

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: EL ORIGEN DE LOS
PROBLEMAS TEÓRICOS QUE SUBYACEN EN LA
INTERPRETACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ANTIJURICIDAD Y
DE ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN**

Tesis para optar el título de Abogado, que presenta el Bachiller:

CRISTIAN ORIUNDO CARDENAS

ASESOR: ALEJANDRO MARTÍN MOSCOL SALINAS

Lima, julio de 2016.

A mis padres, por su entrega. Sin su apoyo este proyecto no hubiera sido posible.



Agradecimientos

Detrás de un proyecto de investigación, se encuentra siempre la presencia de distintas personas, las cuales dan soporte a la formación y consolidación de las ideas en este prolongado proceso, ya sea desde el ámbito académico o personal.

El presente trabajo de tesis, particularmente, ha sido el producto del soporte de muchos, a quienes deseo agradecer en este apartado. En primer lugar, el trabajo ha sido asesorado por el Dr. Alejandro Martín Moscol Salinas, docente de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Su atenta recepción de mis inquietudes académicas ha sido trascendental para el impulso de la investigación.

En segundo lugar, también en el ámbito académico, es necesario manifestar que el proceso de investigación se ha nutrido de una variedad de conversaciones con destacados profesores y abogados, tanto del área de Derecho Administrativo y del Derecho Civil.

En ese sentido, debo agradecer al Dr. Héctor Augusto Campos García y al Dr. José Luis Gabriel Rivera, ambos docentes de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú; quienes, con gran habilidad analítica, plantearon importantes interrogantes que contribuyeron en el proceso reflexivo de la tesis.

Mis agradecimientos al Dr. Orlando Vignolo Cueva, docente de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura; quien, sin siquiera conocerme, aceptó gustosamente dialogar de un tema sobre el cual escribió hace algunos años. Su propuesta sobre el resarcimiento del daño a través de prestaciones, a cargo de la Administración Pública, merece ser atendida urgentemente por nuestra doctrina.

Debo agradecer, también, a dos (02) profesores con una trayectoria bastante larga en el ámbito académico; quienes, pese a su recargada agenda,

tuvieron la buena disposición de brindar valiosos consejos para la elaboración de la presente tesis. Me estoy refiriendo al Dr. Fernando de Trazegnies Granda, docente de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y autor de un libro de obligatoria lectura sobre la responsabilidad civil extracontractual, largamente citado en el presente trabajo; y al Dr. Luis Martín Rebollo, docente de Derecho Administrativo en la Universidad de Cantabria (España), y autor de más de treinta (30) artículos sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En el ámbito personal, deseo agradecer, en primer lugar, a mis padres, quienes, con amor incondicional, han sido el soporte emocional necesario para el recorrido de esta travesía. A mi hermano, por su permanente disposición de ayuda en la medida de sus posibilidades. A Carolina, por sus ánimos y su apoyo en las necesidades más básicas de una tesis (impresiones, bibliografía, entre otros).

Finalmente, quisiera aprovechar para expresar mi reconocimiento a los destacados profesores que me han precedido en la exploración del tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Rómulo Morales Hervias, Gilberto Mendoza del Maestro, Víctor Sebastián Baca Oneto, Orlando Vignolo Cueva, Richard Martín Tirado, Juan Carlos Morón Urbina, Juan Felipe Isasi Cayo, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Loretta Monzón Valencia de Echevarría, Luis Alberto Huamán Ordoñez y Christian Guzmán Napurí, quien es además mentor profesional de quien escribe.

Dichas contribuciones han sido el punto de partida de este trabajo, que intenta plantear el régimen general de la responsabilidad patrimonial en sentido crítico, crítica respetuosa formulada a modo de homenaje a tan apreciados juristas. Por tanto, debo precisar que el contenido del presente trabajo es de entera responsabilidad mía, no siendo imputable a los autores mencionados cualquier error en la interpretación de sus obras.

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUCCIÓN	1
I. PRIMER CAPÍTULO: PROBLEMAS TEÓRICOS QUE SUBYACEN EN LA INTERPETACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	4
I.1. Instauración del régimen de responsabilidad patrimonial en el ordenamiento peruano	4
I.2 Identificación de problemas teóricos en la interpretación del régimen	8
I.2.1. Lesión o daño	12
I.2.2. Nexo causal	14
I.2.3. Ausencia de un deber jurídico de soportar el daño	17
I.2.3.a) Tergiversación del elemento de la <i>ausencia de un deber jurídico de soportar el daño</i> , afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos	18
I.2.3.b) Confusión de la función del principio de igualdad ante las cargas públicas	22
I.2.4. Actos de la Administración	27
I.2.4.a) Concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo	29
I.2.4.b) Confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas	32
I.2.4.c) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad	37
I.2.4.d) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos	42
I.3. Posibles incidencias prácticas de los problemas teóricos identificados	44

II. SEGUNDO CAPÍTULO: CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL Y CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	61
II.1. Contexto español al momento de la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial	61
II.1.1. Contexto jurídico español de la responsabilidad civil	62
II.1.1.a) Inoperatividad de la responsabilidad civil	62
II.1.1.b) Responsabilidad por hecho de tercero vs responsabilidad directa	65
II.1.1.c) Insuficiencia de la responsabilidad subjetiva y desarrollo de la responsabilidad objetiva	70
II.1.2. Contexto jurídico de la actividad administrativa	75
II.2. Herramientas que utilizó el legislador español para la construcción del régimen	78
II.2.1. Base en la experiencia francesa (<i>faute de service</i>)	78
II.2.2. Tesis de la garantía patrimonial de Boris Starck	82
II.2.3. Debate sobre los alcances de la antijuricidad	85
II.3. Modificaciones no sustanciales del régimen hasta la dación de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	90
III. TERCER CAPÍTULO: CONTEXTO JURÍDICO PERUANO AL MOMENTO DE LA IMPORTACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	96
III.1. La responsabilidad de la Administración Pública peruana antes de la dación de la Ley 27444	96
III.2. Contexto jurídico de la responsabilidad civil extracontractual en el Perú: breve percurso histórico hasta la primera década del siglo XXI	106
III.2.1. Instauración de la responsabilidad objetiva en el ordenamiento peruano y actual sistema de responsabilidad civil peruano	106

III.2.2. La responsabilidad subjetiva en el sistema de responsabilidad civil peruano	110
III.2.3. La antijuricidad en el sistema de responsabilidad civil peruano.	117
III.2.4. Responsabilidad civil de las personas jurídicas en el ordenamiento peruano	126
III.3. Contexto jurídico de la actividad administrativa	137
IV. CUARTO CAPÍTULO: EL ORIGEN DE LOS PROBLEMAS TEÓRICOS: LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTEXTOS ESPAÑOL EN EL QUE SE CONSTRUYÓ EL RÉGIMEN Y EL CONTEXTO PERUANO EN EL QUE SE IMPORTÓ EL RÉGIMEN	141
IV.1. Origen de la tergiversación del elemento de la <i>ausencia de un deber jurídico de soportar el daño</i> , afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos	141
IV.2. Origen de la confusión de la función del principio de igualdad ante las cargas públicas	148
IV.3. Origen de la concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo	157
IV.4. Origen de la confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas	168
IV.5. Origen de la confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad	174
IV.6. Origen de la confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos	178
REFLEXIONES FINALES	184
CONCLUSIONES	207
ANEXOS	209
BIBLIOGRAFÍA	213

INTRODUCCIÓN

Todo discurso o apreciación sobre el campo jurídico, y en general sobre cualquier área del saber, se enmarca dentro de un contexto, el mismo que sirve de base y a la vez condiciona todo tipo de elaboración científica o pseudocientífica. El contexto determina, en mayor o menor medida, toda producción intelectual.

El tema que nos ocupa –que a la vez tiene su correlato en un problema social, a saber, el de la necesidad de los administrados de ver resarcidos los perjuicios causados injustamente por la Administración-, no escapa de la lógica planteada. Es más, los hechos revelan que las elaboraciones dogmáticas sobre la responsabilidad de la Administración Pública respondieron y estuvieron condicionadas por el contexto jurídico y social del momento.

