de los locales (la llamada seguridad en defensa civil).

[80] **TUO de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento**

Artículo 11-A.- Transferencia de licencia de funcionamiento

La licencia de funcionamiento puede ser transferida a otra persona natural o jurídica, cuando se transfiera el negocio en marcha siempre que se mantengan los giros autorizados y la zonificación. El cambio del titular de la licencia procede con la sola presentación a la Municipalidad competente de copia simple del contrato de transferencia".

Este procedimiento es de aprobación automática, sin perjuicio de la fiscalización posterior.

El procedimiento es el mismo en el caso de cambio de denominación o nombre comercial de la persona jurídica**.**

administrado “persona natural o jurídica” al que se le transfiere el emprendimiento; o el inicial titular pero con cambios propios “de denominación o nombre comercial”.

Vignolo Cueva considera que el último dato del *elemento subjetivo* explicado es una equiparación errada porque exactamente no es un supuesto de transmisión, dado que no aparecen dos particulares unidos con una autorización de naturaleza real en medio. Sin embargo, en aras de la simplicidad se le introduce como una variante de la posibilidad planteada en el dispositivo. Específicamente, es una modificación de un dato de identificación del interesado que debe ser comunicada a la Municipalidad otorgante, pero manteniéndose a continuación el mismo título habilitante en manos del administrado “titular” y previamente controlado por las potestades locales pertinentes.

En esta nueva ordenación faltó un nivel de tratamiento sobre los repartos de responsabilidades patrimoniales y factores de atribución respecto a los particulares intervinientes y la Municipalidad involucrada ante posibles daños antijurídicos sobre terceros (Vignolo Cueva, 2020, p. 6).

En lo correspondiente al Derecho administrativo, alguna alusión a las pautas polémicas e híbridas del artículo 260 del TUO LPAG *(*aunque esta última sea una norma que trata de minimizar al máximo la reparación administrativa hasta niveles insospechados y fuera de todo equilibrado margen*).* La falta de regulación de esta institución fundamental en la transferencia descrita necesita ser corregida en el futuro, a fin de plasmar lo explicado por LAGUNA DE PAZ:

> “*No debe olvidarse que la actividad, aunque privada, se somete a* ***autorización****, cuya justificación se encuentra en la necesidad de que la Administración controle su ejercicio, por entrañar un potencial dañoso para la colectividad.* ***Desde esta perspectiva, tampoco 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 (culpa in vigilando)”*** (Laguna De Paz, 2001, p. 28).

Actualmente, nos encontramos ante un progresivo proceso de transformación de las concesiones y autorizaciones en muchos ordenamientos, el cual disuelve las diferencias de las últimas tras una no tan nueva categoría (los títulos habilitantes). Así, vale indicar que a pesar que “los títulos habilitantes presentan un cuerpo autorizatorio, más parece que su alma es concesional. Y es que, como se apuntó anteriormente, el beneficiario de un título habilitante se

encuentra sometido a un estatuto jurídico-público objetivo, integrado por la normativa (legal y reglamentaria) y por el propio título (autorización o licencia), que si formalmente se proclama como propio de la autorización, sustancialmente, en lo que respecta a los derechos del particular y a las potestades de la Administración, responde más bien en la práctica a una concesión" (Fuentetaja Pastor, p. 108).

A fin de dar un tratamiento correcto y completo a la liberación de responsabilidad administrativa, Vignolo Cueva considera que la Municipalidad competente sí es jurídicamente responsable por realizar un correcto ejercicio interno de actualización y registro de los datos comunicados por los privados, además de luego tener una importante actitud de fiscalización respecto del objeto real en sus niveles de práctica, facetas y efectos ante los intereses locales. Esto no es otra cosa que un esquema de *culpa in vigilando municipal* y de valedera racionalización del mencionado numeral 260.2 del TUO LPAG (que sólo puede ser interpretado restrictivamente en los cauces exclusivos de la transferencia y las libertades de los particulares), a partir de la aparición de incorrecciones parciales o completas omisiones inspectivas que se reflejan en consecuencias técnicas y jurídicas de disfuncionalidad del objeto autorizado y la agresión a otros (escapando así a los linderos de la irresponsabilidad municipal que aparecería establecida tras la implantación de la fórmula *salvo iure terti*) (Vignolo Cueva, 2020, p. 21).

Por tanto, como afirmó LAGUNA DE PAZ, en este caso específico el "fundamento de la responsabilidad de la Administración se encuentra en el específico deber de control, vigilancia e inspección que la normativa encomienda a los Poderes públicos respecto de las actividades sujetas a autorización **(…) 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 potencial dañoso para la colectividad. La responsabilidad de la Administración surge precisamente (…) del *deficiente ejercicio de sus potestades***" (Laguna de Paz, 2001, pp. 35-36).

El TCP, a pesar de usar tímidamente el nombre del servicio público, ha terminado dando las notas conceptuales de la principal figura que nos acompaña desde la liberalización y la propia promulgación de la CP: los denominados *servicios esenciales*. Esto es, en los intentos por darle un contenido a un supuesto concepto "tradicional" y determinar "*qué actividades económicas califiquen dentro del mismo*[81]", el Alto Tribunal muestra el camino para introducir

[81] STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 37.

y justificar una nueva noción adaptada a la esencialidad de su prestación y a la abierta coexistencia del mercado y la iniciativa pública en diversas modulaciones y tonos que pueda ir construyendo el legislador (Vignolo Cueva, 2017, p. 241). Al respecto, se menciona que "*el mandato constitucional de orientar el desarrollo del país en áreas de especial valoración como son el empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, cobra relevancia en la medida que son sectores esenciales y de necesidad básica para la población y el progreso social de la nación; de manera que no pueden quedar expuestos aisladamente a los riesgos del mercado*"[82].

En este punto, Vignolo Cueva coincide con la afirmación del profesor Baca Oneto, en cuanto a "*que no sería constitucionalmente admisible que, en Perú, el Estado recurra a la técnica del "servicio público" para garantizar que se satisfagan los "servicios esenciales", que en tanto realidad objetiva no puede ser desconocida, independientemente de cuáles sean sus técnicas adaptadas para su satisfacción. Y así el concepto de "servicio público" empleado en el artículo 58 de la Constitución no es un concepto "técnico", sino que se refiere más bien al "servicio esencial": de allí que el rol del Estado sea de "promoción", como la propia Constitución lo establece*" (Baca Oneto, 2009, pp. 383-384).

Coincidimos con lo señalado por los anteriores autores, en relación a que el concepto de servicio público se refiere en realidad al servicio esencial; pues a diferencia de la problemática española, nuestra CP establece la prohibición de producir series de *publicatio* a modo de reservas de titularidad o monopolios públicos sobre sectores concretos[83], quedando imposibilitada la opción de que los servicios esenciales puedan ser brindados bajo un régimen de servicio público.

Consecuentemente, se abre el espacio para las más variadas opciones de gestión de estas actividades, pero con una constitucional preferencia por el mercado y la iniciativa privada (incluso en espacios insospechados y tradicionalmente ligados a la iniciativa prestacional pública), tal como se ha podido comprobar de un análisis del subsector electricidad.

---

[82] STCP, recaída en el Exp. 0034-2004-PI/TC, 15 de febrero del 2005, F.J. 35.

[83] **Constitución Política del Perú**

Artículo 61.-El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

En estos casos, la subsidiariedad horizontal en sus variantes positivas cumple el papel de guía para encuadrar un delicado ámbito de relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos.

En relación a las formas de prestación de los servicios públicos.

A) Prestación 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, en todos los casos, tiene que darse en armonía con el principio de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución[84].

B) Prestación 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 ejecución de la actividad (prestación del servicio público) a través de las técnicas administrativas previstas.

3.4.2. Concesionarios y Sujetos Autorizados

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 concesionario (Danós Ordoñez, 2009, p. 261).

[84] **Artículo 60 de la Constitución Política del Perú**

Pluralismo Económico. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

3.4.2.1. La concesión de servicio público (especial referencia al servicio de suministro eléctrico). Para empezar a tratar la concesión, es necesario hablar sobre la privatización de las empresas estatales, este proceso contó con dos soportes legales fuertes dentro del paquete liberalizador. Por un lado, el Decreto Legislativo No. 662, que buscó atraer capitales privados para diversos emprendimientos económicos, marcando un hito histórico ya que sienta las bases generales para la puesta en manos privadas extranjeras del control y propiedad de estos sujetos. También se sumó el decreto legislativo No. 674, que buscaba promocionar el ingreso de la iniciativa privada en el "ámbito" de estas empresas de titularidad pública. Por último, el recuento de las fuentes legales de la privatización debe tomar en cuenta otras leyes sectoriales (por ejemplo, en el ámbito eléctrico, a la LCE) (Vignolo Cueva, 2017, p. 284).

Analizando el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 674, se observa que se estableció cuatro sub-regímenes de "privatización", sin asumir un criterio de transferencia de la titularidad, ni nada de lo anteriormente esgrimido, lo cual obliga a un obligatorio análisis de diferenciación. Así se podía privatizar una empresa estatal por la transferencia total o parcial de acciones, mediante venta en la Bolsa de valores de Lima o subasta pública. En segundo lugar, a través del aumento de capital mediante aportes efectuados por personas naturales o personas jurídicas constituidas en el país o en el extranjero. También se podía lograr el mismo propósito mediante la aplicación de contratos de asociación en participación, joint venture, otorgamiento de concesiones, prestación de servicios, contratos de gerencia, entre otras fórmulas. En cuarto lugar, el legislador englobó en esta técnica a la venta de activos fijos por disolución y liquidación de las organizaciones que económicamente eran inviables de privatizarse[85].

En cualquier caso, los dos primeros sub-regímenes de la privatización, con determinadas condiciones de aplicación, si eran los naturalmente *aptos* para permitir la transferencia de titularidad o la influencia dominante de los privados interesados sobre las empresas estatales

[85] **Decreto Legislativo N ° 674**

Artículo 2°. - Las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, son las siguientes:

a") La transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos, en este último caso, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles, en cuyo caso serán de aplicación las normas que regulan el Sistema Nacional de Bienes Estatales."

b. El aumento de su capital.

c. La celebración de contratos de asociación, "joint venture", asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares.

d. La disposición o venta de sus activos, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación.

privatizadas, trayendo consigo la eliminación de cualquier forma del inicial control público. La cuarta modalidad -sólo- de manera restringida podía ser idónea para permitir la privatización de un específico "activo" de una empresa estatal inviable y a ser extinguida (dependía de la naturaleza del objeto privatizable). Por último, no existe forma jurídica-administrativa de considerar que el tercer sub-régimen de conformación propiamente contractual (mercantil) más el contrato concesión, podían ser consideradas como parte de las técnicas de la privatización en sentido estricto, siendo más bien intentos por flexibilizar la gestión u operatividad económica de las empresas estatales, sin que esto implique la pérdida de la titularidad estatal (Vignolo Cueva, 2017, p. 290).

Respecto a la energía eléctrica, a inicios de los noventas se crearon tres comités especiales de privatización para la venta individual de las empresas de generación, transmisión y distribución denominadas de manera respectiva como Electro-Perú[86], Electro Lima[87] y Etevensa. Posteriormente entre 1994 y 1997, el Gobierno continuó con la privatización de otras 10 empresas estatales de generación y distribución por un valor de 1,433.1 millones de dólares[88]. El proceso terminó con privatización de las cuatro últimas empresas regionales de distribución de electricidad ubicadas en el norte y centro del país denominadas Electro sur medio, Electro norte medio, Electro norte, Electro noroeste y Electro-centro; lo llamativo de estas privatizaciones son las labores de pre-organización y el cambio de la regulación con el propósito de atraer inversionistas privados. Estas actividades incluyeron que el Estado asumiera las deudas de largo plazo de Electro Perú y, en paralelo, impulsará una reforma integral del ordenamiento eléctrico, que se centró en la expedición del Reglamento de la Ley de concesiones eléctricas, la creación en diciembre de 1996 de la comisión reguladora del sector enérgico denominada OSINERG, y, finalmente, en las expediciones de la norma técnica de calidad de los servicios eléctricos y la ley antimonopolio y anti-oligopolio (Vignolo Cueva, 2017, p. 291).

En nuestro ordenamiento jurídico peruano, específicamente la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N ° 25844, señala como servicio público lo siguiente:

---

[86] La empresa estatal Electro-Perú, organización verticalmente integrada, fue desmembrada y luego estos "activos" fueron privatizados por separado (me refiero a las empresas desintegradas Egenor, Cahua, Etevensa y la Empresa Eléctrica Piura).

[87] La empresa monopólica Electro-lima fue dividida en cinco empresas más pequeñas y desintegradas.

[88] En esta misma época aparecen las organizaciones regulatorias del servicio eléctrico, por un lado la Oficina de supervisión de la inversión en energía (OSINERG) y, en fechas posteriores, la Comisión de tarifas de energía (CTE), la cual más adelante pasaría a formar parte de la primera.

***Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad**:*

a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,

b) La transmisión y distribución de electricidad.

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.

Así también, en el **artículo 82)** de la citada ley, se establece lo siguiente:

Artículo 82.- *Todo solicitante, ubicado dentro de una zona de concesión de distribución**, tendrá derecho a que el respectivo concesionario le suministre energía eléctrica**, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fije la presente Ley y el Reglamento, conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área.*

Los pagos efectuados constituyen derecho intransferible a favor del predio para el cual se solicitó.

En relación a los 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, 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 concedida[89].

En nuestro ordenamiento peruano, en el sector energía, la entidad a cargo del otorgamiento de las concesiones es el MINEM, de acuerdo a lo señalado en el artículo 6 de la LCE[90].

Es importante señalar que la entidad que se encargará de realizar la supervisión y fiscalización del desarrollo de actividades en este sector será el OSINERGMIN, según lo señalado en la Ley N ° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería[91].

---

[89] (Blanquer Criado, 2009, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p. 60

[90] **Ley de Concesiones Eléctricas**

Artículo 6.- Las concesiones y autorizaciones serán otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que establecerá para tal efecto un Registro de Concesiones Eléctricas.

[91] **Ley N ° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería**

En relación a los conceptos de **servicio público y de concesión** utilizados muchas veces en nuestra legislación no son técnicos, ni implican la necesidad de reconocer la existencia de una reserva de titularidad pública de actividades, no contemplada en la Constitución, que en este tema ha establecido un tratamiento radicalmente distinto al de la Norma Fundamental precedente[92]. El servicio público es, en realidad, el servicio esencial, que debe ser promovido por el Estado (artículo 58, antes citado), y que por sí mismo es título suficiente como para imponer ciertas obligaciones, incluso aquellas que pretendan asegurar la universalidad del servicio, ya sean generales y no indemnizables, y especiales (contraprestación o indemnización) (Baca Oneto, 2009, p. 383).