De hecho, el surgimiento de un régimen de responsabilidad autónomo para la Administración -entiéndase, distinto al régimen de responsabilidad civil establecido para los privados-, estuvo condicionado y determinado precisamente por un aspecto de organización del sistema de justicia del todo contingente. Nos estamos refiriendo a la existencia de una doble jurisdicción en el Derecho francés.

Otro ejemplo lo encontramos en la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial en el Derecho español. El contexto determinante que condicionó dicha construcción se caracterizó, fundamentalmente, por la insuficiencia del derecho civil de dar respuesta a una necesidad social: la impune producción de daños como consecuencia del funcionamiento de la Administración, sin que hubiere algún responsable al cual imputar dichos perjuicios.

En ese mismo sentido, también la presente tesis está condicionada por el contexto jurídico del momento, por los planteamientos teóricos desarrollados en los últimos años en el ordenamiento peruano, y por la parcial comprensión de los

ordenamientos foráneos, que han servido de base para la elaboración de la presente investigación.

Centrándonos en las implicancias de esta idea, planteamos que el régimen de responsabilidad patrimonial formulado en España, a mediados del siglo XX, a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, fue interpretado según el contexto jurídico de la época, hecho que determinó la evolución de las posteriores interpretaciones que la doctrina y jurisprudencia realizarían sobre dicho régimen.

Del mismo modo, la responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General, respondía a un contexto jurídico determinado, que ha seguido una evolución distinta a la del Derecho español. En efecto, en el Perú, la responsabilidad de la Administración Pública ha sido abordada a través de las reglas del Código Civil, las cuales han seguido una evolución paulatina, pero importante.

Dentro de este contexto jurídico, podemos mencionar, por ejemplo, la incorporación de criterios de imputación objetivos, como cláusula general de responsabilidad; la tendencia de valorar la responsabilidad subjetiva bajo estándares de conducta (apreciación *in abstracto*); la individualización de la antijuricidad como elemento distinto de la culpabilidad.

Dicho contexto jurídico, que alimenta las reglas del Código Civil vigente, no ha cambiado con la incorporación del régimen de responsabilidad patrimonial español; sino que se mantiene hasta la actualidad, siempre en el marco de una evolución paulatina. No obstante, es precisamente esa diferencia de contextos jurídicos la que ha producido problemas teóricos a la hora de interpretar el nuevo régimen de responsabilidad de la Administración Pública en Perú.

Y es que, nuestra doctrina administrativista ha interpretado el régimen de responsabilidad de la Administración Pública de conformidad con las

elaboraciones doctrinaria de la doctrina española, dejando de lado la evolución del instituto de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano.

En ese sentido, el objeto del presente trabajo es, en primer lugar, identificar los problemas teóricos que subyacen en la interpretación del régimen de responsabilidad patrimonial peruano [Primer Capítulo]. En nuestra opinión, los elementos que han sido tergiversados son el de la antijuricidad y el del hecho dañoso (actividad de la Administración).

En segundo lugar, nos proponemos explicar cuál es el origen de los problemas jurídicos identificados en las interpretaciones de nuestra doctrina administrativista [Cuarto Capítulo]. Para ello, previamente, se identificará el contexto jurídico español en el que se construyó el régimen de responsabilidad patrimonial [Segundo Capítulo] y el contexto jurídico peruano en el que se importó dicho régimen [Tercer Capítulo].

Finalmente, ya evidenciados los problemas teórico-jurídicos en la interpretación de los elementos de la responsabilidad patrimonial, se plantearán algunas reflexiones sobre la posibilidad de una responsabilidad por daños lícitos, la conveniencia de una responsabilidad objetiva absoluta y la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial [Reflexiones finales].

PRIMER CAPÍTULO: PROBLEMAS TEÓRICOS QUE SUBYACEN EN LA INTERPETACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Instauración del régimen de responsabilidad patrimonial en el ordenamiento peruano

El problema de la responsabilidad de la Administración Pública, esto es, de la obligación de resarcir los daños producidos como consecuencia de su actividad, no ha dejado de tener respuesta en el ordenamiento peruano. En sede jurisprudencial se ha discutido supuestos de responsabilidad de la Administración desde muy temprana data, incluso durante la vigencia del Código Civil de 1852.

En un primer momento, y por más de cien años, la responsabilidad de la Administración se consideró comprendida en las normas generales sobre la responsabilidad civil, previstas en el Código Civil. Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular, han sido recogidos por Fernando de Trazegnies, quien relata antecedentes fiscales ya durante la vigencia del Código Civil de 1852 y ejecutorias durante la vigencia del Código Civil de 1936¹.

En el Anteproyecto del Código Civil de 1984, se intentó incluso establecer un artículo dedicado explícitamente a la responsabilidad del Estado. Dicha iniciativa no fue aprobada bajo el argumento de que al Estado le eran aplicables las normas generales de responsabilidad civil, y que era mejor no llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse asediado por juicios sobre responsabilidad civil².

El régimen de responsabilidad civil contenido en el Código Civil de 1984, cuya fórmula comprendía los daños causados por los entes públicos tuvo vigencia hasta el año 2001, siendo reemplazado desde entonces por el régimen de

¹ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. La responsabilidad extracontractual, Tomo II, 7ma edición. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001, pp. 229-250.

² Ídem, pp. 227-229.

responsabilidad patrimonial contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LAPG”).

En efecto, el 10 de abril del 2001, se publicó la Ley N° 27444³, LPAG, la cual incorporó en su artículo 238°, compuesto por seis numerales, un nuevo régimen para los supuestos de responsabilidad de la Administración Pública: la responsabilidad patrimonial. De este modo, el régimen de responsabilidad civil era sustituido por el novísimo régimen de responsabilidad patrimonial⁴.

Este nuevo régimen no constituyó sino un trasplante jurídico del modelo español, una reproducción parcial de los artículos 139° y ss. de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española (en adelante, “LRJ-PAC”)⁵. Probablemente el uso del modelo español se debió a que fue catalogado por la misma doctrina española como el más desarrollado en el derecho comparado⁶.

³ La Cuarta Disposición Complementaria y Final de la LPAG difirió la entrada en vigencia de la misma para el plazo de 06 meses desde su publicación.

⁴ Una de las virtudes que resaltó el presidente de la Comisión Dictaminadora del Proyecto de Ley N° 693-2000-CR, el congresista Estrada Pérez (AP-UPP), en el procedimiento de su aprobación, fue precisamente la innovación que implicaba el regular el régimen de responsabilidad patrimonial: *“Se establece también, como novedad, la responsabilidad de la administración pública para reconocer el derecho a la indemnización por las lesiones que se pueden producir a las personas que recurren a ella”*. Véase: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Diario de los Debates. Periodo Legislativo 2000-2001. Comisión Permanente, 20ª Sesión (Vespertina). Jueves 15 de marzo de 2001. Presidencia de los señores Henry Pease García, Manuel Alejandro Masías Oyanguren y Carlos Ferrero Costa.

⁵ El mismo presidente de la Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de “nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, confiesa que para la elaboración de lo que más tarde vendría a ser la Ley N° 27444 se utilizó como modelo, entre otros, el texto de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Véase: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 17-21.

⁶ La doctrina española ha calificado su propio régimen de responsabilidad patrimonial como el más avanzado en el Derecho Comparado. Así: LEGUINA VILLA, Jesús. La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español, 2da edición. Madrid: Tecnos, 1983, pp. 159 y 167: *“...el sistema español de responsabilidad civil de la Administración se presenta, a nuestro juicio, dentro del panorama actual del Derecho comparado, como el más avanzado, no sólo desde el punto de vista de la técnica jurídica empleada, sino también por lo que respecta al ámbito objetivo de los daños susceptibles de resarcimiento”*. En el mismo sentido, Ortega Álvarez, siguiendo la línea evolutiva

En efecto, puede apreciarse claramente, del Anexo A del presente trabajo, la gran similitud de la redacción legislativa entre la versión original del artículo 238° de nuestra LPAG y los artículos 139° y ss. de la LRJ-PAC española. Cabe señalar, sin embargo, que la ley española regula, en el mismo cuerpo normativo, el procedimiento a seguir para la determinación de la responsabilidad patrimonial en sede administrativa, mientras que la LPAG no se pronuncia sobre este aspecto.

Otro aspecto que distingue al ordenamiento jurídico español, en comparación con el ordenamiento peruano, es que el artículo 106° de la Constitución española de 1978 consagró expresamente la responsabilidad del Estado, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, siendo aplicable a cualquier acto del Estado.

En el ordenamiento peruano, por el contrario, se ha constitucionalizado solamente la responsabilidad del Estado por errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, en el artículo 139°, numeral 7, de nuestra Constitución. Sin embargo, la responsabilidad del Estado no puede limitarse exclusivamente al ejercicio de la función jurisdiccional, sino que se trata

planteada por Leguina Villa, señala que la etapa final de la evolución de la responsabilidad de la Administración es aquella en la que el régimen se caracteriza por ser objetivo y directo: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. La responsabilidad civil de la Administración Pública. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Época 2, no. 32, 1995, pp. 17-22. Recientemente, sin embargo, Martín Rebollo ha descrito el régimen de responsabilidad patrimonial español en su justa medida, como un sistema sencillo, avanzado y, sobre todo, generoso, pero también un sistema casuístico e inseguro, porque pivota sobre conceptos muy abiertos e indeterminados que dependen mucho de la interpretación de cada juez. MARTÍN REBOLLO, Luis. Leyes Administrativas: Manual y Normas básicas. Madrid: Civitas, 2015, p. 381. Desde un punto de vista más crítico, hace más de dos décadas, Pantaleón Prieto reflexionaba en el siguiente sentido: *“Desde que tengo uso de razón jurídica he leído en nuestros mejores administrativistas, escrito con unas u otras palabras, pero siempre con indisimulado orgullo, que el régimen que en materia de responsabilidad patrimonial (rectius, civil extracontractual) de la Administración instauró, hace ya cuarenta años, nuestra Ley de Expropiación Forzosa es el más progresivo, en el sentido del más protector del administrado, del panorama del Derecho comparado, y lo sigo leyendo. A mí esto me pareció siempre un argumento en contra de la racionalidad de ese régimen: me pareció y me parece indudable que España no puede permitirse «gozar» del sistema de responsabilidad de la Administración más «avanzado», o sea, más caro del mundo”*. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. En: Revista de Documentación Administrativa, números 237-238, enero-junio 1994, p. 239.

de un principio implícito que alimenta el funcionamiento del Estado, en general; siendo aplicable a la función legislativa, jurisdiccional, administrativa, e incluso ejecutiva.

El régimen de responsabilidad patrimonial surgió en España en el año 1954, siendo regulado dentro de la Ley de Expropiación Forzosa de dicho año (en adelante, “LEF”). En efecto, es precisamente a partir de este cuerpo normativo que por vez primera la doctrina hará referencia a la “responsabilidad patrimonial” de la Administración Pública.

Desde esta primera formulación, el régimen ha sufrido diversas modificaciones hasta la versión actual recogida en la LRJ-PAC de 1992, la cual sirvió de base para la formulación del régimen de responsabilidad patrimonial establecido en la LPAG. Sin embargo, dichos cambios no han sido sustanciales, sino que se ha planteado el régimen inicial con mayor precisión y técnica legislativa⁷.

Por su parte, también el artículo 238° de nuestra LPAG ha sido modificado, a través del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 de junio de 2008. Sin embargo, los cambios efectuados tampoco constituyen cambios sustanciales al régimen de responsabilidad patrimonial, si bien han buscado dar una correlación entre este instituto y el régimen de responsabilidad civil establecido en los artículos 1969° y ss. de nuestro Código Civil.

Por tanto, podemos afirmar que, en sustancia, el régimen actual de responsabilidad patrimonial peruano guarda grandes semejanzas con el régimen de responsabilidad patrimonial español, cuyas bases fueron construidas a mediados del siglo XX.

La doctrina peruana no tardó en pronunciarse con respecto a este nuevo régimen de responsabilidad, el cual fue interpretado como un régimen autónomo de

⁷ Así, la fórmula legal del régimen actual de responsabilidad patrimonial español ha sido descrito como una “fórmula que, con levisimos cambios, trae causa de 1954”. MARTÍN REBOLLO, Luis. Op. cit., 2015, p. 380. El devenir normativo, no sustancial, del régimen de responsabilidad patrimonial español será tratado en el último apartado del siguiente capítulo.

derecho público, esto es, un régimen independiente y distinto del régimen de responsabilidad civil⁸.

2. Identificación de problemas teóricos en la interpretación del régimen de Responsabilidad Patrimonial

Luego de la importación propiamente legal, ha sobrevenido una automática importación de la doctrina española, dando lugar a una serie de definiciones directamente encontradas con las elaboradas por la doctrina peruana en el ámbito del derecho civil⁹.

Si bien nuestra doctrina administrativista considera que la responsabilidad patrimonial es un régimen autónomo de derecho público, que no tiene nada que ver con la responsabilidad civil; esta circunstancia no exime el hecho de que existan problemas teóricos a la hora de interpretar los elementos de la responsabilidad patrimonial, que no pertenecen a una rama específica del Derecho, sino más bien a la Teoría General del Derecho¹⁰.

⁸ No coincidimos con este tipo de interpretación. Por el contrario, creemos que la responsabilidad patrimonial constituye un régimen especial de responsabilidad civil. Este punto será abordado más detenidamente en la parte final de nuestras Reflexiones Finales. Baste señalar, por el momento, que, históricamente, el surgimiento de un régimen autónomo de responsabilidad para la Administración obedeció a un hecho contingente: la división entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa en el Derecho Francés. No obstante, en Francia, se han desacralizado las diferencias entre la responsabilidad de derecho público y responsabilidad de derecho privado, habiéndose encontrado que, en la práctica, ambos regímenes funcionaban de la misma forma. Véase, en este sentido, LUCHET, Just. L'Arrêt Blanco: la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'état. Thèse de doctorat. Paris : Les Presses modernes, 1935 ; y CHAPUS, René. Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire. Collection de la Faculté Jean Monnet. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. Réimpression de l'édition de 1954.

⁹ Habría que preguntarse si el recurso de la legislación y la doctrina española con respecto a la responsabilidad patrimonial, en nuestro medio, es una prueba más de la debilidad y vulnerabilidad de nuestra cultura jurídica. Sobre la debilidad de la cultura jurídica peruana, con referencia a la importación de la doctrina argentina en la década de los noventa, véase: LEÓN HILARIO, Leysser. La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, 3ra edición corregida y aumentada. Lima: El Jurista Editores, 2011, pp. 68-71 de la versión en pdf; donde también se habla de una "reconquista española" en materia de libre competencia, competencia desleal, protección del consumidor, propiedad industrial y derecho societario.

¹⁰ La clasificación del ordenamiento jurídico en diversas ramas, como áreas delimitadas en confines exactos, ha sido descrita por Giannini como un producto del espíritu de geometría del formalismo jurídico. Giannini agrega, además, que se ha confundido entre rama normativa y disciplina científica: « Otra causa de malinterpretaciones es que muchas veces

Asimismo, cabe resaltar que, históricamente, el régimen de responsabilidad patrimonial fue construido en España sobre la base de los elementos de la responsabilidad civil. Por lo que, en principio, ambos regímenes comparten los mismos elementos, no existiendo diferencias conceptuales entre éstos, sino diferencias meramente de extensión.

No obstante, en nuestro ordenamiento, del solo contraste entre las disposiciones normativas de la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad civil, comienzan a surgir algunas dudas sobre la identidad de sus elementos constitutivos. En primer lugar, pareciera que el régimen de responsabilidad patrimonial ha establecido un sistema tripartito, mientras que la responsabilidad civil se regiría por un sistema tetrapartito¹¹. En segundo lugar, pareciera que el régimen de responsabilidad patrimonial no exigiese el requisito de la antijuricidad ni de los criterios de imputación, pero sí, por el contrario, el requisito de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*.

En efecto, conforme al citado artículo 238° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los requisitos para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración son tres (03):

a) Daño.

se confunde entre rama normativa y disciplina científica; quien dice “derecho privado”, o “administrativo” usualmente se refiere a la ciencia del derecho privado o administrativo, en lugar que a la normativa que constituye el derecho privado o administrativo. Esto crea equivocaciones porque las disciplinas científicas son delimitadas por convenciones académicas o por tradiciones, en su mayoría didácticas, que pueden incluso variar con el tiempo. Los autores que más se han dedicado a estos poco importantes problemas, distinguen entre autonomía objetiva (de un “derecho” entendido como sector de normativa objetiva), autonomía científica (de una disciplina, en tanto exista un sistema de principios de un “derecho”, que pueda ser científicamente teorizado), y autonomía didáctica (de una materia científicamente cognoscible, que es pura cuestión de ordenamiento de los estudios, prestándose cada ciencia a un número prácticamente infinito de divisiones e subdivisiones con fines didácticos) ». En: GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Amministrativo, Volume Primo, Terza Edizione. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 44-45. Traducción libre.