En tal sentido, Lazarte Molina ha propuesto aplicar el concepto de servicio público para aquellas actividades en las que el mercado se encuentra restringido por razones técnico-económicas, "en los cuales es indispensable la intervención del Estado para que, mediante el otorgamiento previo de una concesión, decida cuántas y qué personas pueden ingresar al mercado para la prestación de una actividad (Lazarte Molina, 2006, p. 26). No le falta razón a este autor en lo que afirma, pues ese parece uno de los criterios empleados en nuestro ordenamiento para distinguir entre los supuestos de concesión y autorización. El criterio aceptado para distinguir entre concesión y autorización es la preexistencia del derecho, y no el carácter limitado en su número de los títulos habilitantes o la discrecionalidad administrativa, ambas características que pueden predicarse también de algunas autorizaciones. Lazarte Molina mantiene un concepto ambivalente de servicio público, pues junto a la noción antes indicada, incluye en él también a las "actividades en cuya prestación no existe interés económico, que demandan del Estado imponer la obligación de prestadas (también llamadas "actividades de servicio universal") (Lazarte Molina, 2006, pp. 26-27).

La concesión se trata de un contrato en donde el concesionario recibe su contraprestación a través de la gestión y explotación de un servicio o de una obra, asumiendo así al menos una parte del riesgo del contrato (excluyéndose, claro está, el riesgo derivado del factum principis o riesgo regulatorio, y el derivado del ejercicio del ius variandi), a diferencia

---

Artículo 3.- *Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) para supervisar y fiscalizar.*

En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) ***es competente para supervisar y fiscalizar****, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.*

[92] La Constitución de 1993, a diferencia de la Constitución anterior, no le reconoce al Estado la potestad de reservarse para sí un ámbito de actividades; más aún cuando el artículo 58 de la Constitución empieza por reconocer que la iniciativa privada es libre.

de los contratos de servicios o de obra pública, en donde recibe un pago de la Administración (previamente establecido) si cumple con su prestación con ella. Así, en la concesión se dan dos rasgos que la definirían: existe un vínculo directo entre el concesionario y el usuario final del bien o servicio (que no es, al menos no exclusivamente, la Administración concedente), obteniendo el primero su remuneración del segundo, al menos en parte, ya sea directa o indirectamente (en el caso de peajes en la sombra). En realidad, estas dos características pueden resumirse en que en el contrato de concesión (a diferencia de los contratos de servicios o de obras públicas), se transfiere el riesgo al concesionario, responsable de la explotación del bien o servicio, constituyendo el carácter público de éstos otro elemento de la definición (Baca Oneto, 2013, p. 42).

También, vamos a señalar lo que indica la Ley N ° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y la Ley N ° 28964[93]:

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERGMIN:

a) Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.

b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.

d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.

Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado,

[93] Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG.

informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas.

b) Concesionarios y sujetos autorizados

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; sino que **gestiona el servicio 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 empresa[94] .

Esta delimitación de responsabilidad puede hacer pensar que, en el caso de la prestación indirecta de un servicio público; es decir, a través de un tercero, la Administración Pública no sería imputable, en ningún supuesto, de los daños ocasionados relacionados a la prestación de este. Sin embargo, **¿Existen supuestos excepcionales en que la Administración Pública sí resultaría responsable por los daños ocasionados, por ejemplo, por una ineficiente o negligente supervisión, a la que está obligada, de la prestación del servicio?**

Hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento, los artículos **31) y 34)** de la **Ley de Concesiones Eléctricas** establecen las obligaciones del concesionario en los siguientes términos:

> ***Artículo 31.-*** **Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a:**
>
> *a) Efectuar los estudios y/o la ejecución de las obras cumpliendo los plazos señalados en el cronograma correspondiente.*
>
> *b) Conservar y mantener sus obras e instalaciones en condiciones adecuadas para su operación eficiente, de acuerdo a lo previsto en el contrato de concesión, o de acuerdo a las normas que emita el Ministerio de Energía y Minas, según corresponda;*
>
> *c) Aplicar los precios regulados que se fijen de conformidad con las disposiciones de la presente Ley;*
>
> *d) Presentar la información técnica y económica a los organismos normativos y reguladores en la forma y plazos fijados en el Reglamento;*
>
> *e) Cumplir con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables;*

[94] (Blanquer Criado, 2009, como se citó en Vilela Rivas, 2018) p. 64

f) Facilitar las inspecciones técnicas a sus instalaciones que dispongan los organismos normativos y reguladores;

g) Contribuir al sostenimiento de los organismos normativos y reguladores mediante aportes fijados por la autoridad competente que, en conjunto, no podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de sus ventas anuales; y,

h) Cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación.

También es importante señalar el artículo 34:

Artículo 34.- Los concesionarios de distribución están obligados a:

a) Suministrar electricidad a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o a aquellos que lleguen a dicha zona con sus propias líneas, en un plazo no mayor de un (1) año y que tengan carácter de Servicio Público de Electricidad;

b) Tener contratos vigentes con empresas generadoras que le garanticen su requerimiento total de potencia y energía por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo;

c) Garantizar la calidad del servicio que fije su contrato de Concesión y las normas aplicables;

d) Permitir la utilización de todos sus sistemas y redes por parte de terceros para el transporte de electricidad, excepto cuando tenga por objeto el suministro de electricidad a Usuarios Regulados dentro o fuera de su zona de concesión, en las condiciones establecidas en la presente Ley y en el Reglamento.

Asimismo, la concesión es un excelente mecanismo para atraer la inversión privada; sin embargo, las concesiones en el sector eléctrico tienen una peculiaridad, que las hace distintas a lo que tradicionalmente conocemos como concesión por la doctrina tradicional. Estas concesiones se dividen en dos tipos las concesiones temporales y definitivas, y tienen las siguientes características:

Concesiones temporales: La concesión temporal, se aplica para desarrollar estudios de factibilidad, para lo cual permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbres para la realización de estos estudios en centrales de generación, subestaciones y líneas de transmisión. El plazo máximo para dichas concesiones es de dos años, pudiéndose renovar por un año adicional, por una sola vez, a solicitud del interesado. Sólo cuando el cronograma de estudios no haya sido cumplido por razones de fuerza mayor o caso

fortuito. Esta concesión no tiene contrato, ya que el título se otorga por Resolución Ministerial y su plazo de vigencia se cuenta desde la fecha de publicación de la Resolución de otorgamiento. Al vencimiento del plazo se extingue de pleno derecho. Otro aspecto importante a resaltar es que la concesión temporal no tiene carácter exclusivo; en consecuencia, el Ministerio de Energía y Minas puede otorgar concesión temporal para estudios de centrales de generación, subestaciones y líneas de transmisión dentro de las mismas áreas a más de un peticionario a la vez (Salvatierra Combina, 2009, p. 319).

Concesiones definitivas: De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas[95], se requiere de una concesión definitiva para desarrollar las siguientes actividades: Generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos o geotérmicos y que exceda 500 Kw (0.50 MW); Transmisión de energía eléctrica cuando sea necesario obtener la imposición de servidumbres sobre propiedad privada o utilizar, a título gratuito, bienes de propiedad del Estado o municipal, cruzar caminos, puentes, vías férreas, líneas eléctricas y de telecomunicaciones; Distribución de energía eléctrica cuando la demanda supere 500 KW.

La concesión definitiva, se aprueba mediante Resolución Suprema y va acompañada de un contrato de concesión. El plazo de estas concesiones eléctricas es indefinido[96], lo cual no es jurídicamente normal, ya que las concesiones desde su concepción dentro de la teoría de los servicios públicos, siempre fue concebida como un Contrato Administrativo que otorgaba la gestión del servicio a favor de un particular, por un tiempo determinado, al cabo del cual la concesión retornaba al ámbito del Estado.

Según lo señalado anteriormente, el OSINERGMIN, será la Administración Pública encargada de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de estas principales obligaciones de los concesionarios del servicio de suministro eléctrico. Así también, se debe tener en cuenta que los contratos de concesión también constituirán fuente de obligaciones, por lo que de los

---

[95] **Ley de Concesiones Eléctricas**

Artículo 3º.- Se requiere concesión definitiva para el desarrollo de cada una de las siguientes actividades:

a) La generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor de 500 KW; b) La transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de éste;

c) La distribución de energía eléctrica con carácter de Servicio Público de Electricidad, cuando la demanda supere los 500 KW; y,

d) La generación de energía eléctrica con recursos Energéticos Renovables conforme a la Ley de la materia, con potencia instalada mayor de 500 KW.

[96] **Ley de Concesiones Eléctricas:**

Artículo 22. La concesión definitiva y la autorización se otorgan por plazo indefinido para el desarrollo de las actividades eléctricas. Se podrá otorgar concesión temporal para la realización de estudios de factibilidad.

mismos pueden emanar obligaciones específicas de supervisión y fiscalización de la Administración Pública.

3.5. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública derivada de su inactividad

En relación a la inactividad de la Administración Pública, seguiremos el enfoque que defiende Huapaya Tapia y Sánchez Povis, y orientaremos la inactividad entendida como el incumplimiento de un deber o de una obligación de realizar una determinada prestación posible, lícita y determinada o determinable. Teniendo esto en cuenta, el concepto jurídico de inactividad administrativa que adoptaremos en el presente trabajo puede construirse a partir de dos elementos: uno de carácter material, que involucra la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro de carácter formal, que sugiere la omisión en la observancia de un deber legal de obrar o actuar y que determina su antijuridicidad[97].

Respecto a la relación entre la inactividad administrativa y la responsabilidad patrimonial de la Administración. La inactividad, entendida el incumplimiento ilícito de un deber de actuación legal y posible por parte de la Administración, puede generar daño sobre el administrado. En tal sentido, más allá de la lesión del ordenamiento, la inercia de la Administración puede generar lesión en el patrimonio del administrado; esto es, la denominada "responsabilidad por omisión".

Será necesario en este caso acreditar una relación de causalidad adecuada entre el daño resarcible invocado, con respecto a la actividad (u omisión) estatal realizada por la Administración y que generó el mismo. Conforme lo señala la doctrina "para acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el daño, es necesario demostrar que si la entidad hubiera realizado el deber incumplido, se hubiera evitado el daño producido". Por otro lado, se deberá invocar un factor de atribución, que permita imputar la producción del daño a la Administración. La doctrina que comenta el artículo 260 del TUO de la LPAG, señala que "los factores de atribución normalmente usados son el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración en relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente (comúnmente denominada la falta de servicio) y el riesgo creado por la acción estatal (responsabilidad por riesgo o enriquecimiento sin causa)"[98].

---

[97] (Gómez Puente M.,2011, como se citó en Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020) p. 286
[98] (Morón Urbina, 2014, como se citó en Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020) p. 268.

En relación a la responsabilidad por la omisión en materia de inactividad prestacional y funcional; según lo señalado por Huapaya Tapia y Sánchez Povis, cuando la Administración deja de ejercer sus potestades de dirección, vigilancia y control de actividades privadas puras, de servicios públicos concedidos y de actividades administrativas ejercidas por sujetos privados; esto es, si la Administración omite realizar estos deberes de vigilancia, control e inspección, y se generan daños por esta falta de control, responderá patrimonialmente, pues estamos frente a un claro y evidente funcionamiento anormal de la Administración Pública, el cual resulta reprochable jurídicamente ya que causa perjuicio al administrado. (Laguna de Paz, 2001, p. 33).

En este apartado, vamos a analizar y comentar en qué supuestos la Administración tendría que responder excepcionalmente por los daños ocasionados por los concesionarios **en virtud del título de la culpa in vigilando.**

Planteamiento de la cuestión: la construcción teórica de la responsabilidad por culpa in vigilando en el ámbito de los contratos administrativos[99]. Nos vamos a guiar de la doctrina comparada española. La posibilidad de que la Administración responda por los daños ocasionados por contratistas y/o concesionarios en virtud del título de imputación de la culpa in vigilando ha sido admitida por distintos autores. No obstante, han sido Rebollo Puig[100], Beladiez Rojo[101] y De Ahumada Ramos[102] quienes han realizado los esfuerzos más notables por justificar la aplicación de este título de imputación en el ámbito de la contratación administrativa. De las aportaciones de estos autores, se puede resumir las siguientes conclusiones:

En primer lugar**, la responsabilidad de la Administración en estos casos es una responsabilidad por conducta-o más bien omisión, como tendremos ocasión de comprobar- propia**.

La imputación por culpa in vigilando constituye una forma de responsabilidad por omisión. Así lo afirma de manera rotunda De Ahumada Ramos y en este punto, no se aleja demasiado de lo sostenido por Beladiez Rojo, ya que la responsabilidad por omisión se reconduce a uno de los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos[103] . Para

[99] Para proponer esta construcción teórica hemos tomado como base el artículo Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La Culpa in Vigilando como título de imputación. (Gallego Córcoles, 2008).

[100] (Rebollo Puig, 1991, como se citó en Gallego Córcoles, 2008) p. 266

[101] (Beladiez Rojo, 1997, como se citó en Gallego Córcoles, 2008) p. 266

[102] (De Ahumada Ramos F.J., 2004, como se citó en Gallego Córcoles, 2008) p. 266

[103] (García de Enterría E.,1956, como se citó en Gallego Córcoles, 2008) p. 267

Beladiez**, la responsabilidad por culpa in vigilando tiene su fundamento en el funcionamiento anormal de los servicios de inspección.**

Por otra parte, si adoptamos un concepto objetivo de culpa[104] , habremos de concluir con Gómez Puente que la responsabilidad por omisión —o, lo que a nosotros nos concierne, la responsabilidad por culpa in vigilando— es siempre una responsabilidad por culpa[105], en el sentido de que se produce un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Desde esta perspectiva teórica, por tanto, es técnicamente viable la posibilidad de que a la Administración le sean imputables determinados daños ocasionados por sus contratistas o concesionarios cuando incumpla sus deberes de inspección sobre la ejecución del contrato administrativo[106].

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad puede deberse tanto a la radical pasividad de la Administración **(omisión absoluta)**, como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo que impide satisfacer en su integridad cuantitativa y cualitativamente el contenido del deber impuesto, en este caso de inspección (**omisión relativa)**. (Gómez Puente, 1994, 142).

Desde esta perspectiva, **el auténtico problema en relación con la culpa in vigilando es construir la relación de imputación entre el funcionamiento anormal de los servicios de inspección y el daño ocasionado a terceros, lo que, como en todos los supuestos de responsabilidad por omisión, puede no resultar sencillo.** (Gallego Córcoles, 2008, p. 269).

En efecto, tanto Rebollo como Beladiez se refieren a la falta de diligencia o comportamiento culposo, bien sea como un requisito para la responsabilidad o bien sea para construir la relación de causalidad. De Ahumada Ramos prefiere hablar de la omisión como un «comportamiento jurídicamente exigible». Lo difícil es determinar cuándo se produce esta falta de diligencia, cuándo se omite el comportamiento jurídicamente exigible.

Pues bien, la doctrina extranjera interpreta la obligación de asegurar la buena marcha de los servicios atendiendo a los estándares medios[107], estándares medios cuya fijación

---

[104] Sobre el concepto de culpa objetiva, vid. Magide Herrero M., «El criterio..., op. cit., pág. 374 y Mir Puigpelat O., La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, Civitas, Madrid, 2002.