¹¹ El esquema tetrapartito de la responsabilidad civil ha sido criticado por una parte de la doctrina, la cual sostiene que las normas del Código Civil no acogen a la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, como sí ocurre en otros ordenamientos. No obstante, la jurisprudencia es unánime en identificar a la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil, como se verá en el Capítulo III, punto 2.3 del presente trabajo.

- b) Nexo causal
- c) Ausencia de un deber jurídico de soportar el daño.

Por otro lado, la jurisprudencia peruana ha sostenido unánimemente que los artículos 1969° y siguientes del Código Civil exigen cuatro (04) requisitos para determinar la responsabilidad civil:

- a) Daño.
- b) Antijuricidad.
- c) Nexo causal.
- d) Criterio de imputación.

Sin embargo, no se debe dudar de la identidad entre los elementos de la responsabilidad patrimonial y los elementos de la responsabilidad civil. En primer lugar, el elemento de la “ausencia de un deber jurídico de soportar el daño” no es sino el elemento de la “antijuricidad”, pero visto desde la perspectiva del daño *non iure*, esto es, un daño producido en ausencia de causas de justificación.

En segundo lugar, debemos señalar que, si bien el artículo 238° de la Ley 27444 no hace referencia a los criterios de imputación, es posible, de todas formas, interpretar que éste es un elemento implícito. De lo contrario, estaríamos frente a un régimen de pura causalidad, que excluiría precisamente el elemento que sirve de justificación para trasladar el costo de un daño a cargo de un sujeto distinto del que lo padeció¹².

Considerando que los criterios de imputación constituyen un elemento esencial del sistema de responsabilidad en el ordenamiento peruano, mal podría interpretarse (alegando una interpretación literal) de que el régimen de responsabilidad patrimonial prescinde de este elemento. Se debe entender, por el contrario, que los criterios de imputación subjetiva y objetiva están implícitos

¹² Un régimen de pura causalidad traería consecuencias injustas en su aplicación. Se trataría de un régimen extremista que no da cuenta de las funciones que cumple un sistema de responsabilidad civil.

en nuestro régimen de responsabilidad patrimonial, del mismo modo como están presentes en el régimen de responsabilidad civil.

Finalmente, si bien la LPAG hace referencia también a que los daños deben ser consecuencia de los actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas, entendemos que se está aludiendo al elemento del hecho dañoso, el cual es también un elemento implícito en el régimen de responsabilidad civil.

La identidad de los elementos de la responsabilidad civil y los elementos de la responsabilidad patrimonial serán evidenciados a lo largo del presente trabajo. De momento, debemos apuntar, sin embargo, que la respuesta no podría ser diversa; puesto que sería injusto aplicar un régimen de responsabilidad distinto atendiendo solamente al hecho de que el daño fue producido por un privado o por la Administración Pública, respectivamente. Una interpretación de este tipo terminaría atentando contra el derecho a la igualdad¹³.

A continuación, se expondrán las interpretaciones de la doctrina peruana con respecto a los elementos que constituyen el régimen de responsabilidad patrimonial, poniendo énfasis en las interpretaciones sobre los elementos de ausencia de un deber jurídico de soportar un daño y de actividad de la Administración; con la finalidad de evidenciar las contraposiciones entre estas interpretaciones y las elaboradas por la doctrina civilista con respecto al régimen de responsabilidad civil.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que un claro ejemplo de las contraposiciones en la definición de conceptos es el uso de la expresión “responsabilidad patrimonial”, que en el ámbito del derecho civil tiene una consolidada definición: “exposición del patrimonio del deudor a la ejecución de un crédito que no ha sido honrado”¹⁴. Era innecesario valerse de un término

¹³ Vid. infra, Reflexiones Finales.

¹⁴ LEÓN HILARIO, Leysser. Op. cit., p. 79 de la versión en pdf.

ampliamente recurrido en el derecho comparado¹⁵ para denotar la idea antes indicada, y crear una nueva acepción en el campo del Derecho Administrativo; lo que, más bien, podría generar confusión en el operador jurídico.

En este último caso la misma expresión es utilizada para significar dos nociones totalmente distintas. Por el contrario, los verdaderos problemas se originan cuando se utilizan diversas expresiones (“ausencia de un deber jurídico de soportar el daño” y “antijuricidad”) para significar el mismo concepto; puesto que dicha circunstancia lleva a pensar, naturalmente, que se está haciendo referencia a nociones diferentes.

2.1. Lesión o daño

El primer elemento, a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es la presencia de un daño, lesión o perjuicio. Tanto en nuestro Código Civil como en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral¹⁶.

¹⁵ En el derecho italiano, la expresión responsabilidad patrimonial tiene un significado preciso en el lenguaje técnico jurídico. “*Tal expresión en derecho civil significa la situación jurídica de un patrimonio expuesto a la ejecución forzada por parte de los acreedores del titular del patrimonio para la satisfacción de su crédito*”. VISINTINI, Giovanna. *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 35. Traducción libre de: “*Tale espressione in diritto civile sta a significare la situazione giuridica di un patrimonio esposto all'esecuzione forzata da parte dei creditori del titolare del patrimonio stesso per il soddisfacimento dei loro crediti*”. En el mismo sentido, Roppo afirma que: “*se llama responsabilidad patrimonial la posición del deudor, en cuanto titular de bienes idealmente al servicio del acreedor, y expuestos a sus acciones ejecutivas*”. ROPPO, Vincenzo. *Diritto Privato*, 2da edición. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 344. Traducción libre de: “*Si chiama responsabilità patrimoniale la posizione del debitore, in quanto titolare di beni idealmente al servizio del creditore, ed esposti alle sue azioni esecutive*”. Incluso en el mismo derecho español, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros encuentran en el artículo 1911 del Código Civil español al principio de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones de forma universal (bienes presentes y futuros), y al principio de la garantía patrimonial de los acreedores. DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 4ta edición. Madrid: Tecnos, 1985, p. 284. En el mismo sentido, Albaladejo, al tratar los elementos de la obligación, señala que el vínculo está compuesto por el débito y por la responsabilidad patrimonial del deudor. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, volumen primero, 10ma edición. Barcelona: José María Bosch, 1997, pp. 16-19.

¹⁶ Artículo 1985° del Código Civil.- 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

De la confrontación entre el artículo 1969° y siguientes del Código Civil, y la versión original del artículo 238° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se puede apreciar que en el primer caso se utiliza el vocablo “daño”, mientras que en el segundo caso se utilizaba el vocablo “lesión”.

Si bien ambos términos podrían ser tratados como equivalentes, Orlando Vignolo -citando jurisprudencia y doctrina española- describe el elemento de la lesión como: “*el daño antijurídico, sea económico, físico o moral, que el administrado afectado por la acción administrativa no tiene el deber jurídico de soportar*”¹⁷.

Similar definición es brindada por el creador del régimen de responsabilidad patrimonial, García de Enterría, quien incluyó dentro del concepto de lesión, además, el elemento de los criterios de imputación:

*“El concepto técnico de daño o de lesión, a efectos de la responsabilidad [patrimonial], requiere, pues, un **perjuicio** patrimonialmente evaluable, **ausencia de causas de justificación** (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, **posibilidad de imputación del mismo a tercera persona**. En este último elemento de la imputación se integran ahora, como simples modalidades de la misma, la culpa y el riesgo; pero a su lado existen también otras formas igualmente netas de imputación: la comisión material y perfectamente lícita del daño; la comisión voluntaria y formalmente ilícita, aunque con buena fe subjetiva [...]; el beneficio*

el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Artículo 238° de la Ley del Procedimiento Administrativo general.

[...] 238.5. 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.

¹⁷ VIGNOLO CUEVA, Orlando. La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Víctor BACA ONETO (Coordinadores). La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima: Palestra, 2011, p. 384.

patrimonial resultante por el hecho de la lesión misma, aunque no quepa imputar la comisión material del propio hecho dañoso [...]”¹⁸.