[105] Ello se debe a la «imposibilidad ontológica de incluir en el funcionamiento normal la omisión o inactividad». En contra, Magide Herrero M. («El criterio..., op. cit., pág. 381) para quien es perfectamente imaginable una responsabilidad objetiva por omisión, al situar el elemento de la diligencia exigible no en el plano de la causalidad sino en el de la imputación. En contra, igualmente, De Ahumada, (Responsabilidad patrimonial..., op. cit.,...) quien adopta un criterio subjetivo de culpa.

[106] En España, la responsabilidad patrimonial se regula en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (01 de octubre), en los artículos del 32 al 36.

[107] (Beladiez Rojo, 1997, como se citó en Gallego Córcoles, 2008). p. 288

corresponde a la jurisprudencia. En estos casos, como ha señalado Entrena Cuesta[108], no basta la posición de garante de la Administración, sino que se requiere, además, que se produzca un resultado lesivo, y que éste pudiera haberse evitado mediante una actuación adecuada, por lo que la relación de causalidad no media entre la omisión y el resultado, sino en la causal de la hipotética acción que hubiera podido y debido realizarse para evitar dicho resultado. Mir Puigpelat afirma que la Administración sólo responderá cuando estuviera obligada no ya sólo a actuar, sino incluso a evitar el resultado. Lo que sólo ocurrirá cuando se encuentre en una posición de garante al respecto y además, la acción omitida (debida) hubiera podido evitar el resultado. El problema es determinar qué acción es la debida en estos supuestos, o lo que es lo mismo cuándo la Administración obra respetando los estándares medios del servicio.

Actualmente predomina una noción objetiva de culpa: basta infringir la norma objetiva de cuidado para incurrir en culpa. No se adapta el examen de la culpabilidad a las concretas características del sujeto que ha causado el daño. Solo se compara la conducta realizada con el modelo de conducta que se deriva de la norma objetiva de cuidado fijada por el ordenamiento. En el Derecho Civil español (como en el italiano), la conducta que se toma como referencia es la de un buen padre de familia. La culpa objetiva se ha impuesto en Derecho Civil porque, como señala MEDICUS "En Derecho Civil no se trata tanto de culpa personal […] como de la facilidad y seguridad del tráfico. Y ambas exigen una tipificación de las exigencias de cuidado".

La culpa objetiva se ha impuesto también en la responsabilidad civil de la Administración pública. Objetiva debe ser la anormalidad que en general sirva para desencadenar la responsabilidad de la Administración Española. Tiene poco sentido mantener una culpa (tanto objetiva como, en mayor medida, subjetiva) de una organización como la Administración Pública, organización que, como toda persona jurídica, carece de capacidad volitiva y no puede intervenir en la realidad a través de acciones y omisiones, a través de conductas dolosas, negligentes o diligentes. La culpa de la Administración (como, en general, sus acciones) se refiere, en realidad, a sus agentes, a las personas físicas que la integran. Decir que la Administración ha incurrido en culpa o que ha actuado de forma anormal es sólo una- útil- ficción que encubre y simplifica lo que en realidad ha ocurrido: que un concreto agente administrativo ha incurrido en culpa o ha actuado de forma anormal (Mir Puigpelat, 2002, p. 259).

[108] Entrena Cuesta R., «Responsabilidad e inactividad de la Administración», en Martínez López-Muñiz J.L. y Calonge Velásquez A., La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, Marcial Pons, 1999, pág. 371.

Naturalmente, puede suceder-ocurre con cierta frecuencia-que no se pueda identificar al agente, a la persona física que, actuando en el seno de la organización, ha causado el daño; es posible también, que el daño no derive de una única conducta, sino que sea el resultado de un conjunto de acciones y omisiones de personas integradas en la organización administrativa. En una y otro caso, no habiendo duda del origen administrativo del daño (no pudiendo negar que el daño ha emanado de la Administración, de su funcionamiento defectuoso), es cuando más útil aparece la citada ficción- jurídica y lingüística: los problemas de prueba se evitan afirmando que ha habido culpa, anormalidad de la Administración. La fórmula tradicional española de responsabilidad "por el funcionamiento normal de los servicios públicos"- de la Administración-engloba dichos supuestos y se muestra por ello, totalmente satisfactoria; conviene, pues, mantenerla (Mir Puigpelat, 2002, p. 260).

Equiparado a la culpa objetiva, y predicado de la Administración (de la organización), no de las concretas personas físicas que la integran, la cuestión clave radica en saber, por un lado, **cuáles son las concretas normas de diligencia a las que debe someterse la Administración, cual es el concreto modelo de conducta administrativa que permite identificar (negativamente) a dicho funcionamiento anormal de los servicios públicos y distinguirlo del funcionamiento normal, correcto de los mismos (¿Cuándo podrá decirse que la Administración ha actuado de forma incorrecta, anormal?). Y por otro, quién debe elaborar tal modelo de conducta administrativa.**

En opinión de Mir Puigpelat, no hay duda de que quienes deben establecer el modelo de conducta de la Administración son el legislador y la propia Administración. Ambos deben elaborar las normas de diligencia que deberá respetar la Administración en el ejercicio de sus potestades. Ambos deben encargarse de definir con precisión cual es y debe ser el funcionamiento normal de los servicios públicos, su nivel cuantitativo y cualitativo de actividad. Ello es aceptado pacíficamente, pero en la práctica, como se verá a continuación, no siempre se cumple. Cuando se trata de establecer las normas de diligencia a las que se someterá la Administración y el legislador; según Mir Puigpelat, tienen ante sí dos grandes opciones; la primera consiste en elaborar un catálogo exhaustivo y pormenorizado de normas de diligencia, de normas de diligencia específicas que señalen con precisión cómo deberá comportarse la Administración en cada una de sus sectores de actividad y, dentro de los mismos, en el ejercicio de las distintas actividades que integran cada uno de ellos. La segunda opción consiste en prescindir de dicho catálogo pormenorizado y limitarse a enunciar una cláusula general de diligencia, una cláusula general equivalente a la que, en Derecho civil español, remite a la

conducta de un buen padre de familia[109]. Sin embargo, una y otra opción por sí solas, resultan insatisfactorias y deben ser combinadas.

La segunda opción es negativa por la gran inseguridad jurídica que comporta y, sobre todo, porque supone, en la práctica, dejar en manos del juez la determinación de cómo debe actuar la Administración pública, el cual debe ser el funcionamiento normal de los servicios públicos. Esta función, como se ha dicho, corresponde al legislador y a la Administración; no al juez, que debe limitarse a controlar si la Administración ha actuado como el ordenamiento espera (y exige) que actúe.

La primera opción es, en opinión de Mir Puigpelat mucho más deseable. Coincidimos con quienes creen necesario que el legislador y la Administración se esfuercen en fijar concretos estándares de actuación de las Administraciones Públicas, estándares que indiquen cuál es el funcionamiento normal de los servicios públicos y cuya vulneración constituya la anormalidad que desencadene (en el caso que se haya producido un daño y se cumplan el resto de requisitos) la responsabilidad patrimonial de la Administración[110]. Estándares elaborados de acuerdo con las exigencias sociales, las limitaciones presupuestarias[111], los contenidos irrenunciables impuestos por la Constitución y las Leyes y los contenidos contingentes que quedan en manos de los sucesivos Gobiernos y dependen de su respectiva orientación política (Mir Puigpelat O., 2002, p. 261).

---

[109] Un ejemplo de cláusula general de diligencia operativa en el ámbito de la responsabilidad administrativa es la que alude a las reglas "de buena administración" (cláusula manejada, como sabemos, por la Corte de casación italiana). Más adelante veremos que el derecho a una buena Administración ha sido reconocido recientemente por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

[110] La necesidad de que se fijen estándares normativos a los que vincular la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración ha sido defendida, en España, sobre todo, por Martin Rebollo (Martín Rebollo, Luis, "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad…", op. Cit., p.2809; Martin Rebollo, Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administración Públicas en España…". Op. Cit.p.56. La Necesidad, en general, de que el legislador concrete y perfile más la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido puesta de relieve, con particular énfasis y acierto, por Martín Retortillo Baquer, Lorenzo, "De la eficiencia y economía". Op. Cit. Pp. 105-108 y 109.

[111] Por ello, coincido con Díez-Picazo cuando afirma que la imprudencia es una noción normativa, no económica (Díez -Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, op. Cit., p.359); trasladado a la responsabilidad de la Administración, ello significa que cuando se elaboren los estándares que definan el modelo de conducta administrativa, cuando se determine cuándo actuará la Administración de forma imprudente y cuándo no, serán sin duda muy importantes las consideraciones económicas (la comparación entre el coste de las medidas de seguridad que se impongan a la Administración y el coste de los daños que con ellas se evitarán), pero no serán (no pueden ser) suficientes.

Dichos estándares permiten garantizar que el régimen de responsabilidad patrimonial sea realista y se adapte con exactitud al modelo de la Administración y de servicios públicos que la colectividad (representada directamente por el poder legislativo e, indirectamente, por la propia Administración) exige y desea en cada momento.[112] Dichos estándares redundan en beneficio de la seguridad jurídica; y la mayor seguridad jurídica interesa a todos: a) beneficia a los ciudadanos, que sabrán con certeza cuándo tendrán derecho a indemnización y cuándo no (evitándose así que proliferen reclamaciones de responsabilidad destinadas al fracaso)- y reduciéndose, de esta forma, los costes terciarios-); b) beneficia a la Administración y a la calidad y eficacia de su actuación, pues si la Administración sabe a qué atenerse, qué hacer para no incurrir en responsabilidad civil, es muy posible que lo lleve a cabo; c) beneficia a los propios jueces, a quienes facilita enormemente la función jurisdiccional y, en particular, la función de control del buen funcionamiento de la Administración que deben efectuar y que justifica, en último término, como sabemos, la propia institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¿Cómo corregir estas insuficiencias de un sistema basado exclusivamente en exhaustivos estándares específicos de diligencia impuestos normativamente? Mir Puigpelat señala: combinando los estándares normativos con la otra gran opción-antes aludida-que se presenta cuando se trata de definir cuál será el modelo de conducta (de diligencia) que deberá seguir la Administración: una cláusula general de diligencia (o negativamente: una cláusula general de culpa). Una cláusula general de diligencia que permite corregir y superar las rigideces de la estandarización y otorgue la suficiente flexibilidad al sistema. Pero una cláusula general de diligencia que actúe como una cláusula de cierre y sólo opere excepcionalmente; una cláusula general de diligencia, aunque sea concebida como un concepto jurídico indeterminado, queda-como se ha visto-en gran parte en manos del juez, amenazando la realización de los principios de igualdad, democrático y de seguridad jurídica**.**

[112] A falta de estándares, lo que deba entenderse por funcionamiento normal de los servicios públicos, por funcionamiento normal de la Administración, queda en manos del juez, y de su concreta percepción de lo que el país merezca (Martín Rebollo, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad…", op. Cit.,p. 364; queda en manos, en definitiva, "de lo que cada órgano judicial pueda considerar "digno de un país como España". [Pantaleón Prieto, Fernando, "Los anteojos del civilista…", op. Cit., p. 249). Fácilmente se rompe, entonces (por exceso o por defecto), la sintonía entre la Administración que desea la colectividad y que se refleja, sobre todo, en las Leyes anuales de presupuestos (en las partidas presupuestarias que se asignan a los distintos sectores de la actividad administrativa), y la que resulta perfilada por los jueces y sus sentencias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Produciéndose la situación criticada por Nieto: "a veces los tribunales colocan los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de todos los servicios del país, tantos públicos como privados (Nieto García, Alejandro, "Prólogo", op. Cit., p. 18).

Esta cláusula general de diligencia debe tener en cuenta los principios constitucionales que delinean los rasgos básicos de la Administración y de su actividad. La Administración que debe tomarse como modelo en el momento de construir y aplicar esta cláusula general de diligencia es, pues-tomando los principios que parecen más relevantes en este contexto- una Administración eficaz, servicial, imparcial y sometida plenamente a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). En definitiva, una buena Administración. Esta cláusula general de diligencia, además, debe partir del estándar medio de diligencia exigido a sujetos públicos y privados y de las posibilidades reales-no imaginarias-de las Administraciones públicas del país.

Entonces, **un sistema de exhaustivas normas de diligencia administrativa, de concretos estándares normativos, adecuadamente combinado con una cláusula general de cierre, constituye, a juicio de Oriol Mir Puigpelat, el modelo a seguir, lo que debe imponerse en sustitución del régimen de responsabilidad objetiva global actualmente vigente en España; este sistema o conjunto normativo regulador se podría repetir en Perú.**

Por otro lado, las funciones del OSINERGMIN se encuentran establecidas en la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. De manera general, 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 OSINERGMIN 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.

La función *supervisora* es una de las más relevantes, se constituye como el deber de vigilancia del OSINERGMIN, debiendo verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas por parte de las empresas operadoras, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la empresa supervisada.

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

Por la función *normativa*, el OSINERGMIN puede dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

En virtud a la función *fiscalizadora y sancionadora*, el OSINERGMIN posee la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de 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 posee la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre empresas bajo su ámbito de competencia 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 OSINERGMIN 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 del sector energético, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora. De otro lado, este organismo es competente para resolver controversias en la vía arbitral cuando las partes hayan acordado someter sus discrepancias a arbitraje administrativo. Y por último por la función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

En relación al fundamento de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de culpa in vigilando. Consideramos que el fundamento de la responsabilidad patrimonial en los casos de culpa in vigilando *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 concesión.* En el caso del sector eléctrico, 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 sobe los ciudadanos, **sino de deberes concretos y específicos**, que inciden sobre actividades que encierran un potencial dañoso para la colectividad y, por tanto, la responsabilidad patrimonial surge precisamente del deficiente ejercicio de sus potestades (Laguna de Paz, 2001, p. 36).

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 inspección. 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 permitido* (Laguna de Paz, 2001, p. 36).

Debemos recordar que en relación a la normativa española del sector energético, **la Ley** del sector eléctrico, 54/97, de 27 de noviembre, establece en su artículo 2.º, sentando con claridad las bases del régimen del sector en su primer apartado, reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, lo que acaba con los equívocos creados por el ordenamiento anterior, desde la época de la Dictadura de Primo de Rivera, y comporta además la despublificación del transporte en alta, convertido en verdadero servicio público por la Ley de 1984 . Esta clara afirmación, que coloca las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad en el ámbito de las libertades económicas, se acompaña, sin embargo, por otra declaración complementaria y no menos importante, que se efectúa en el segundo apartado y que dice así: *estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de* ***servicio esencial*****.**

Esta calificación resume, en definitiva, el conjunto de exigencias que justifican la especial regulación contenida en la Ley, que impone severas condiciones –auténticos límites negativos y positivos a las libertades– a quienes quieran actuar como operadores en el sector, y **los somete a los necesarios controles** (López Muñiz, 1999, p. 142). Pero, como se dice en la exposición de motivos, a *diferencia de regulaciones anteriores, la Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que* ***la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico*****.**

Laguna de Paz afirma que la corrección del sistema en los supuestos de responsabilidad administrativa por daños del sujeto autorizado es imprescindible, pues la afirmación de una genérica responsabilidad de carácter objetivo no tendría justificación. La Administración no tiene por qué hacerse cargo de todos los daños que el sujeto autorizado- que es un particular, que lleva a cabo una actividad privada-origine a terceros, sino solo de aquellos que, mediando una causación adecuada, puedan imputarse a un funcionamiento anormal (culposo) de los servicios públicos. El presupuesto, por tanto, ha de ser un deficiente ejercicio de las

competencias administrativas, con incidencia en la producción del resultado; una solución distinta desvirtuaría el sentido de la institución y tampoco tendría posibilidades financieras reales (Laguna de Paz, 2001, p. 46).

Así, será la culpa o negligencia —dice Jiménez Blanco[113]— lo que permite concretar la relación de causalidad, abriendo la posibilidad de imputar el daño, o una parte de él, a la Administración. También en esta línea. Rebollo Puig —como complemento, no como alternativa, al régimen de responsabilidad— acepta que, en los casos en que los daños sean debidos a alguien ajeno a la organización administrativa, la responsabilidad pública resulta del funcionamiento anormal o culposo de la Administración (no empleó la diligencia exigible para prevenir y evitar los daños), liberando así al elemento causal de unas funciones que no le corresponden[114]. Más aún, Gómez Puente entiende que funcionamiento normal y responsabilidad por omisión son ideas conceptualmente contrapuestas.

Es muy difícil decidir si la Administración debe o no indemnizar —dice Rivero Ortega—, ya que todas las actividades privadas que tienen alguna relevancia pública se encuentran sujetas a un control administrativo más o menos difuso. ***Este autor afirma que la clave de las dificultades interpretativas de la responsabilidad in vigilando, se encuentra en que cuando la Administración vigila, en general, no crea riesgos, sino que trata de evitarlos, lo que marca una diferencia considerable con respecto a la prestación de servicios públicos.*** **Al final, de nuevo se busca en la relación de causalidad el límite al sistema: «si el servicio funciona correctamente, no puede decirse que el daño sea causado por el servicio; en cambio, si el servicio funciona mal o sencillamente no funciona,** ***se crea una situación de riesgo de la que es coadyuvante la Administración, aunque el autor directo del daño sea un sujeto privado»[115].*** Finalmente, el problema es encarado directamente por MAGIDE, quien entiende que sería preferible restringir la responsabilidad por culpa in vigilando al supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos; es decir, predicar la antijuridicidad de la acción, no del daño[116]. Así, habría que examinar la antijuridicidad de la conducta, en función de los deberes que recaen sobre la Administración; y, después, valorar si en el incumplimiento de dicho deber se puede identificar un negligente funcionamiento de la Administración.

No obstante, sabemos que la postura señalada es una aproximación a la responsabilidad de la Administración en los supuestos de culpa in vigilando, y deberá evaluarse en cada caso

[113] (Jiménez-Blanco Carrillo De Albornoz, 1984, como se citó en Laguna de Paz) p. 46
[114] (Gómez Puente, 2000, como se citó en Laguna de Paz, 2001) p. 46
[115] (Rivero Ortega 1999, como se citó en Laguna de Paz, 2001) p. 47
[116] (Magide Herrero, 1999, como se citó en Laguna de Paz, 2001) p. 47

concreto la existencia o no de responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta que la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento peruano es híbrida, con una inclinación subjetiva.

La Administración no se responsabiliza, pues, de todas las facetas de la actividad del sujeto autorizado, que son variadas e imprevisibles en cuanto a su potencial de generación de daños, sino sólo de aquellas que, en atención a su particular peligrosidad, la normativa específicamente le encomienda. El punto de partida es, pues, la consideración del alcance de los concretos deberes que asume la Administración respecto de la actividad autorizada. El resultado ha de ser previsible y evitable en el curso normal de los acontecimientos, de manera que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la conducta de la Administración pueda considerarse idónea para su producción. Por el contrario, la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño juegan como factores exonerantes de la responsabilidad. Lo mismo ocurre con la presencia de circunstancias de fuerza mayor, así como con la concurrencia de culpa de la víctima (Laguna de Paz, 2001, p. 51).

La Administración, dice ENTRENA, responde porque, al incumplir su deber de garante, da lugar a una lesión «*que podría haberse evitado* o al menos paliado de haberse realizado la actividad pertinente». En definitiva, la pregunta que hay que hacer es la siguiente: ¿qué daños hubieran podido razonablemente evitarse si la Administración hubiese ejercido adecuadamente sus competencias? Sólo éstos han de configurar la obligación administrativa de indemnizar.

Según Laguna de Paz, en términos generales, la responsabilidad administrativa puede derivarse en tres casos: primero, ante graves negligencias en el otorgamiento de la autorización, habilitando para el ejercicio de la actividad a quien no reúne las más elementales condiciones para ello; segundo, cuando el daño resulte de aspectos de la actividad que hayan sido predeterminados por la norma o, excepcionalmente, por la Administración (cláusulas accesorias); tercero, cuando el deficiente ejercicio de sus potestades **de vigilancia y *control* haya permitido la concreción de un resultado dañoso, que —en otro caso— no se hubiera producido** (Laguna de Paz, 2001, p. 51).

Trataremos brevemente el tema de la fuerza mayor y su regulación en el sector eléctrico peruano.

Es necesario hacer referencia al análisis de la relación de causalidad entre el daño y la omisión de la función de la Administración Pública. La fuerza mayor en el sector eléctrico peruano ha sido recogida en el marco del cumplimiento de las obligaciones de servicio público entre las concesionarias y el Estado Peruano; entramos aquí a un régimen diferenciado, en tanto

se hace alusión a la prestación de un servicio, calificado por el legislador como esencial en virtud al interés común. Así, es el legislador peruano el que establece dicha calidad de servicio, dependiendo fundamentalmente del interés general, elemento este último cuyo carácter es evidentemente variable en el tiempo y en el espacio[117] .

Debido a tal interés, cuyo fin es la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, el Estado mantiene la función de garante y regulador en la prestación de dichos servicios, con el objeto de que se cumplan determinados requisitos en la prestación de los mismos, tales como *Continuidad en la prestación, Igualdad y no discriminación, Obligatoriedad, Regularidad y Universalidad*. Tales funciones de garantía y aseguramiento de la prestación del servicio público, se ven materializadas con la participación del Organismo Regulador, entidad que controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, la generación de condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible. (Huapaya Tapia R.,2015, p.390).

Precisamente, estos deberes de continuidad y calidad de servicio han sido recogidos en la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, los cuales obligan a la concesionaria a utilizar todas las herramientas necesarias dentro de sus obligaciones con el objetivo de garantizar un servicio eficiente y continuo.

Como ya hemos señalado anteriormente, en el sector eléctrico, la entidad encargada de ejercer las funciones referidas anteriormente es el OSINERGMIN, quien posee facultades normativas, reguladoras, fiscalizadoras y sancionadoras, dentro de los ámbitos de su competencia. En tal sentido, puede apreciarse que, en el supuesto que una empresa privada, que presta servicios mediante una concesión, incurra en algún tipo de infracción o incumplimiento en la calidad del servicio, se utilizarán las normas especiales del sector, dentro de las cuáles se encuentra La Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de Transmisión y Distribución, Directiva N ° 010-2004-OS-CD/OSINERGMIN (en adelante La Directiva), que regula aquellos supuestos de interrupción del servicio por causas de fuerza mayor, y que tuvo como base para su creación la figura de fuerza mayor regulada en el CC.

---

[117] Consultar el artículo de Paredes Miranda, B. (19 de junio de 2017*). El régimen de la fuerza mayor en el sector eléctrico y su distinción del artículo 1315 ° del Código Civil. Líneas para una integración del concepto.* Pasión por el Derecho. https://lpderecho.pe/fuerza-mayor-sector-electrico-distincion-articulo-1315-codigo-civil-integracion-concepto/

Al principio la Directiva tomó como base legal los artículos 1315° y 1317°[118] del CC; sin embargo, en el año 2010 se realizó una modificación expresa respecto a los requisitos de configuración de la fuerza mayor, consignándose en el numeral 1.1 de la Directiva, lo siguiente:

"Los principios que se aplican para la evaluación de calificación como causa de fuerza mayor es que el evento que ocasionó la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico, sea de naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria, o que habiendo sido previsto no pudiera ser evitado." (Subrayado agregado).

Como es de apreciarse, en dicho numeral se aclaró el tema respecto a los requisitos de la fuerza mayor, señalándose que un evento de tal naturaleza en el sector eléctrico puede ser incluso aquel que, aún habiendo sido previsible, no puede evitarse (irresistible). Es decir, en aquellos casos en los que ocurra un hecho irresistible, no será determinante hablar de los elementos de extraordinariedad o previsibilidad, pues bastará acreditar la imposibilidad objetiva de evitar el hecho acaecido, para liberar de responsabilidad a la empresa concesionaria o a la Administración Pública.

Esta nueva acepción difiere de la tradicional figura de fuerza mayor regulada en el CC, en tanto la aplicación e interpretación dominante que suele dársele al artículo 1315° establece como requisitos para su configuración, la conjunción de las tres características ya señaladas anteriormente y que todos conocemos: irresistible, imprevisible, extraordinario.

Sin embargo, con esta modificatoria de la Directiva, en la actualidad se libera de responsabilidad al obligado, siempre que ocurra un evento extraordinario o inevitable, con la salvedad de que se cumpla el deber de diligencia requerido por la normativa reglamentaria. En síntesis, nos situaremos ante un hecho de fuerza mayor cuando se de cualesquiera de estas dos condiciones: i) el evento ocurrido sea extraordinario, entendido como aquel hecho fuera de lo común (un evento que sucede por primera vez) que afecte la ejecución de la prestación, o ii) sea irresistible, no se pueda evitar aun habiendo tomado las previsiones del caso.

Para ser más claros, y poniendo un ejemplo concreto en el sector eléctrico, estaremos ante un hecho *extraordinario*, ante el primer caso de hurto de redes eléctricas[119]. Así, cuando se suscita el primer caso de hurto de redes eléctricas, se puede hablar de un hecho

[118] **Artículo 1317°.-** El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

[119] Según estadísticas de OSINERGMIN, estos hurtos por terceros se incrementaron entre los años 2004 y 2009, con el objetivo de comercializar el cobre de las redes en el mercado negro.

extraordinario, debido a que este fue inesperado. Sin embargo, cuando este se vuelve frecuente, la condición de extraordinario se pierde, debiendo adoptarse medidas de prevención. En estos casos, el deudor sólo se liberará de responsabilidad, si los actos de hurto cometidos por terceras personas pueden calificarse como irresistibles, lo cual dependerá del caso concreto a analizar.

Por otro lado, y siguiendo con otro ejemplo del sector eléctrico, estaremos ante un hecho *irresistible* en aquel supuesto en donde, aun habiéndose adoptado medidas de prevención para evitar un posible terremoto, este sea de tal magnitud que dañe irremediablemente las subestaciones de electricidad o las redes eléctricas, haciendo imposible mantener la continuidad del servicio.

Cabe señalar que aquí queda descartada la imprevisibilidad como requisito de la fuerza mayor, en tanto la misma se encuentra subsumida dentro del factor de extraordinariedad; es decir, un hecho extraordinario es a su vez imprevisible; además de ello, como ya lo señaló ALPA, existen eventos previsibles que no pueden evitarse. Por tal motivo, resulta de mayor precisión hablar de un hecho extraordinario o irresistible como causas no imputables que liberan de responsabilidad a la parte obligada.

En esta misma línea, y volviendo al ámbito civil, diversos tratadistas han señalado que la regulación establecida en el artículo 1315° del CC resulta desactualizada y redundante, en tanto los conceptos de imprevisible, extraordinario e irresistible, resultan confusos y han sido mal adaptados de la doctrina francesa (Leysser León H., 2004, pp. 28-42). Más aún, como bien ha anotado LEYSSER, “las características del caso fortuito no tienen por qué presentarse de manera conjunta. En otras palabras, ellas no carecen de valor si son consideradas individualmente: no se necesita que los tres atributos (extraordinariedad, imprevisibilidad, irresistibilidad) connoten el evento analizado”. Lo determinante entonces, es que en el caso concreto se presente un hecho tal que imposibilite objetivamente el cumplimiento de la prestación y pueda liberar al deudor. No obstante, como ya hemos señalado, este análisis no suele tomarse en cuenta por un sector de la doctrina ni por la mayoría de la jurisprudencia nacional.

3.6. Daños ocasionados en el sector energía a los administrados

3.6.1. Denuncias por calidad de servicio eléctrico (Interrupción o cortes del suministro de energía eléctrica), según información remitida por el OSINERGMIN.

Tabla 1

Denuncias por Calidad de Servicio Eléctrico (Interrupción)

Empresa Concesionaria	2017	2018	2019	2020	2021
ADINELSA	1	1	17	19	21
COELVISAC	1				
EILHICHA					1
Electro Dunas	60	202	147	197	154
Electro Oriente	101	421	377	409	573
Electro Pangoa	1	3	33		
Electro Puno	137	304	289	145	270
Electro Sur	20	157	182	141	74
Electro Sur Este	196	537	606	641	683
Electro Tocache	7	23	15	2	2
Electro Ucayali	27	23	48	136	41
Electrocentro	580	1014	1478	1319	1445
Electronoroeste	563	696	1107	826	907
Electronorte	489	576	774	1400	2069
Emsemsa	1	3	5	14	2
Emseusa		4			8
Enel Distribución Perú	1922	2352	4706	3490	5907
Hidrandina	478	896	1206	1131	2626
Luz del Sur	323	463	184	258	209
PE Chavimochic		2		1	23
Seal	74	120	207	306	148
Total General	**4981**	**7797**	**11381**	**10435**	**15163**

3.6.2. Denuncias por daños ocasionados/ accidentes eléctricos a raíz de defectos en el servicio de distribución eléctrica, según información remitida por el OSINERGMIN.

Tabla 2

Accidentes Eléctricos de Terceros en Distribución por Nivel de Tensión

Tensión	2017	2018	2019	2020	2021	Total
Media Tensión	76	103	91	70	77	417
Baja Tensión	28	12	21	17	15	93
Total	104	115	112	87	92	510

Coincidimos con Baca Oneto al señalar que 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, es una responsabilidad híbrida, con inclinación a subjetiva. Así también, nos adherimos a lo que señala Morón Urbina en este punto sobre que la Administración Pública solo será responsable cuando exista un factor de atribución, que puede ser "el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración con relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente y por el riesgo creado por la acción estatal; así habría responsabilidad "por culpa" cuando el criterio de imputación sea el apartarse de un parámetro de calidad de servicio (Baca Oneto, 2010, p. 247).