Es decir, según García de Enterría, el elemento lesión del régimen de responsabilidad patrimonial equivaldría a tres elementos del régimen de responsabilidad civil: daño, antijuricidad y criterios de imputación.

En realidad, como se ha podido observar, es la versión original del numeral 238.1 del artículo 238° de la LPAG la cual hace referencia al elemento de la lesión. En la versión actual, y vigente a partir del año 2008, la norma se refiere, más bien, al concepto tradicional de “daño”. Por lo que, en principio ya no cabe aglomerar, dentro de este concepto, los elementos de antijuricidad y de los criterios de imputación.

De todos modos, la interpretación antes esbozada sobre el concepto de lesión, siguiendo a la doctrina española, no genera mayores inconvenientes conceptuales. Por lo que, podemos afirmar que no existe un problema teórico en la interpretación del primer elemento de la responsabilidad patrimonial.

2.2. Nexo causal

El segundo elemento de la responsabilidad patrimonial es el nexo causal o relación de causalidad, que debe existir entre el hecho dañoso y la conducta del sujeto responsable. Con respecto a este elemento, no se observa una confrontación teórica con su equivalente en la responsabilidad civil.

En efecto, en ambos ámbitos, se ha entendido que un elemento esencial de la responsabilidad lo constituye la relación causa-efecto entre la conducta del autor, o actuación de la Administración, y el daño producido a la víctima. Es

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración. Reedición que reproduce facsimilamente la de 1956. Reimpresión de la edición de 1984. Madrid: Civitas, 1989, p. 178.

precisamente esta definición la que expone Taboada Córdova, refiriéndose a las normas del Código Civil:

“Además de los requisitos antes mencionados de la responsabilidad civil como son la conducta antijurídica y el daño causado, es necesario un tercer requisito de orden fundamental denominado “relación de causalidad”, que se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar”¹⁹.

Debemos señalar, sin embargo, que, tal y como lo ha advertido la doctrina civilista, el nexo de causalidad previsto en el artículo 238° de la Ley del Procedimiento Administrativo general es el mismo que en el régimen de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, o la mal llamada responsabilidad contractual²⁰.

Y es que, en ambos casos, la norma establece que el resarcimiento comprende los daños directos e inmediatos. Por lo que, en ambas hipótesis de responsabilidad, el elemento del nexo causal se verificaría a través de la tesis de la causa próxima²¹.

¹⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Reimpresión de la 3ra edición. Lima: Grijley, 2015, pp. 97-98.

²⁰ MORALES HERVIAS, Rómulo. “La responsabilidad de la Administración Pública y el derecho del resarcimiento del administrado”, 2013. En: Prometheo. Consulta: 09 de julio de 2015.
<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=43>.

²¹ Con respecto a la aplicación de la tesis de la causa próxima en la responsabilidad contractual, Taboada Córdova señala que: “[...] mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa”. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op. Cit., 2015, p. 98.
Posición contraria es asumida por Juan Espinoza, quien afirma que el artículo 1321 del Código Civil no debe ser interpretado en el sentido de regular la relación de causalidad, sino, más bien, el límite del quantum resarcitorio. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, 7ma edición. Lima: Rodhas, 2013, pp. 198-204 y 206-209.

En ese sentido, Loretta Monzón afirma que:

“Cuando [se] señala que el daño debe ser directo e inmediato, se entenderá que el nexo de causalidad para exigir este tipo de responsabilidad debe ser directo; es decir, debe demostrarse una relación directa entre el daño producido al administrado y el actuar de la Administración Pública”²².

No obstante haber identificado el tipo de nexo causal que debe existir entre la actuación administrativa y el daño, a renglón seguido, la autora confunde el elemento del nexo causal con la modalidad de responsabilidad por hecho de tercero:

“Con este texto queda descartada cualquier posibilidad de argumentar la responsabilidad subsidiaria o compartida, o el vínculo entre el servidor y/o funcionario público con la entidad pública, porque el legislador ha sido tajante al señalar que no cabe responsabilidad indirecta, sino que el daño debe ser consecuencia inmediata de actos de la Administración o Servicios Públicos”²³.

Debemos manifestar nuestra disconformidad con este último planteamiento, puesto que el elemento del nexo causal no tiene nada que ver con la modalidad de responsabilidad por hecho de tercero, también llamada responsabilidad indirecta.

Si se acogiera la interpretación de la autora, quedarían fuera del régimen de responsabilidad patrimonial, injustamente, supuestos como: los daños producidos por un concesionario o contratista del Estado; daños producidos por funcionarios públicos, de forma personal, pero con ocasión de sus funciones;

²² MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo. Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 42.

²³ Loc. cit.

daños producidos por locadores de servicios, o por personas naturales que no forman parte de la estructura de la Administración.

2.3. Ausencia de un deber jurídico de soportar el daño

El elemento de la responsabilidad patrimonial que sin duda genera verdaderos problemas teóricos, al momento de su interpretación y confrontación con el régimen de responsabilidad civil, es el de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*.

La versión actual del numeral 238.2 del artículo 238° de la LPAG, al igual que el numeral 238.4 en su versión original, nos pone frente a una novedad: se establece como uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial la “ausencia de un deber jurídico de soportar el daño”. Se trata de una novedad puesto que en el régimen de responsabilidad civil (vigente para la Administración Pública hasta el año 2001) jamás se aludió a semejante requisito, ni en el plano normativo, ni jurisprudencial, ni doctrinario.

Con respecto a la interpretación de este nuevo elemento, nuestra doctrina ha identificado correctamente que la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* equivale a decir que el daño es antijurídico. Sin embargo, contradictoriamente, al mismo tiempo se considera que la responsabilidad patrimonial comprende tanto los daños ilícitos como los daños lícitos.

Por otro lado, parece haber un consenso entre nuestra doctrina, si bien no unánime. Esta posición mayoritaria vincula la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* con un principio nacido en el derecho francés, el *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*.

En ese sentido, podemos afirmar que la fuerte influencia española en nuestra doctrina administrativista ha generado que ésta realice interpretaciones discutibles, con respecto al elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*. En dichas interpretaciones subyacen problemas teóricos, de los que nuestra doctrina no es aún consciente, y que son:

- a) Tergiversar el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos.

- b) Confundir la función del *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos problemas teóricos identificados.

a) Tergiversar el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos.

Nuestra doctrina administrativista equipara, correctamente a nuestro parecer, el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* con la antijuricidad. No obstante, contradictoriamente, al mismo tiempo se afirma que la responsabilidad patrimonial comprende la responsabilidad por daños lícitos.

La interpretación según la cual la Administración está obligada a resarcir los daños lícitos –esto es, daños producidos como consecuencia de una actividad que no contraviene normas prohibitivas, o los valores del ordenamiento jurídico en general- contradice la necesidad del elemento de la antijuricidad, y termina tergiversando la referencia a la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*.

En efecto, Loretta Monzón equipara el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* con la antijuricidad:

“[La lesión antijurídica] *constituye la base de la Figura Jurídica de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, toda vez que diferencia las lesiones indemnizables de las no indemnizables, en función a la antijuricidad de la lesión ocasionado. Según esta teoría, solo serán*

*susceptibles de resarcimiento las lesiones que el administrado **no tenía el deber jurídico de soportar***²⁴.

No obstante, al mismo tiempo, la autora niega el elemento de la antijuricidad para la determinación de la responsabilidad patrimonial:

*“Es pertinente señalar que la diferencia que existe entre el tratamiento que se da al resarcimiento en el Derecho privado, y en el derecho público, es que el resarcimiento reclamado, en el primer caso, [...] requiere de la determinación de la **conducta antijurídica** o culpable para imputar el grado de responsabilidad o para eximirlo [...], en cambio, en el segundo caso la responsabilidad es objetiva”²⁵.*

En el mismo sentido, Juan Carlos Morón equipara el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* con la antijuricidad (o daño injusto), pero al mismo tiempo afirma que el Estado responde incluso cuando su actuación es legal, vale decir, conforme a derecho.