Por otro lado, luego de mencionar las tesis sobre la concepción de servicio público, compartimos lo señalado por Vignolo Cueva y Baca Oneto cuando señalan que en realidad la publicatio no existe en el Perú, por ende, no existen verdaderos servicios públicos, sino que nuestro país ha experimentado la irrupción de los servicios esenciales en el subsector eléctrico; siendo posible mostrar que los regímenes jurídicos de las distintas actividades desintegradas de este subsector demuestran la lenta desaparición de los servicios públicos en estricto y la progresiva y consecuente combinación de mercados y nuevas técnicas prestacionales del derecho administrativo (como los servicios esenciales y universales). Estos últimos no sólo son medios para permitir la concurrencia de iniciativas públicas y privadas de manera abierta, sino que también permiten una mejor práctica de una importante perspectiva de **l**a subsidiariedad

social, esto es la necesidad de que el sector público y los privados actúen conjuntamente en la construcción y salvaguarda del bienestar común. Vignolo Cueva afirma que la presencia de un interés público no exige titularidad pública, lo único que habría cambiado es la técnica utilizada, el título administrativo de intervención, que dejaría de ser la titularidad pública de la actividad, pues basta acudir a las **facultades tradicionales de policía (la conocida «regulación») y a la potestad ablatoria para lograr el mismo efecto, pero de un modo mucho más respetuosa con los derechos de los particulares y con el principio de subsidiariedad, auténtico eje de la nueva visión del papel del Estado**".

Actualmente, como está redactado el artículo 260.1 del TUO LPAG[120], se puede interpretar como causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración los daños que se deriven de la prestación indirecta de servicios de la Administración; pues en este numeral se establece que la Administración va a responder por los *daños directos e inmediatos* causados por los actos de la administración, o los servicios públicos directamente prestados por aquellas. Hay que tomar en cuenta que en el campo de la gestión indirecta de servicios por parte de la Administración; esto es, cuando el servicio es prestado por concesionarios o sujetos autorizados, la Administración ha otorgado previamente la concesión a un tercero, porque lo consideró como apto y con las condiciones necesarias para el ejercicio de tal actividad.

Según lo señalado anteriormente, si consideramos al servicio público no desde el punto de vista de publicatio (que el Estado se reserve para sí el ejercicio de algunas actividades) sino desde la concepción de servicio esencial, a fin de garantizar su calidad y desarrollo adecuado no requiere de más intervención estatal que la propia regulación específica supone, considerando las funciones de la Administración encargada del sector, como supervisar y vigilar el desarrollo de los servicios esenciales.

Es importante que consideremos que cuando la Administración vigila, en general, no crea riesgos, sino que trata de evitarlos, lo que marca una diferencia considerable con respecto a la prestación de servicios públicos. Al final, de nuevo se busca en la relación de causalidad el límite al sistema: **«si el servicio funciona correctamente, no puede decirse que el daño sea causado por el servicio; en cambio, si el servicio funciona mal o sencillamente no funciona,**

---

[120] **TUO de la LPAG**
Art. 260
260.1. Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los *daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas*.

se crea una situación de riesgo de la que es coadyuvante la Administración, aunque el autor directo del daño sea un sujeto privado».

Hay que tener claro que la Administración no se responsabiliza de todas las facetas de la actividad del sujeto autorizado, que son variadas e imprevisibles en cuanto a su potencial de generación de daños, sino sólo de aquellas que, en atención a su particular peligrosidad, la normativa específicamente le encomienda. El punto de partida es la consideración del alcance de los concretos deberes que asume la Administración respecto de la actividad autorizada.

Por lo señalado anteriormente, considero que la responsabilidad in vigilando sí colisiona con el numeral 260.1 del TUO de la LPAG, porque al leer este numeral se puede interpretar que establece una causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de daños derivados de prestación indirecta (cuando el servicio es prestado por concesionarios o sujetos autorizados); pues solo menciona que responde por los daños directos e inmediatos. Es un problema porque en la práctica no permite analizar y evaluar el nivel de intervención estatal que existe en la gestión indirecta de servicios, y los deberes que tiene que cumplir la Administración en el marco de la regulación correspondiente; esto es, analizar si esta cumplió las **funciones de supervisión y vigilancia que tiene encargadas a fin de garantizar el servicio esencial que se está prestando a través del concesionario.**

La regla será que cuando se deriven daños de la prestación de servicios gestionada por el concesionario, será él quien responderá, salvo esté presente algún supuesto de exoneración de responsabilidad; será en la minoría de casos que corresponderá responder a la Administración. Cuando hablamos de omisión administrativa, no puede considerarse cualquier omisión como susceptible de indemnizar, sino solo cuando aquella omisión o incumplimiento del deber de la Administración crea una situación de riesgo de la que es coadyuvante la Administración, aunque el autor directo del daño sea un sujeto privado**.**

Nos adherimos a lo señalado por MAGIDE, quien entiende que sería preferible restringir la responsabilidad por culpa in vigilando al supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos; es decir, predicar la antijuridicidad de la acción, no del daño; así, se tendría que examinar la antijuridicidad de la conducta, en función de los deberes que recaen sobre la Administración; y, después, valorar si en el incumplimiento de dicho deber se puede identificar un negligente funcionamiento de la Administración. Así también, coincidimos con Laguna de Paz cuando afirma que el **"fundamento de la responsabilidad de la Administración se encuentra en el específico deber de control, vigilancia e inspección que la normativa encomienda a los Poderes públicos respecto de las actividades sujetas a autorización (…)**

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 potencial dañoso para la colectividad. La responsabilidad de la Administración surge precisamente (…) del ***deficiente ejercicio de sus potestades*****".** Este autor también señala que el presupuesto, por tanto, ha de ser un deficiente ejercicio de las competencias administrativas, con incidencia en la producción del resultado; una solución distinta desvirtuaría el sentido de la institución y tampoco tendría posibilidades financieras reales (Laguna de Paz, 2001, pp. 35-36).

Por los argumentos antes señalados, consideramos necesaria **una modificación del TUO de la LPAG en cuanto al numeral 260.1**; en el cual se haga referencia a los daños derivados de la prestación indirecta de servicios por parte de la Administración; pues como está redactado actualmente, simplemente lo exonera, sin dar la posibilidad de analizar las funciones que debería cumplir la Administración en ese tipo de prestación. Es importante tener en cuenta que en una prestación indirecta, la única manera en la que la Administración Pública interviene es a través de la supervisión y vigilancia del desarrollo del servicio, a fin de garantizar calidad en la prestación de los servicios esenciales, evitando causarles perjuicios a los administrados; o en caso de haberles causado daños o perjuicios antijurídicos derivados de esa prestación, pueda ser posible indemnizarlos en la práctica.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Capítulo 4

Inexistencia de mecanismos procesales en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración

4.1. Inexistencia de un adecuado mecanismo de exigibilidad de indemnización

Con el fin de saber de qué manera puede reclamarse un caso bajo el régimen de Responsabilidad Patrimonial, debemos leer de manera conjunta el comentado artículo 260 del TUO de la LPAG, con el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, que indica que la exigencia de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración establecida en el artículo 260 se reclama en sede judicial a través de una demanda contencioso administrativa, tramitándose bajo las reglas del proceso especial, y como una pretensión accesoria; es decir, debe existir una pretensión principal a la que se acumula la exigencia de una reparación por un daño generado por la Administración mediante la institución de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

Según la Ley N ° 27584 (en adelante, LPCA), tiene dentro de sus fines el realizar un control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública desde el Poder Judicial, sin embargo, para realizar dicho proceso es usual agotar la vía administrativa, es decir, **haber seguido un procedimiento administrativo previo en la entidad de la que fuese el caso**, por lo que luego de haber obtenido una respuesta por parte de ésta o en aplicación del silencio administrativo positivo o negativo (es decir, teniendo una denegatoria ficta), se acudirá a la vía judicial. Ello se relaciona también a lo establecido en el artículo 18 del TUO de la LPCA[121], el mismo que indica que el administrado tiene un plazo de caducidad de tres meses para presentar la demanda desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada.

---

[121] **Ley que regula el proceso contencioso administrativo**
Artículo 18.- Plazos
La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:
1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del artículo 4, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.
(…)

Considerando ello, aumentan las dudas y vacíos en nuestra regulación sobre la exigibilidad de reclamar la indemnización por vía administrativa; además de algunas otras interrogantes: ¿Cómo co-demandar al funcionario que causó el acto generador de daño?, pues finalmente la entidad ejercerá una acción de repetición contra él; ¿Existe la posibilidad de demandar solo por la indemnización como pretensión principal y no de manera accesoria?), ¿El procedimiento es solo a pedido de parte o también puede ser iniciado de oficio?, entre otras preguntas[122].

De esta manera coincidimos con Rebollo[123] cuando señala que la regla general para solicitar la reclamación de la indemnización debe plantearse primero ante la vía administrativa, por tratarse de una vía expeditiva, y que si bien la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para declarar esta Responsabilidad, esto presupone que antes hubo un procedimiento administrativo previo donde la entidad generadora del daño se ha expresado acerca de si incurrió o no en responsabilidad patrimonial.

Así, Rebollo nos indica que una vez que la solicitud de indemnización haya sido denegada (Esto es, una denegatoria expresa o una ficta mediante la aplicación del silencio administrativo negativo) se presentará ante la vía judicial dos pretensiones: una principal solicitando la declaración de nulidad del acto administrativo que deniega esta solicitud, y una accesoria donde se reclame el reconocimiento de la indemnización.

Al respecto, cabe diferenciar dos supuestos que podrían partir de la misma premisa. Al establecer la normativa del proceso contencioso administrativo que la reclamación de una indemnización por Responsabilidad Patrimonial de la Administración sea de manera accesoria a una principal, podría entenderse lo siguiente:

---

[122] (Villavicencio Escudero, 2018) p.109

[123] Rebollo señala que "(…) como regla general con sólo algunas excepciones, la responsabilidad patrimonial de la Administración no se puede exigir directamente ante los órganos judiciales. Muy al contrario, la reclamación de indemnización debe plantearse primeramente ante la Administración supuestamente responsable: sólo cuando ésta se haya pronunciado expresamente sobre tal reclamación –o, en su caso, tras la producción del silencio administrativo- podrá ejercerse la acción de responsabilidad administrativa ante los órganos del orden contencioso-administrativo. Así pues, esta previa vía administrativa, además de ofrecer un cauce de solución al conflicto, cumple una función como presupuesto procesal. Se trata en gran parte de una consecuencia del carácter revisor de esta jurisdicción en virtud del cual necesita un previo acto administrativo sobre cuya validez o invalidez se discutirá en el proceso y se resolverá en la sentencia. Así, primero, habrá que fabricar un acto administrativo y, de ser denegatorio de la indemnización, se ejercerá ante la jurisdicción una doble presentación: de nulidad de ese acto administrativo y de reconocimiento del derecho de indemnización o, es decir, de condena de la Administración al pago de la indemnización". Añadiendo que "la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Afirmarlo es presupuesto para comprender que la vía administrativa previa (…) debe seguirse necesariamente". En: Rebollo Puig, Manuel. La reclamación de la indemnización. En: La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, 91, 96 y 97.

(i) Que la pretensión principal sea la declaración de nulidad del acto administrativo que generó el daño y la accesoria sea la indemnización sancionando a la Administración pública por Responsabilidad Patrimonial.

(ii) Que la pretensión principal sea la declaración de nulidad del acto administrativo que deniega la indemnización en vía administrativa, mientras que la accesoria sea justamente el reconocimiento de este derecho[124].

La problemática que gira en torno a la responsabilidad patrimonial por inactividad administrativa no se reduce únicamente al artículo art. 260 del TUO de la LPAG. De hecho, para lograr la efectividad de figura, se requiere acudir a la norma adjetiva que regula finalmente el cauce procesal en el cual se exigirá la indemnización derivada de la inercia de la Administración (formal o material); lo cual ha ocasionado que en la actualidad este instituto sea una figura inutilizada, un mero instituto de discusión que carece de aplicación casuística. Dicho esto, no existe una vía procesal específica para formular una demanda autónoma por daños derivados de una omisión administrativa. Lo que sucede es que el Texto Único Ordenado (TUO) de la LPCA, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, sólo regula una vía procesal para cuando la pretensión indemnizatoria es acumulada a alguna de las acciones impugnatorias previstas en el artículo 5 de la misma norma; con esta normativa, lo que se requiere es impugnar la actuación que se estima ilegal (acto administrativo, silencio, inercia, actuación material que no se sustenta en acto administrativo, entre otras) y, acumulativamente, exigir la pretensión indemnizatoria. La falta de vía administrativa es una gran desacierto cometido por el legislador, deficiencia legal que solo implica obstáculos para la aplicación de la responsabilidad patrimonial.

El artículo 5 del TUO de la LPCA, aprobado por Decreto Supremo N ° 013-2008-JUS, regula las pretensiones que podrán ser formuladas por el administrado ante esta sede contencioso-administrativa. Expresamente, este artículo prevé las siguientes pretensiones:

Artículo 5.- Pretensiones

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

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.

[124] (Villavicencio Escudero, 2018, p. 110).

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

3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.

4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnable, conforme al artículo 238 de la Ley N º 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores". (Subrayado agregado).

Como podemos apreciar, actualmente la normativa procesal no está diseñada para soportar auténticas pretensiones autónomas para canalizar las pretensiones indemnizatorias derivadas de la omisión administrativa. En realidad, en nuestro ordenamiento casi siempre se tiene presente un dogma el cual consiste en lo siguiente: para poder sancionar a la Administración, es necesario primero tener que determinar la ilegalidad de su actuación.

Consideramos que la pretensión subordinada es atentatoria de la tutela judicial efectiva en el fondo, porque muchas veces impedirá acudir al administrado lesionado, porque no tiene una pretensión principal real. Por eso, es muy necesario tener vía administrativa previa de reclamación, frente a este diseño de pretensión subordinada indemnizatoria**.**

Bocanegra Sierra afirma que a la *Administración le corresponde pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización y sobre el sujeto responsable del daño —el concesionario, el contratista o ella misma—, **en la medida en que este pronunciamiento simplemente materializa la voluntad legal de establecer un único procedimiento de reclamación de las lesiones producidas por contratistas o concesionarios, pero no afecta en absoluto al mecanismo de imputación del resultado dañoso*** (Bocanegra Sierra, 1994, p. 223).

Huapaya Tapia y Sánchez Povis consideran que una auténtica justicia contencioso-administrativa debería estar diseñada para servir a las personas, y permitirles reclamar de manera acumulativa o autónoma, la indemnización respectiva para repararles los daños sufridos por la acción (formal o material) y la omisión (formal o material) de la Administración Pública; este sistema ahora no existe en nuestro país. Por tanto, actualmente, deberá tratarse de canalizar las demandas indemnizatorias derivadas de la omisión administrativa por la vía de acumular la pretensión indemnizatoria a los estrechos cauces del numeral 5) del artículo 5 del TUO de la

LPCA. Duro trabajo, considerando que habrá que explicar, primero el deber jurídico omitido, luego cómo ello puede generar daños causalmente vinculados a un perjuicio para el administrado, y además, por qué es imprescindible que la Administración responda por los daños causados por su omisión.

4.2. Jurisprudencia comparada

4.2.1. Jurisprudencia comparada en España

Un ejemplo es la STS de 23.5.1984 (Ar. 4600), S. C-A, se admite la responsabilidad administrativa por los daños que un particular, cuanto menos, contribuye a causar a terceros. En concreto, se discutía la indemnización a una familia por la intoxicación sufrida como consecuencia de la rotura de la conducción de gas en el subsuelo, al parecer, provocada por el deficiente estado de las conducciones de agua. El Ayuntamiento trató de excusar su responsabilidad, razonando que la rotura no fue debida al servicio público de conservación de la red general de agua y vertido, sino al mal estado de las acometidas particulares del inmueble colindante, cuyas fugas provocaron la rotura de la tubería de gas. Frente a ello, el Tribunal destacó *la responsabilidad in vigilando de los servicios municipales (de obras, de licencias y de inspección)*, que permitieron que un edificio de nueva planta (como constaba en los propios informes municipales) utilizara las conducciones de vertido correspondientes a las antiguas viviendas asentadas en dicho solar, en vez de instalar, como debía, unas nuevas.

Otra referencia es la STS de 30.4.1996 (Ar. 3644), S. C-A, la cual sanciona la responsabilidad de la Administración otorgante de la autorización por culpa in vigilando. Se trataba del otorgamiento de una licencia municipal de obras en favor del Cabildo insular. La empresa contratada realizó las obras indebidamente, ocasionando daños a terceros. El TS reconoció la existencia de un nexo causal entre la actividad del Ayuntamiento y el perjuicio. Después de rechazar la aplicabilidad del artículo 121.2 LEF —que se refiere a la Administración promotora o actora de las obras, pero no a la encargada de su fiscalización—, el Tribunal vinculó los daños y perjuicios «a la actividad de fiscalización del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley en la realización de la obra en materia de actividades nocivas. Esta era la competencia que específicamente incumbía al Ayuntamiento». «La actividad de demolición y, consiguientemente, los defectos en su realización —sigue diciendo el Tribunal— obedecen a la actuación del contratista. Sin embargo, en el caso examinado, las circunstancias concurrentes... colocan en un primerísimo plano causal la actividad del Ayuntamiento. Fue éste el que otorgó la licencia, amparando con ello la actividad realizada, sin exigir que la demolición

se ajustase a pautas para la reducción de los efectos nocivos para terceros de la actividad de derribo. Con ello determinó que éste se hiciese en una forma menos gravosa o costosa para el contratista y más molesta y perjudicial para otros ciudadanos. El otorgamiento de la licencia en la forma correcta, esto es, contemplando los requisitos del proyecto de demolición, y la consecuente actuación posterior a raíz de las denuncias recibidas, hubieran evitado los efectos perjudiciales. Por todo ello, éstos son imputables al indebido ejercicio por la Administración de su actividad de control» (Laguna de Paz, 2001, p. 40).

Asimismo, la responsabilidad administrativa por deficiente ejercicio de las facultades de vigilancia y control ha sido también ampliamente reconocida en el caso de que los daños sean producidos por otra entidad pública. En la STS de 25.5.1988 (Ar. 3962), S. C-A, el Tribunal condenó a tres Administraciones (Consejo General Interinsular de Baleares —después CA de las Islas Baleares—, Consejo Insular de Menorca y Ayuntamiento de Mahón) a indemnizar a la sociedad propietaria de unos terrenos colindantes a un vertedero ilegal, puesto en marcha con infracción de la normativa vigente. Los daños habían sido ocasionados por el Consejo Insular, que instaló el vertedero de basuras sin la preceptiva licencia, pero también por el deficiente ejercicio de sus competencias por parte de las otras dos Administraciones públicas. De acuerdo con la normativa vigente, correspondía al Municipio el otorgamiento de la licencia de actividad insalubre y nociva y —en su defecto— la clausura inmediata del vertedero, pudiendo obligar al responsable a eliminar lo depositado, o bien proceder a su ejecución subsidiaria. Frente a ello, el Ayuntamiento solicitó permiso al Consejo Insular para poder también utilizar dicho vertedero. Finalmente, se censura también la actitud del Consejo General Interinsular (CA), por no haber exigido al Ayuntamiento el cumplimiento de la normativa, pese a contar con informes desfavorables de sus propios servicios de inspección. En consecuencia —dicen los considerandos de la sentencia apelada, aceptados por el TS—, «es patente la existencia de un funcionamiento anormal del servicio con resultado de daños para los administrados...» (Laguna de Paz, 2001, p. 39).

Así también, Santiago MUÑOZ MACHADO ha puesto de relieve con contundencia las carencias de la solución jurisprudencial propuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1992, Sentencia cuya doctrina, como se dijo, no duró mucho tiempo, siendo pronto rectificada, primero por la Sentencia de 31 de julio de 1989 (Arz. 6193) (decisión ésta que no deja de tener su trascendencia en cuanto, producida inmediatamente después de la de 9 de mayo de 1989, bien podría entenderse una primera rectificación a la doctrina de esta Sentencia, al apartarse de la misma, manteniéndose, bien al contrario, en las más seguras posiciones —

aplicando el ordenamiento jurídico en vigor— a que venimos haciendo referencia) , después por la de 25 de enero de 1992 (Ar. 1343), de la que fue Ponente don José Luis Ruiz Sánchez, Sentencia ésta que, constituyendo el tercer hito en la materia, viene a rectificar abiertamente aquella doctrina, sin citarla, colocándose en la línea de una correcta aplicación de los principios y del sistema montado por la Ley de Expropiación Forzosa, que, por cierto, ha permanecido sin alteración alguna tras las novedades introducidas en la materia por la Ley 30/1992 y el Decreto de 26 de marzo de 1993. Los hechos que dieron lugar a la Sentencia fueron de una notable gravedad, consistentes en resumen en lo siguiente: a las 4,50 horas del día 17 de agosto de 1982 se produjo en la planta baja del edificio número 17 de la calle de España, dedicado a Bar-Restaurante «El Bodegón», de la localidad asturiana de Luanco (Ayuntamiento de Gozón), una fuerte explosión de gas licuado propano (GLP), «motivando —para decirlo en los términos de la propia Sentencia— gravísimos desperfectos en el edificio de su ubicación con su derrumbamiento, así como en otros del entorno, con pérdida de once vidas, numerosos heridos, derrumbamiento de otros tres edificios y, en otros, daños de consideración que hubieron de ser demolidos, otros con desperfectos graves, así como en vehículos aparcados, enseres y mobiliario». Interpuesta la correspondiente reclamación ante el Ministerio de Industria, al amparo de los artículos 121 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y disposiciones concordantes, con la pretensión de que resolviera acerca de la procedencia de la indemnización y sobre quién debiera pagarla (el concesionario «Butano, S. A.», en opinión de los reclamantes), fue desestimada por silencio administrativo, confirmándose después expresamente la desestimación mediante la Resolución expresa del recurso de reposición interpuesto, de fecha 21 de diciembre de 1984, dictada de acuerdo con el Consejo de Estado[125] , sobre la base de «no ser la Administración competente para resolver sobre la procedencia o no de la indemnización solicitada, por no tratarse el servicio prestado por "Butano, S. A." al "Bar El Bodegón" de un servicio público concedido, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria».

Interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo directamente ante el Tribunal Supremo, entonces competente[126], éste lo estima, en una Sentencia francamente

[125] En su Dictamen número 46876, de 13 de diciembre de 1984, recogido en la Recopilación de Doctrina Legal de 1984, número marginal 267. El Dictamen, nada afortunado, a mi juicio, estima que la jurisdicción competente ha de ser la civil, retrocediendo, desde luego, en los avances que en esta materia había ya realizado el Alto Órgano Consultivo.

[126] El recurso se planteó antes de publicarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Conviene reparar, aunque sea un momento, en las fechas. Sin perjuicio de que la Sentencia finalmente adoptara una decisión en extremo correcta, debe notarse que la explosión de la que trae causa ocurrió

valiosa por su sencillez —pese a lo complejo del asunto (y de la prosa utilizada en su redacción, harto difícil)—, cuya doctrina, expuesta sin pretenciosidad alguna, acierta, a su juicio, a colocar en el lugar preciso el asunto que nos ocupa. El fallo, en este sentido, es ejemplar, no sólo en cuanto a la resolución de fondo, estimando la pretensión indemnizatoria, por supuesto, sino también en lo que a la aplicación del sistema de responsabilidad de los concesionarios respecta, al resolver, por su orden, todas y cada una de las cuestiones a que obligan los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y que tan sistemáticamente han sido incumplidos por la propia jurisprudencia (contenciosa y civil). Dice así el tenor del fallo, que conviene transcribir: «...

De*claramos:*

«PRIMERO. *La procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la explosión que se recoge en el primer Considerando de esta Sentencia y que produjeron los perjuicios a que se refieren y exponen en cada antecedente de hecho de las demandas. 2.° Se reconoce el derecho que asiste a los demandantes a la indemnización de los daños y perjuicios que por los mismos experimentaron, cuyas cuantías se fijarán en período de ejecución de Sentencia. 3.° Que el sujeto a cargo del cual deben correr las indemnizaciones es la Empresa "Butano, S. A.", como concesionaria del servicio público de gas, con la desestimación de la acción ejercitada contra la Administración demandada. 4.° Se anulan dejando sin efecto, como contrarias a Derecho, la desestimación de la Resolución presunta por silencio y la expresa confirmatoria en reposición dictada por el Ministerio de Industria y Energía, de fecha 21 de diciembre de 1984. 5.° Todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto a las costas de este recurso a parte alguna.»*

«SEGUNDO. *Para poder llegar a una correcta consecuencia, en orden a las pretensiones deducidas y a la imputabilidad responsable que se asigna a la Administración, es preciso establecer los presupuestos de hechos precisos, como concluyentes, que supongan puntos de partida para fijar la consecuencia en cuanto a estimar o no correcta la tesis que se mantiene en orden a la correlatividad que se le asigna a la Administración respecto de "Butano, S. A." y deducir la imputación responsable que estima procedente, por la inobservancia y exigibilidad de las necesarias medidas de seguridad en las instalaciones para uso y consumo de gas propano en su destino comercial específico —Bar Restaurante— por quien tiene la correspondiente autorización para el embotellado y distribución de dicho gas, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles aprobado*

---

en 1982, siendo la Sentencia —dictada en única instancia— de 1992, esto es, diez años más tarde del acaecimiento de los hechos y poco menos de ocho años después del comienzo del pleito.

por Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, y por tanto vigilar esas medidas de seguridad y su observancia, lo que a su vez nos obliga a establecer la cualidad de "Butano, S. A", en la función al mismo conferida en la prestación de un "servicio público" cuyas consecuencias al estimarse improcedente la actuación de quien se le confió su satisfacción es exigible de acuerdo con lo prevenido en los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 121 de la misma.

TERCERO. *Así, se ha de partir que la explosión, como determinante de la catástrofe, está comprobado, se debió a un escape de gas licuado propano contenido en las bombonas que lo suministran a la cocina —semiindustrial—..., y a la inexistencia de instalación de ventilación a nivel del suelo y el vuelo que provocase la aireación precisa y necesaria..., destacándose el defecto apuntado en la instalación como una omisión grave de las obligadas medidas de seguridad de quien es actuante —tesis actora— en función subsidiaria de la Administración, pues: "Cuando se trate de servicios concedidos —dice el artículo 123 LEF— la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2.° del artículo 121" y "esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso" y, el indicado artículo 121.2 dispone: "En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario...", y aun cuando en el Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, sobre contratos del Estado, en su artículo 65, integrado entre las Disposiciones Generales que regulan el contrato de gestión de servicios públicos, se dispone que: "En todo caso, la Administración del Estado conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate" tales poderes y facultades deben ser ejercitados, si las funciones recayentes, en este supuesto sobre "Butano, S. A." como concesionaria del servicio público —OM de 11 de junio de 1957— de gestión del "envasado, distribución y suministro a particulares y organismos oficiales de gas butano (propano) y otros igualmente licuables de origen petrolífero", se hiciera dejación, sin actuar de acuerdo con la normativa adecuada —Decreto de 26 de octubre de 1973, 2913/1973, Reglamento General del Servicio Público de los combustibles— deberá hacerlo la Administración en función de lo expuesto.*

CUARTO. *Como secuela de lo expuesto los actores sitúan la responsabilidad de la Administración y entidad demandada en la actuación inadecuada como integrada en un supuesto de "funcionamiento anormal de un servicio público" con imputación directa en razón a la actuación omisiva "Butano, S. A." que a través de sus distribuidores e inspectores debe*

cumplir y observar, en orden a las instalaciones, su conservación y obligadas medidas de seguridad que garanticen y prevean cualquier acontecimiento, y se ha de destacar que unos dos días antes del suceso se giró visita de inspección, estimando correcta la instalación no obstante carecer de la adecuada aireación, con lo cual se incumplió lo prevenido en el Decreto de 24 de abril de 1975, número 1091...

QUINTO. ... ***Y si la instalación originariamente era deficiente en las inspecciones a que viene obligada la empresa suministradora debió corregir esos defectos y motivar la actuación de la Administración en la función de policía en la misma recayente, porque no se puede olvidar que como consecuencia de la omisión del adecuado sistema de aireación, el gas butano liberado por la llave abierta, hubiese salido al exterior, evitándose la retención y su explosión, como se produjo, con las consecuencias nefastas que la vida de familiares, así como heridas sufridas y daños en bienes y enseres de los actores, éstos han experimentado, lesiones y daños susceptibles de resarcimiento, perfectamente definidos en los respectivos escritos de demanda, evaluables y que han provocado un evidente detrimento patrimonial y efectos de clara antijuridicidad, porque los sujetos que los han experimentado no tienen el deber jurídico de soportarlo, cuando su motivación está en la omisión de las exigencias previstas en la norma que trata de eliminar los riesgos previsibles, lo que constituye la base y la posibilidad de concretar el enlace del vínculo o relación existente entre la Administración y la entidad suministradora "Butano, S. A." que se manifiesta en el concurso de la accionabilidad prevista en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa con la determinación de la persona responsable de acuerdo con el artículo 121.2 de la misma Ley.***

SEXTO. *Como consecuencia de lo expuesto, se concreta la responsabilidad derivada del acaecimiento objeto de autos, y las derivaciones en el orden económico deducibles, como efecto del funcionamiento anormal de un servicio público, en la entidad "Butano, S. A." en su cualidad de concesionaria a la que se le encomendó la gestión del "envasado", distribución y suministro a particulares y organismos oficiales de gas butano (propano), y otros igualmente licuables de origen petrolífero —arts. 1. ° de la Orden de 5 de diciembre de 1964 y 2.° de la Orden de 11 de junio de 1957—, debiendo ser resarcidos por la misma en el importe que se concretará en período de ejecución de sentencia los daños experimentados por cada uno de los actores.»*

4.2.2. Jurisprudencia nacional

Ahora mencionaremos algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los casos de fuerza mayor del sector eléctrico. De acuerdo a lo explicado hasta ahora, y teniendo en cuenta

la Directiva, Paredes Miranda propone una interpretación basada en los dos factores descritos anteriormente, estos son lo *extraordinario* y/o lo *irresistible*, no siendo necesaria la concurrencia de ambos al mismo tiempo, sino que bastará analizar independientemente si en aquellos casos en que ocurre un hecho *extraordinario*, la prestación se vuelve inejecutable. De igual manera, el factor de irresistibilidad deberá ser analizado de forma objetiva como impedimento real de la prestación.