*“[...] el Estado asume el deber de indemnizar pese a que su **actuación sea legal** porque produce un **daño injusto** a administrados individualizados superando las condiciones normales de exigencia de solidaridad en sociedad y, por ende, no se encuentran sujetos al **deber jurídico de soportarlo**”²⁶.*

El rechazo de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad patrimonial, por parte de Juan Carlos Morón, se aprecia más claramente en el siguiente extracto:

²⁴ MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op cit., p. 24.

²⁵ Ídem, pp. 11-12.

²⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición, actualizada y revisada. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 821.

*“Una de las particularidades básicas de la responsabilidad patrimonial del Estado es que no solo responde por **actos antijurídicos**, sino también por los **compatibles con el orden jurídico**, siempre que ocasione perjuicios a los ciudadanos en un nivel que no sea exigible soportarlos”²⁷.*

Del mismo modo, Orlando Vignolo, luego de sostener que el elemento de la lesión comprende al daño o perjuicio antijurídico, termina afirmando que para el resarcimiento no importa la legalidad o ilegalidad de la acción administrativa:

*“En el mismo sentido, la **antijuricidad (objetiva)** le da carta de naturaleza al menoscabo sufrido por el privado, especificándolo como tal y permitiendo que sea la cobertura jurídica para un posible resarcimiento pecuniario, **no importando para esto la legalidad o ilegalidad** de la acción administrativa que cause el daño, ya que la responsabilidad se deriva tanto de actuaciones u omisiones ilícitas como de actuaciones lícitas²⁸”.*

Por su parte, Christian Guzmán considera que el Estado es responsable tanto por los daños que son consecuencia de una actividad ilícita como por los daños derivados de una actividad lícita, de modo que la antijuricidad no vendría a ser un elemento de la responsabilidad patrimonial:

*“**En la norma quedan incluidos los daños que son consecuencia** de una actividad ilícita o culpable del Estado, pero también, y en forma inmediata, **de una actividad perfectamente lícita**, pero que sin embargo genere afectación a los derechos o el patrimonio del administrado”²⁹.*

²⁷ Loc. cit.

²⁸ VIGNOLO CUEVA, Orlando. Op. cit., p. 384.

²⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Pacífico Editores, 2013, p. 297. El autor ha sostenido esta postura incluso desde su primera obra dedicada al tema de la responsabilidad patrimonial. Véase: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444. Segunda Parte. Lima: ARA, 2003, pp. 568-569.

En el derecho civil, en cambio, se ha identificado que uno de los elementos de la responsabilidad civil es la antijuricidad, siendo definida como la contravención de una norma prohibitiva, o del sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico³⁰.

Asimismo, existen una serie de supuestos en los que el derecho excluye antijuricidad, los que son denominados como *causas de justificación del daño*. El artículo 1971° del Código Civil peruano establece como causas de justificación las siguientes: ejercicio regular de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad.

En ese sentido, confrontando la interpretación del régimen de responsabilidad patrimonial, realizada por la doctrina administrativista, y la interpretación del régimen de responsabilidad civil, realizada por la doctrina civilista, tenemos una contradicción que podría considerarse insalvable.

Un observador pasivo entendería que estamos ante una diferencia entre ambos regímenes. Por un lado, en la responsabilidad patrimonial se exigiría la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*; mientras que en la responsabilidad civil se exigiría una conducta (o daño) antijurídico.

Por tanto, interpretar que el régimen de responsabilidad patrimonial comprende a los daños producidos lícitamente -esto es, de conformidad con el ordenamiento jurídico-, contradice el elemento de la antijuricidad; el cual exige, por el contrario, que el daño sea producido violando una norma prohibitiva, o el ordenamiento jurídico en general.

Esta contradicción, encierra, en realidad, una confusión latente en nuestra doctrina administrativista, con respecto al elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*. Los orígenes de esta confusión son el objeto del presente trabajo, y serán explicados en el primer apartado del cuarto capítulo.

³⁰ Así, por ejemplo, TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op. cit., pp. 36-38. Ésta también es la definición utilizada por nuestra jurisprudencia.

b) Confundir la función del *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*.

Nuestra doctrina administrativista se ha valido de un principio propio del derecho francés –el *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*– para explicar un elemento del régimen de responsabilidad patrimonial peruano que tiene que ver con la antijuricidad: el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*.

Por el contrario, en las interpretaciones de nuestra doctrina civilista, en relación al Código Civil, jamás se apeló a dicho principio francés, ya sea en la interpretación del elemento de la antijuricidad, o al tratar algún tema vinculado con la responsabilidad civil.

De hecho, las referencias al *principio de igualdad ante las cargas públicas* representan una novedad en la doctrina nacional pues, anteriormente, no se había sentido la necesidad de recurrir a dicho principio, ni siquiera en el ámbito del Derecho Administrativo³¹.

Debemos manifestar, sin embargo, que nuestra doctrina no ha reparado en que el *principio de igualdad ante las cargas públicas* es utilizado en Francia como un régimen especial de responsabilidad, que, aplicado al derecho peruano, tendría la función de criterio de imputación³².

³¹ Sólo en el ámbito del Derecho Tributario peruano podría discutirse la existencia del *principio de igualdad ante las cargas públicas*, aunque, más exactamente, nuestra legislación y doctrina se refieren al principio de igualdad en el ejercicio de la potestad tributaria. “*El principio de igualdad es un límite que prescribe que la carga tributaria debe ser aplicada de forma simétrica y equitativa entre dos sujetos que se encuentran en una misma situación económica, y en forma asimétrica o desigual a aquellos que se encuentran en situaciones económicas diferentes*”. BRAVO CUCCI, Jorge. Fundamentos de Derecho Tributario, 4ta edición. Lima: Jurista editores, 2010, p. 126.

³² Es a partir de esta simple constatación que se concluye que el trasplante jurídico del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas no proviene del Derecho francés, puesto que, si así fuera, se hubiera caído en cuenta de la función que cumple dicho principio dentro del ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública (responsabilité administrative).

En consecuencia, podemos afirmar que, en las interpretaciones que vinculan la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* con el *principio de igualdad ante las cargas públicas*, subyace el problema teórico de confundir la función de este principio originado en el Derecho francés.

En efecto, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 27444, nuestra doctrina administrativista ha interpretado que el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* está relacionado con el *principio de igualdad ante las cargas públicas*.

De este modo, este elemento de la responsabilidad patrimonial ha sido definido como la circunstancia en la que se encuentra un administrado que ha sufrido una carga (perjuicio) como producto de una actividad de la Administración, pese a que con dicha actividad se ha beneficiado a la colectividad en su conjunto, siendo injusto hacer soportar exclusivamente a dicho administrado con dicha carga.

Así, por ejemplo, Loretta Monzón define el deber jurídico de soportar el daño como una carga social no indemnizable, relacionándolo con el *principio de igualdad ante las cargas públicas*, en razón de que todos tenemos el deber jurídico de soportar las cargas que se generan con la actuación de la Administración Pública:

« *Esta teoría reposa en el Principio de Igualdad; en virtud, del cual se sostiene que así como todos se benefician de los servicios que brinda la Administración Pública, todos tenemos el deber jurídico de soportar las cargas públicas, que se generan con la actuación de la Administración Pública.*

*Siendo así, para que una “lesión” sea calificada como **antijurídica** y en consecuencia indemnizable, no debe ser considerada como “carga social no indemnizable”; es decir, que el daño reclamado no haya sido provocado por una actuación pública que involucre el **deber jurídico de soportarlo**.*

[...] las cargas públicas no indemnizables deben ser calificadas de acuerdo a cada caso concreto, porque en virtud del **Principio de Igualdad ante las cargas públicas** puede ser que el menoscabo de uno no siempre sea el de todos; por ello, resulta tuitivo analizar si resulta jurídicamente indemnizable el daño alegado por el peticionante, y de demostrarse que uno ha soportado alguna lesión en beneficio de todos, se concluiría que lo correcto sería restablecer el equilibrio a través del resarcimiento »³³.

En el mismo sentido, Juan Felipe Isasi define a los daños no indemnizables como aquellos que todo ciudadano está obligado a soportar por el principio de igualdad de las cargas públicas:

*“En cambio resulta menos claro y preciso el tema referido a los daños que no son indemnizables por tratarse de aquellos que todo ciudadano está obligado a soportar por el principio de **igualdad de las cargas públicas**”³⁴.*

También Juan Carlos Morón, refiriéndose a la responsabilidad por actos lícitos, define al daño injusto como el sacrificio especial o irrazonable que los administrados no están obligados a aceptar dentro de un concepto de igualdad esencial en la comunidad:

*“En este caso, el Estado asume el deber de indemnizar pese a que su actuación sea legal porque produce un **daño injusto** a administrados individualizados superando las condiciones normales de exigencia de solidaridad en sociedad y, por ende, no se encuentran sujetos al **deber jurídico de soportarlo**. Este es un sacrificio especial o irrazonable que los administrados no están obligados a aceptar dentro de un **concepto de igualdad** esencial en la comunidad”³⁵.*

³³ MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op. cit., pp. 25-26.

³⁴ ISASI CAYO, Juan Felipe. “Responsabilidad del Estado en la Función Administrativa”. En: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad de Lima, no. 32, 2001, p. 140.

³⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit., p. 821.

Por su parte, Orlando Vignolo, desarrollando el último párrafo del numeral 238.2 del artículo 238° de la Ley N° 27444, agrupa los variados supuestos de exención de la responsabilidad patrimonial bajo la genérica categoría de los daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar en aplicación del *principio de igualdad ante las cargas públicas*:

« *En sentido inverso, y bajo estricta necesidad de conformación casuística en la vía judicial, no se podría resarcir los atentados patrimoniales por causas justas impuestas por el Ordenamiento, tales como por ejemplo, las exenciones preceptuadas en el numeral 238.2 de la LPAG, centradas en actuaciones administrativas enérgicas, razonables y proporcionales cometidas “en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos”, o, surgidas de manera amplia en aplicación del **principio de igualdad ante las cargas públicas** por “daños que el administrado tiene el **deber jurídico de soportar** de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias” »³⁶.*

Pareciera que nuestra doctrina ha sido totalmente independiente al formular esta interpretación, puesto que en las obras de nuestros administrativistas no se consigna una sola cita de la doctrina española o francesa con respecto a la *igualdad ante las cargas públicas*, o su vinculación con el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*.

Y es que, la referencia al principio de *igualdad ante las cargas públicas* en el Derecho español es muy escasa. Resalta, sin embargo, Garrido Falla, quien utiliza el principio de *igualdad ante las cargas públicas* como fundamento de la indemnización, pero sólo ante dos supuestos: i) en el ámbito de la indemnización expropiatoria³⁷, y, por tanto, ante supuestos donde el particular está obligado a soportar dicha actividad administrativa; ii) en el ámbito de la responsabilidad por

³⁶ VIGNOLO CUEVA, Orlando. Op. cit., pp. 384-385.

³⁷ Garrido Falla diferencia en su obra entre la teoría de la indemnización expropiatoria y la teoría de la responsabilidad patrimonial, sosteniendo así una posición solitaria en el Derecho español.

funcionamiento normal, en el que el administrado no está obligado a soportar el daño.

En efecto, con respecto a la indemnización expropiatoria, el autor español señala que:

*« Interesa separar, en primer lugar, aquellos casos en que el sacrificio del derecho del particular se realiza por la Administración legítimamente, es decir, el daño que el particular sufre no es en ningún caso la consecuencia de una actividad administrativa ilegal, lo que significa simultáneamente que **el particular está obligado a soportar dicha actividad administrativa**, en compensación surge su derecho de reclamar una indemnización expropiatoria. Su fundamento se encuentra en la idea jurídica de la **igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas** que hace odioso el “sacrificio especial sin indemnización” »³⁸.*

Por otro lado, con respecto a la responsabilidad por funcionamiento normal del servicio público, el autor señala que:

*“Ciertamente nuestro ordenamiento positivo ha abierto aquí un supuesto de responsabilidad sin falta que tiene su causa en el funcionamiento normal de los servicios públicos y su fundamento en un principio de solidaridad y de **reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las obras públicas**”³⁹.*

Asimismo, también alguna jurisprudencia española invoca el principio de igualdad ante las cargas públicas, como fundamento de la responsabilidad del Estado legislador. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 1989:

³⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, 10ma edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 245.

³⁹ Ídem, p. 270.

*“[...] consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el **principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas** impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado”⁴⁰.*

2.4. Actos de la Administración

El original numeral 238.1 del artículo 238° de la LPAG establecía como requisito para la responsabilidad patrimonial, que los daños a ser resarcidos fueran consecuencia del funcionamiento de la Administración. Con esta regulación, la LPAG guardaba fidelidad al régimen español que le sirvió de modelo, en concreto, a la Constitución española de 1978, la cual hace referencia al funcionamiento de los servicios públicos⁴¹.

De hecho, desde un inicio, las leyes españolas que regulan el régimen de responsabilidad patrimonial (Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y siguientes) establecen el requisito de que los daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es, más bien, la Constitución

⁴⁰ La referencia es de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Tomo II. Madrid: Civitas, 1997, pp. 1998-1999.

⁴¹ Artículo 106° de la Constitución Española de 1978.
“[...] 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

española la que excluye la mención al carácter “normal o anormal del funcionamiento de los servicios públicos”, refiriéndose, de forma más genérica, al “funcionamiento de los servicios públicos”.

De cualquier forma, lo cierto es que la actual versión del numeral 238.1 de la LPAG alude, más bien, a los daños causados por los actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. De este modo, se marcan distancias con el modelo español a nivel normativo, pero ello no ha obstaculizado que continúe la importación doctrinaria.

Así, ya bajo la vigencia del nuevo texto del numeral 238.1 de la LPAG, pero bajo clara influencia de la doctrina española, el mismo autor que abogó por la modificación de dicha norma señala:

*“Ahora bien, tanto la norma original como la vigente han omitido hacer la precisión contenida en la norma española en el sentido de que la responsabilidad de la Administración comprende tanto los daños causados por el **funcionamiento normal** como los que se originen en el **funcionamiento anormal** de la Administración”⁴².*

Si nos desprendiéramos de cualquier prejuicio o preconcepto en la interpretación de este extremo de la norma, podría concluirse, sin mayor obstáculo, que con la expresión “daños causados por los actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas” se está haciendo referencia a un elemento que es compartido también en el régimen de responsabilidad civil, aunque de manera implícita: el hecho dañoso.

En efecto, tanto el artículo 1969° como el 1970° de nuestro Código civil hacen referencia a un daño producido por un sujeto, ya sea mediando dolo o culpa, o mediando riesgo o peligro. Naturalmente, dicho daño debe ser producto de una conducta del sujeto dañador, de un hecho dañoso. Este es un elemento implícito

⁴² ISASI CAYO, Juan Felipe. Tratado de Derecho Administrativo. Estado y función administrativa. Teoría del acto administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 238.

en el régimen de responsabilidad civil, y ha sido advertido por la doctrina bajo la denominación “daño evento”.

No obstante, nuestra dependencia jurídica ha condicionado que nuestra doctrina realice interpretaciones desacertadas, en las que subyacen problemas teóricos que han pasado desapercibidos. Tal y como lo viene haciendo la doctrina española, nuestra doctrina ha interpretado que:

- a) nuestro régimen de responsabilidad patrimonial es de carácter objetivo global;
- b) la responsabilidad de la Administración, por naturaleza, no podría ser de carácter subjetivo;
- c) en la responsabilidad objetiva basta con determinar la existencia de daño y del nexo causal;
- d) la responsabilidad patrimonial abarca los supuestos de actos lícitos (funcionamiento normal) como ilícitos (funcionamiento anormal).

a) Concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo.

Siguiendo a la doctrina española, la doctrina peruana ha interpretado que el régimen de responsabilidad patrimonial, establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, es de carácter exclusivamente objetivo. Es decir, el único criterio de imputación aplicable a la Administración sería el objetivo, descartándose el dolo y la culpa como posibles criterios de imputación.

Así, por ejemplo, Juan Felipe Isasi sostiene que:

*“Se trata de una **responsabilidad objetiva** que únicamente excluye los casos de fuerza mayor y de daños socialmente tolerables, en especial aquel que el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar por mandato de la ley. Esto es así porque **el artículo bajo comentario se refiere a perjuicios producidos como consecuencia del funcionamiento de la administración, no únicamente del “mal” funcionamiento** que la*

doctrina conoce como “falta del servicio”. En esta hipótesis la responsabilidad alcanzará a todos los casos en que se produzca un daño individualizable **aunque no medie culpa por parte de la administración o sus agentes**⁴³.