Este análisis deberá efectuarse considerando los estándares de diligencia adoptados por el deudor, los parámetros de razonabilidad acerca de las medidas preventivas a adoptarse, teniendo en cuenta el factor de extraordinariedad y medularmente el tema de la irresistibilidad del hecho que impide la ejecución de la prestación.

Así, ante interrupciones del servicio eléctrico, en los que se alega la fuerza mayor, no se puede aplicar la visión conservadora establecida en el artículo 1315° de nuestro CC, sino que deberá aplicarse la Directiva. Sin embargo, esta forma de entender la fuerza mayor en el sector eléctrico, no parece haber sido asimilada por la jurisprudencia nacional, en donde, dejándose de lado lo establecido en la Directiva, suele hablarse de la necesidad de que concurran los tres requisitos tradicionales para que se pueda configurar la fuerza mayor. Así, en un caso de interrupción del servicio de suministro eléctrico por hurto de redes eléctricas, la Primera Sala Contencioso Administrativa de Lima refirió que, ante la falta de *previsibilidad* de parte de la empresa concesionaria, es innecesario analizar la *irresistibilidad*, que conforme la norma, debe tener un hecho para ser calificado como causa de fuerza mayor. En tal sentido, al existir una falta de previsibilidad por parte de la demandante, resultaría innecesario evaluar los otros dos elementos de la fuerza mayor. En esta misma línea y continuando con su análisis, en un caso de interrupción del servicio por hurto de redes eléctricas, la Primera Sala señaló que, si bien el hurto de cables fue un evento de naturaleza irresistible, al cual la empresa concesionaria no tuvo posibilidad de resistirse, y aún ni siquiera la policía del sector pudo evitar; no tuvo el carácter de extraordinario e imprevisible, por lo cual no merece la calificación como causa de fuerza mayor[127].

Nótese cómo la Sala Contencioso Administrativa, se aparta de la Directiva, para hacer alusión al artículo 1315° del Código Civil, dejando de lado la aplicación de la norma sectorial

[127] Sentencia de Vista emitida mediante Resolución N° 11, Primera Sala Contencioso Administrativa Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima. Resolución N° 11, de fecha 14 de agosto de 2012, fundamento 12.

para este tipo de casos, y concluyendo que a pesar de que el hecho fue irresistible, no estamos ante un supuesto de fuerza mayor, toda vez que no existió *previsibilidad* ni *extraordinariedad*.

Por otro lado, en una reciente casación emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en donde se discutía un caso de interrupción del suministro eléctrico, por fallas en las instalaciones particulares de un usuario; la Corte Suprema, haciendo uso de doctrina que data de 1980, ha creído conveniente aludir a la vieja diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor, señalando que "caso fortuito" es lo *imprevisible* y "fuerza mayor" es lo *irresistible*[128]. A pesar que la Directiva en el sector eléctrico regula expresamente cuándo estamos ante un caso de fuerza mayor (hecho extraordinario o irresistible), nuestra Corte Suprema prefiere retomar una postura tradicional aludiendo a la diferenciación de los conceptos que abarcan el hecho irresistible (fuerza mayor) y extraordinario (caso fortuito), haciendo una distinción que a efectos prácticos resulta innecesaria. Adicionalmente, la Corte Suprema ha señalado en la misma sentencia casatoria que "a efectos que el demandante se encuentre exento de responsabilidad, debe ubicarse dentro de los actos calificados como fuerza mayor, como también señala La Directiva; sin embargo, del análisis del hecho ocurrido que produjo la interrupción del servicio de energía eléctrica, no puede ser considerado como un evento extraordinario, imprevisible e irresistible." Aquí, la Corte Suprema hace alusión a la Directiva, pero entendemos que continúa refiriéndose a la fuerza mayor entendida desde la perspectiva conservadora del artículo 1315° del CC.

Más allá del análisis propio del caso particular, debe notarse la inevitable relación de sinonimia que suelen hacer los tribunales nacionales entre la fuerza mayor y los conceptos de extraordinario, imprevisible e irresistible. Así, para los operadores jurídicos es casi imposible no vincular la figura de fuerza mayor con estos requisitos señalados en nuestro CC.

Sin embargo, desde una visión moderna del concepto de Fuerza Mayor, y desde la correcta aplicación de la Directiva del sector eléctrico, debe siempre analizarse aquellos supuestos en donde ocurre un evento que puede considerarse dentro de las dos posibilidades descritas anteriormente: *extraordinariedad* y/o *irresistibilidad* del hecho que causa el daño.

En la línea del factor de extraordinariedad, la propia Directiva del sector eléctrico deja abierta la posibilidad de alegar cualquier evento no tipificado, siempre y cuando cumpla con las características establecidas en el numeral 1.1 de dicha norma; es decir, el evento que

[128] Casación N° 1693-2014 Lima, Octavo considerando.

ocasione la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico, debe ser de naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria, o que habiendo sido previsto no pudiera ser evitado. En resumen, a efectos prácticos, seguir hablando de una diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor resulta estéril; más aún en el sector eléctrico, donde la Directiva ya ha regulado específicamente la fuerza mayor, recogiendo en este concepto tanto al hecho extraordinario, como al hecho irresistible[129].

El artículo 1315° del CC, que sirvió como sustento inicial para la elaboración de la Directiva, resulta en la actualidad impreciso, teniendo en cuenta que muchas veces es interpretado por parte de la jurisprudencia como aquella causa no imputable que, para su configuración, debe poseer de forma concurrente, los requisitos de *extraordinariedad, imprevisibilidad* e *irresistibilidad*.

Nuestra jurisprudencia no parece haber asimilado la doctrina moderna, ni la regulación especial establecida en la Directiva, en tanto continúa asumiendo una visión tradicionalista, basada en el artículo 1315° del CC y en la interpretación restrictiva del mismo, la cual ha sido trasladada a los operadores jurídicos, quienes en su mayoría han asimilado esta visión limitada de la fuerza mayor. Finalmente, la fuerza mayor, tal y como ha sido redactada en la Directiva del sector eléctrico, podría perfectamente extenderse al ámbito de inejecución de obligaciones como causa no imputable recogida en el artículo 1315° de nuestro CC, lo cual resultaría un importante avance que nos permitiría dejar de lado la visión restrictiva de la figura y optar por una postura más realista, que, desde la *extraordinariedad* o desde la *irresistibilidad* del hecho exonere de responsabilidad al deudor de la prestación.

Adicionalmente, vamos a agregar el ejemplo de un acto emitido por el **COES, el cual se debe vigilar también a fin de garantizar un servicio esencial de suministro eléctrico de calidad**:

COES/ D-569-2019

[129] Consultar en Paredes Miranda, B. (19 de junio de 2017*). El régimen de la fuerza mayor en el sector eléctrico y su distinción del artículo 1315 ° del Código Civil. Líneas para una integración del concepto.* Pasión por el Derecho. https://lpderecho.pe/fuerza-mayor-sector-electrico-distincion-articulo-1315-codigo-civil-integracion-concepto/

Decisión de la Dirección Ejecutiva del COES respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto por Red de Energía del Perú S.A. contra la Decisión adoptada por la Dirección Ejecutiva del COES, contenida en la comunicación N° COES/D/DO-159-2019, mediante la cual se le asigna responsabilidad por el Evento EV-011-2019, debido a las transgresiones de la Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos (NTCSE), aprobada por Decreto Supremo N° 020-97-EM.

(…)

Análisis del Recurso de Reconsideración

3.2.11. Para responder los argumentos de REP (Red de Energía del Perú), es necesario precisar en qué casos es aplicable el literal iii, del inciso d, del numeral 3.5. de la NTCSE. En principio cabe recordar que, de acuerdo al segundo párrafo de los considerandos de la NTCSE, con su aprobación se buscaba:

*"**asegurar un nivel satisfactorio de la prestación de los servicios eléctricos** (…) garantizarse a los usuarios un suministro eléctrico continúo adecuado, confiable y oportuno, siendo por tanto necesario dictar disposiciones reglamentarias para fijar estándares mínimos de calidad"*

*3.2.12. Por ello, el numeral 3.1 de la NTCSE dispone que **todo suministrador es responsable de prestar a su Cliente, un servicio con un nivel de calidad satisfactorio**, de acuerdo a las exigencias establecidas en la NTCSE.*

*3.2.13. Asimismo, según el numeral 3.2 de la NTCSE, **todo Suministrador es responsable** ante otros Suministradores por las interrupciones y perturbaciones que él o un Cliente suyo inyecte en la red afectando los intereses de los otros Suministradores, **los mismos que serán compensados según la NTCSE.***

3.2.14. De acuerdo a lo expuesto, la Regla impuesta por la NTCSE es atribuir "responsabilidad" a los suministradores cuyas instalaciones generen transgresiones a los estándares de calidad previstos en la NTCSE, y obligarlos a "compensar" a los afectados por las transgresiones. No obstante, como en otras normas, dicha REGLA tiene excepciones que, por su naturaleza excepcional, tiene que estar expresamente señaladas en la NTCSE y deben ser interpretadas en forma restrictiva.

3.2.15. Una Excepción a la regla general de la NTCSE, es la prevista en el literal iii, inciso d) del numeral 3.5 de la NTCSE, según la cual, si como resultado de la investigación y análisis:

(iii) Se determina que la deficiencia de la calidad se debió **estrictamente a falta de capacidad de los sistemas de transmisión por congestión**, los Agentes y el COES quedan exonerados del pago de compensaciones".

(…)

3.2.18 Antes de continuar con el desarrollo del análisis, es necesario tener en cuenta que la **"capacidad",** conceptualmente para la industria de electricidad en el Perú, está asociada a la capacidad instalada o magnitud en términos de largo plazo puesta a disposición del SEIN (Sistema Eléctrico Interconectado Nacional), magnitud que es independiente de su indisponibilidad fortuita o programada.

3.2.19. De acuerdo a ello, para el Evento en cuestión, **"los sistemas de transmisión"** que conectan la zona con transgresión (subsistema Marcona-San Nicolás) son los transformadores de potencia T62-161 y T6-261 de la S.E. Marcona que en conjunto tienen una **"capacidad"** de 150 MVA, capacidad que es superior a la demanda de la zona que está alrededor de los 100 MVA, por lo tanto, no nos encontramos en el supuesto de **falta de capacidad** de los sistemas de transmisión". De acuerdo a ello, en el presente caso, no es posible aplicar la excepción establecida en la NTCSE, por lo que, ya no es necesario analizar si se generó limitación en el flujo de energía (limitación por congestión).

(…)

Sobre la base de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, la Dirección Ejecutiva del COES resuelve:

Declarar **INFUNDADO** en todos los extremos del Recurso de Reconsideración presentado por RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. con fecha 11.04.2019, en contra de la Decisión adoptada por la Dirección Ejecutiva del COES, contenida en la carta COES/D/DO-159-2019.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Capítulo 5

Propuesta de Reformas a la normativa vigente

5.1. Propuestas de modificaciones a la normativa vigente

En el presente trabajo presentaremos una propuesta de cambio en la Ley del Procedimiento Administrativo General tomando como referencia el caso español: La Ley 39/2015 (cuyos antecedentes son la Ley 30/1992 y el Real Decreto 429/1993) y la Ley 40/2015.

Después de mencionar las faltantes que consideramos existen aún en nuestro ordenamiento que conllevan a una desnaturalización de la Responsabilidad Patrimonial y a una lesión de derechos, dejando de cierta forma indefensos a los ciudadanos al no contar con una garantía como ésta regulada de forma adecuada, nos parece importante tomar como referencia la **regulación española en este tema, para a partir de ella brindar una propuesta más concreta acerca de qué aspectos faltaría regular en nuestro ordenamiento**.

Siendo así, presentamos las siguientes ideas a partir de lo reflexionado desde este trabajo, así como aquellas que podemos recoger de la normativa española tanto en la Ley N ° 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, como en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la misma que tendría su equivalente en la Ley N ° 27444 dentro de nuestro ordenamiento:

(i) Será necesario modificar lo establecido en la LPAG y su TUO, indicándose de manera expresa que la indemnización por Responsabilidad Patrimonial de la Administración necesita un factor de atribución, el cual puede ser el funcionamiento anormal de la misma[130] .

(ii) Así también será necesario crear la vía administrativa de reclamación indemnizatoria, mediante la cual los administrados podrán reclamar de forma directa a la entidad pertinente el derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial,

---

[130] **Ley 40/2015, Ley de Régimen Jurídico del Sector Público:**
"Artículo 32. Principios de la responsabilidad.
Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.
(...)".

dejando a salvo su derecho de ir a la vía contencioso administrativa en caso de denegatoria.

(iii) En relación al contenido de la solicitud donde el administrado solicita el inicio de un procedimiento a fin de determinar si le corresponde o no el derecho a la indemnización, y por tanto el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, podemos seguir la línea de lo regulado en el inciso 2 del artículo 67 de la Ley 39/2015[131], de esta manera se deberá especificar la lesión o lesiones producidas, la relación de causalidad entre ésta y el comportamiento de la Administración, la evaluación económica, entre otros documentos que sustenten la solicitud.

(iv) Considerando que la responsabilidad in vigilando sí colisiona con el numeral 260.1. del TUO de la LPAG, será necesario que este numeral se modifique y haga mención de los daños derivados de la prestación indirecta de la Administración, con el propósito de abrir puertas para analizar y evaluar en la práctica si la entidad pública encargada cumplió las funciones de supervisión y vigilancia a fin de garantizar el servicio esencial que se está prestando a través de tal concesionario.

(v) Será necesario que la resolución que termine con el procedimiento mencione si en efecto existe Responsabilidad Patrimonial por parte de la Administración, mencionando también de manera obligatoria **la relación de causalidad entre el comportamiento de la Administración y la lesión producida, así como la cuantía**[132] .

Estas son las consideraciones principales que desde este aporte académico opinamos podrían ser recogidas en una reforma del TUO de Ley N ° 27444, ya que en la última reforma hecha mediante el Decreto Legislativo N ° 1272 a la Ley, y pese a la aprobación del TUO actual, se dejó varios vacíos legales; realmente existe una deficitaria regulación de la Responsabilidad Patrimonial y urge que se realice ciertas modificaciones que puedan dar más detalle y luces sobre la institución señalada.

---

[131] **Ley 39/2015, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**:

"**Artículo 67.** Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

(...)

2. Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante".

[132] (Villavicencio Escudero, 2018) p. 112

5.2. Viabilidad de las reformas y la aplicación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Perú

Así, incorporando esos detalles en el TUO de la LPAG, se pondría en práctica el propósito para el cual fue creada la Responsabilidad Patrimonial, protegiendo la indemnidad de los usuarios, y logrando a través del procedimiento administrativo o el contencioso administrativo, controlar y verificar que la Administración esté actuando de forma legal y correcta; o analizar qué condujo, a que pese a actuar de la forma indicada, se haya afectado al administrado.

Nuestra propuesta gira en torno a dar los primeros pasos con el fin de obtener una reforma sustancial, con el objetivo de no seguir vulnerando los derechos de los administrados al brindar un mecanismo procesal tan insuficiente y hasta confuso como lo es aquel con el que actualmente contamos; ya que de la forma en que ahora está regulado termina siendo letra muerta, no estableciendo mecanismos claros a los que los usuarios puedan recurrir a fin de ver salvaguardados sus derechos; considerando que la Administración en ciertos casos puede actuar de forma desproporcionada, sin sustento jurídico, sin verse controlada o fiscalizada.

Así también, coincidimos con lo señalado con Mir Puigpelat anteriormente, pues, creemos necesario que el legislador y la Administración se esfuercen en fijar concretos estándares de actuación de las Administraciones Públicas, estándares que indiquen cuál es el funcionamiento normal de los servicios públicos y cuya vulneración constituya la anormalidad que desencadene (en el caso que se haya producido un daño y se cumplan el resto de requisitos) la responsabilidad patrimonial de la Administración; deben ser estándares elaborados de acuerdo con las exigencias sociales, las limitaciones presupuestarias, los contenidos irrenunciables impuestos por la Constitución y las Leyes.

Como se señaló antes, es necesario combinar los estándares normativos con la otra gran opción que se presenta cuando se trata de definir cuál será el modelo de conducta (de diligencia) que deberá seguir la Administración: una cláusula general de diligencia (o negativamente: una cláusula general de culpa). Una cláusula general de diligencia que permite corregir y superar las rigideces de la estandarización y otorgue la suficiente flexibilidad al sistema. Pero una cláusula general de diligencia que actúe como una cláusula de cierre y sólo opere excepcionalmente. Porque una cláusula general de diligencia, aunque sea concebida como un concepto jurídico indeterminado, queda-como se ha visto-en gran parte en manos del juez, amenazando la realización de los principios de igualdad, democrático y de seguridad jurídica.

Esta cláusula general de diligencia debe tener en cuenta los principios constitucionales que delinean los rasgos básicos de la Administración y de su actividad. La Administración que debe tomarse como modelo en el momento de construir y aplicar esta cláusula general de diligencia es, pues-tomando los principios que parecen más relevantes en este contexto- una Administración eficaz, servicial, imparcial y sometida plenamente a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). En definitiva, una buena Administración. Esta cláusula general de diligencia, además, debe partir del estándar medio de diligencia exigido a sujetos públicos y privados y de las posibilidades reales-no imaginarias-de las Administraciones públicas del país.

Así, como hemos mencionado, implementando una adecuada regulación sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y cumpliendo con la función demarcatoria; es decir, que exista un verdadero sistema o conjunto normativo regulador, se podrá cumplir la función compensatoria también de la institución; se podrá cumplir el fin para que el que fue creada. No solo se considerará un mecanismo de control democrático de parte de los ciudadanos a sus gobernantes, sino también tendrá como esencia, mantener la indemnidad de la esfera de los administrados; sin llevarlos a soportar más cargas de las que ya jurídicamente están establecidas por la misma vida en sociedad.

Conclusiones

Primera. En el Perú, no se reconoce de manera expresa el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en la Constitución, pero podemos inferir que se desprende de la garantía a los derechos que la propia Constitución reconoce. La responsabilidad patrimonial de la Administración se empezó a regular normativamente recién con la promulgación de la LPAG, en el año 2001. Su regulación se encuentra específicamente en el artículo 238, actual artículo 260 del TUO de la LPAG; previamente a dicha regulación normativa, el administrado se encontraba en una situación de desprotección ante algún supuesto de daños causados por la Administración y solamente podía intentar un resarcimiento a través de una demanda por daños en la vía civil.

Segunda. Si bien la función primordial de la responsabilidad patrimonial es la función compensatoria; las otras funciones mencionadas como la preventiva, de control y la demarcatoria también la complementan y se relacionan unas con otras. Consideramos que la función demarcatoria también toma relevancia en este trabajo en relación a la deficiente regulación que existe en el Perú; pues al no delimitar qué actuaciones derivarán en responsabilidad para la Administración, impide que se cumpla esa función demarcatoria, y así tampoco se cumple la función compensatoria.

Tercera. La Administración no debe responder amplia y objetivamente por todo daño que su actuación lícita e ilícita produce; primero porque sería insostenible económicamente para la caja fiscal, y segundo porque definitivamente se tiene que tomar en cuenta el factor de atribución, que puede ser el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración con relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente y/o el riesgo creado por la acción estatal. La reforma del 2008 ha desmontado ciertas piezas de la universalización del daño antijurídico, mostrando indicios de una lenta transición hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial en nuestro país.

Cuarta. La publicatio en realidad no existe en el Perú, por ende, no existen verdaderos servicios públicos, sino que nuestro país ha experimentado la irrupción de los servicios esenciales en el subsector eléctrico; siendo posible mostrar que los regímenes jurídicos de las distintas actividades desintegradas de este subsector demuestran la lenta desaparición de los servicios públicos en estricto y la progresiva y consecuente combinación de mercados y nuevas técnicas prestacionales del derecho administrativo (como los servicios esenciales y universales). Estos últimos permiten una mejor práctica de una importante perspectiva de la

subsidiariedad social; esto es, la necesidad de que el sector público y los privados actúen conjuntamente en la construcción y salvaguarda del bienestar común. Se ha cambiado la técnica utilizada, el título administrativo de intervención, que dejaría de ser la titularidad pública de la actividad, pues basta acudir a las facultades tradicionales de regulación y a la potestad ablatoria para lograr el mismo efecto, pero de un modo mucho más respetuosa con los derechos de los particulares y con el principio de subsidiariedad, auténtico eje de la nueva visión del papel del Estado.

Quinta. La autorización o concesión que permite la prestación de ciertos servicios públicos 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 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 cuando los perjuicios resulten del deficiente ejercicio de sus competencias, al otorgar la autorización o concesión, o al inspeccionar y controlar el desarrollo de la actividad autorizada y/o concedida, lo que sería la culpa in vigilando.

Sexta. De acuerdo a lo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento, los servicios públicos correspondientes al sector energético pueden prestarse por los particulares que hayan obtenido de la Administración una concesión. La Administración pública, específicamente el MINEM, y el OSINERGMIN, serás las entidades encargadas de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las principales obligaciones de los concesionarios de los servicios del sector energético.

Séptima. La responsabilidad in vigilando sí colisiona con el numeral 260.1. del TUO de la LPAG, porque al leer este numeral se puede interpretar que establece una causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de daños derivados de prestación indirecta (cuando el servicio es prestado por concesionarios o sujetos autorizados); pues solo menciona que responde por los daños directos e inmediatos. Es un problema porque en la práctica no permite analizar y evaluar el nivel de intervención estatal que existe en la gestión indirecta de servicios, y los deberes que tiene que cumplir la

Administración en el marco de la regulación correspondiente; esto es, analizar si esta cumplió las **f**unciones de supervisión y vigilancia que tiene encargadas a fin de garantizar el servicio esencial que se está prestando a través del concesionario.

Octava. Es preferible restringir la responsabilidad por culpa in vigilando al supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos; es decir, predicar la antijuridicidad de la acción, no del daño; así, se tendría que examinar la antijuridicidad de la conducta, en función de los deberes que recaen sobre la Administración; y, después, valorar si en el incumplimiento de dicho deber se puede identificar un negligente funcionamiento de la Administración. El presupuesto, por tanto, ha de ser un deficiente ejercicio de las competencias administrativas, con incidencia en la producción del resultado; una solución distinta desvirtuaría el sentido de la institución y tampoco tendría posibilidades financieras reales.

Novena. Son necesaria ciertas modificaciones al TUO de la LPAG; siendo las principales las siguientes: Realizar una modificación al numeral 260.1 del TUO de la LPAG, en el cual se haga referencia a los daños derivados de la prestación indirecta de servicios por parte de la Administración; pues como está redactado actualmente, simplemente lo exonera, sin dar la posibilidad de analizar las funciones que debería cumplir la Administración en ese tipo de prestación. También es muy necesario crear una vía administrativa previa de reclamación, pues actualmente sólo se regula una vía procesal para cuando la pretensión indemnizatoria es acumulada a alguna de las acciones impugnatorias previstas en el artículo 5 de la LPCA; lo cierto es que la pretensión subordinada es atentatoria de la tutela judicial efectiva en el fondo, porque muchas veces impedirá acudir al administrado lesionado, porque no tiene una pretensión principal real.

Así, implementando una adecuada regulación sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración; es decir, que exista un verdadero sistema o conjunto normativo regulador (función demarcatoria), se podrá cumplir la función compensatoria también de la institución señalada; se podrá cumplir el fin para que el que fue creada. Por tanto, no solo se considerará un mecanismo de control democrático de parte de los ciudadanos a sus gobernantes, sino también tendrá como esencia, mantener la indemnidad de la esfera de los administrados; sin llevarlos a soportar más cargas de las que ya jurídicamente están establecidas por la misma vida en sociedad.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Abreviaturas

Abreviatura	Definición
OSINERGMIN	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
CC	Código Civil Peruano
CP	Constitución Política del Perú
CE	Constitución Española
LPAG	Ley N ° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
MINEM	Ministerio de Energía y Minas
COES	Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional
LPCA	Ley N ° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo
La Directiva	La Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de Transmisión y Distribución, Directiva N° 010-2004-OS-CD
NTCSE	Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos, aprobada por Decreto Supremo N ° 020-97-EM.
Real Decreto 429	Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (España).
Ley 39/2015	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (España).
Ley 40/2015	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (España).
Ley N ° 29901	Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.
LEC	Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N ° 25844
Reglamento de la LCE	Decreto Supremo N ° 009-93-EM
LDEGE	Ley N ° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.
LGER	Ley N ° 28749, Ley General de Electrificación Rural.
Ley N º 27332	Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Lista de Referencias

Ariño Ortiz, G. (2009). Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables? *Revista de Derecho Administrativo,* 7, 12-23.

Baca Oneto, V. (2009). Servicio Público, Servicio Esencial y Servicio Universal en el Derecho Peruano. En O. Vignolo Cueva (Coord.), *Teoría de los servicios públicos,* (pp. 355-390). Grijley.

Baca Oneto, V. (2010). ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa". *Revista de Derecho Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo,* 233-248.

Baca Oneto, V., y Ortega Sarco, E. (2013). Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho Peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 13, 33-49.

Barceló Doménech, J. (2008). *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico.* Dykinson.

Blanquer Criado, D. (1997). *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.* Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid).

Bocanegra Sierra, R. (1994). La Responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros. *Documentación Administrativa*, 237, 205-238.

Cacñahuaray Mitma, R. N. (2018). *Calificación de los eventos de fuerza mayor en los contratos de concesión eléctrica.* [Tesis de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Danós Ordoñez, J. (2008). El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *Themis*, 55, 255-264.

Diez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. V.5, La responsabilidad civil extracontractual.* Editorial Civitas (Madrid).

Fernández Valverde, R. (2020). La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, 213, 49-67.

Gallego Córcoles, I. (2008). Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa in vigilando como título de imputación. *Revista de Administración Pública*, 177, 265-291.

García de Enterría, E. (2006). *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa.* Editorial Aranzadi.

Gonzáles Pérez, J. (2010). *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Editorial Thomson-Reuters Civitas.

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del Servicio Público en el ordenamiento público peruano. *Revista Ius Et Veritas*, 50, 368-390.

Huapaya Tapia, R., y Sánchez Povis, L. (2020). La Responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano: notas para el estudio de su régimen jurídico. *Derecho & Sociedad*, 54, 251-273.

Laguna de Paz, J.C. (2001). Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado. *Revista de Administración Pública, 155, 27-57.*

Leysser León, H. (2004). *El sentido de la codificación civil*. Palestra Editores.

López y García de la Serrana, J. (2020). La Responsabilidad generada por cortes de suministro eléctrico. *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 1, 5-15.

Malaret I García, E. (1998). Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública*, 145, 49-87.

Martínez López-Muñiz, J.L. (1999). Nuevo Sistema Conceptual. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 3, 133-152.

Medina Alcoz, L. (2020). El problema de la culpa en la Responsabilidad por acto administrativo. Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública,* 213, 69-91.

Mir Puigpelat, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema.* Editorial Civitas.

Mir Puigpelat, O. (2020). La Garantía Constitucional de la Responsabilidad por el Funcionamiento anormal de la Administración. *Revista de Administración Pública,* 213, 29-47.

Morón Urbina, J.C. (2009). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Morón Urbina, J.C. (2011). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Morón Urbina, J.C. (2015). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Pantaleón Prieto, F. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. *Documentación Administrativa*, 237-238, 239-253.

Paredes Miranda, B. (19 de junio de 2017*). El régimen de la fuerza mayor en el sector eléctrico y su distinción del artículo 1315 ° del Código Civil. Líneas para una integración del concepto.* Pasión por el Derecho. https://lpderecho.pe/fuerza-mayor-sector-electrico-distincion-articulo-1315-codigo-civil-integracion-concepto/

Salvatierra Combina, R. (2009). Los Contratos de Concesión en el Sector Eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo,* 7, 317-328.

Sánchez Povis, L. A. (2015). La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano: aproximaciones a una institución pendiente de reforma. *Revista Derecho & Sociedad*, 45, 321-332.

Vilela Rivas, L. M. (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 pregrado, Universidad de Piura].

Villavicencio Escudero, L.A. (2018). Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: apuntes para una propuesta de cambio en la Ley peruana del Procedimiento Administrativo General. *Revista Derecho & Sociedad*, 50, 99-114.

Vignolo Cueva, O. (2013). La Crisis de la Responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas Peruanas. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 22, 63-79.

Vignolo Cueva, O. (2017). *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de la organización regulatoria.* [Tesis de doctorado, Universidad de Zaragoza].

Vignolo Cueva, O. (2020). La Reformulación de la transmisión de títulos habilitantes locales. *Revista Iberoamericana de Gobierno.*

Jurisprudencia

Sentencia del TC recaída en el Expediente N º 34-2004-PI/TC.

Sentencia de Vista de la Primera Sala Contencioso Administrativa Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima. Resolución N ° 11, de fecha 14 de agosto de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema recaída en la Casación N ° 1693-2014, Lima.

Caso Ardystil: Sentencia del TSe, 3ª, del 29 de noviembre de 2001. (Primera sentencia)

Caso Ardystil: SAP de Alicante, Sección 3ª Penal, del 30 de junio de 2003. (Segunda sentencia)

Sentencia del TSe del 23 de mayo de 1984.

Sentencia del TSe del 25 de mayo de 1988.

Sentencia del TSe del 30 de abril de 1996.

Caso Aceite de Colza: Sentencia del TSe del 26 de septiembre de 1997.

Sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, correspondiente a la Casación 2820-2016-ICA. Resolución de fecha 06 de junio del 2018.