En la misma línea, Juan Carlos Morón señala que:

“Las notas características de esta responsabilidad estatal es que es [...] **objetiva** (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**) [...]”⁴⁴.

Por su parte, Loretta Monzón se acoge a lo señalado por la “doctrina contemporánea”, la cual habría concluido la responsabilidad objetiva de la Administración Pública:

“Aquí se consagra la responsabilidad por hecho propio, la cual se funda en la verificación de un daño especial ocasionado por la acción u omisión del Estado, sin ahondar en la intencionalidad del agente provocador. [...] la doctrina contemporánea ha sanjado [que] la responsabilidad que asume **el Estado no está condicionado a un aspecto subjetivo, sino que es responsable objetivamente** por daños ocasionados independientemente de la repetición que se efectúe contra los funcionarios directamente generadores del daño”⁴⁵.

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial peruana se ha deducido precisamente del citado numeral 238.1 de la LPAG, en la creencia de que las fórmulas “funcionamiento de la Administración” o “actos de la Administración” comprenderían, de manera indiferente, al desenvolvimiento normal o anormal de

⁴³ ISASI CAYO, Juan Felipe. Op. cit., 2001, p. 139.

⁴⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit., pp. 820-821.

⁴⁵ MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op. cit., pp. 21-22.

la Administración. En ese sentido, bastando el funcionamiento o actuación normal, la responsabilidad patrimonial terminaría siendo objetiva.

La doctrina española ya había interpretado la expresión “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” contenida en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, como una clara intención de establecer un sistema objetivo de responsabilidad de la Administración⁴⁶.

Luego de la incorporación de la responsabilidad patrimonial en el artículo 106° de la Constitución Española de 1978, la doctrina afirmó, incluso, que el sistema objetivo global de responsabilidad había sido constitucionalizado, por lo que, el legislador no podría regular un sistema subjetivo de responsabilidad⁴⁷.

⁴⁶ «El sistema establecido en un principio en la Ley de Expropiación Forzosa y con posterioridad por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no distingue entre actuación lícita e ilícita de la Administración. Se establece un fundamento único en ambos casos, que es el de la lesión sufrida en los bienes y derechos del particular a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Con ello se establece un sistema objetivo de responsabilidad en cuanto que se traslada el fundamento de la responsabilidad “desde la perspectiva de la acción del supuesto responsable a la del patrimonio de la persona lesionada” ». DE LA VALLINA, Juan Luis. “La responsabilidad civil de la Administración Pública”. En: *Revista de Documentación Administrativa*, no. 78-79, 1964, p. 29. “[El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado] (como el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa) han abierto infinitas posibilidades a la responsabilidad administrativa. Y en ello consiste cabalmente su riesgo, dado que la exigencia de responsabilidad no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico, que ponga límites a su ambiciosa formulación inicial”. NIETO GARCÍA, Alejandro. “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 4, enero-marzo, 1975, p. 95. “[...] el régimen de responsabilidad consagrado por nuestro ordenamiento jurídico administrativo no puede ser más acabado y satisfactorio. La Administración responderá de los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo cual, al incluir la responsabilidad por el simple riesgo debido a la realización del servicio, viene a suponer una amplísima garantía de resarcimiento para el perjudicado. [...] no debe olvidarse que la responsabilidad civil se construye en base a principios diferentes en las distintas ramas de nuestro Derecho: la culpa (primordialmente), en el Derecho privado; el hecho objetivo, en el público administrativo”. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 7, octubre-diciembre, 1975, pp. 646-653.

⁴⁷ “La exclusión única de la fuerza mayor consagra constitucionalmente un sistema de responsabilidad objetiva y esa decisión constitucional no puede ser desvirtuada por el legislador”. JORDANO FRAGA, Jesús. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”. En: *Revista de Administración Pública*, no. 149, mayo-agosto, 1999, p. 336.

En resumen, como producto de la influencia española, nuestra doctrina administrativista ha concluido el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial peruana a partir de la interpretación del numeral 238.1 del artículo 238° de la LPAG. Sin embargo, no parece haberse hecho un verdadero análisis para arribar a semejante resultado, sino que, más bien, se ha tomado como premisa lo que debería haber sido la conclusión.

Tal es así que incluso se ha tenido que hacer un esfuerzo para argumentar que la responsabilidad de la Administración no tiene por qué ser siempre objetiva, pudiendo también contemplar supuestos de responsabilidad subjetiva. De este modo, se ha propuesto interpretar nuestro régimen de responsabilidad patrimonial como un sistema mixto.

Este tipo de posición es totalmente pertinente en un escenario en el que se comparte como dogma que la responsabilidad patrimonial debe ser de carácter objetivo. Sin embargo, tampoco esta posición es original de nuestra doctrina administrativista, sino que recoge las propuestas de la doctrina española frente a las duras críticas que recibió el sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración⁴⁸.

b) Confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas.

A partir de la interpretación del numeral 238.1 del artículo 238° de la LPAG, nuestra doctrina administrativista ha concluido que la responsabilidad patrimonial peruana es de carácter objetivo. No obstante, nuestra doctrina ha ido más lejos, llegando incluso a negar la posibilidad de que a la Administración le sea aplicable un sistema de responsabilidad subjetivo.

Para sostener esta posición, nuestra doctrina ha señalado que la responsabilidad patrimonial es una de carácter directo, es decir, el sujeto responsable es

⁴⁸ Sobre el particular, resulta esclarecedor el trabajo de MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas, 2002, pp. 153 y ss.

directamente la Administración; y no de carácter indirecto, situación en la que se responde por los actos de un tercero, el funcionario en este caso.

En ese sentido, para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración no sería necesario identificar dolo o culpa en el funcionario, no siendo posible atribuir dolo o culpa a un sujeto orgánico como la Administración. Por lo que, la responsabilidad sería de carácter objetivo.

En efecto, Christian Guzmán ha sostenido que:

*“... debemos partir de la premisa de que **la naturaleza corporativa del Estado**, así como los elementos que diferencian claramente al derecho civil patrimonial del derecho administrativo, **nos impiden asignarle a la Administración una responsabilidad basada en el dolo o la culpa**. Como resultado de ello, no cabe la asignación de responsabilidad subjetiva a la Administración Pública. En consecuencia, la responsabilidad administrativa sería **siempre objetiva**”⁴⁹.*

La misma postura es sostenida por Loretta Monzón, quien afirma, además, que en la responsabilidad subjetiva es necesario determinar la conducta culposa del sujeto dañador, puesto que este tipo de responsabilidad estaría sujeta a la voluntad del autor del daño:

*“Es pertinente señalar que la diferencia que existe entre el tratamiento que se da al resarcimiento en el **Derecho privado**, y en el derecho público, es que el resarcimiento reclamado, en el primer caso, no obstante, la intervención de personas jurídicas, que repetirían contra sus subordinados provocadores del daño, requiere de la determinación de la **conducta antijurídica o culpable** para imputar el grado de responsabilidad o para eximirlo, porque **la responsabilidad está sujeta**”*

⁴⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit., p. 296.

a voluntad, en cambio, en el segundo caso la responsabilidad es objetiva⁵⁰.

Del mismo parecer es Juan Carlos Morón, quien señala que:

*“Factibilidad jurídica de asignar el daño a la Administración. Está referida a contar con un **factor de atribución objetivo** o fundamento jurídicamente relevante que permita asignar el deber de compensación al Estado, **ocupando el papel que en la responsabilidad civil tiene la imputabilidad (culpa y el dolo), que es inaplicable en la responsabilidad estatal**”⁵¹.*

No obstante, contradictoriamente, inmediatamente después, el autor afirma que uno de los criterios de imputación aplicables en la responsabilidad patrimonial es el del funcionamiento anormal de la actividad de la Administración:

*Los factores de atribución normalmente usados son el **funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración** en relación con sus estándares admisibles técnica o legalmente (comúnmente denominada la falta del servicio) y el riesgo creado por la acción estatal (responsabilidad por riesgo o enriquecimiento sin causa)⁵².*

En una línea distinta, pero siempre sosteniendo la inaplicabilidad de la responsabilidad subjetiva en el régimen de responsabilidad patrimonial; Isasi Cayo señala que, incluso cuando fuere necesario determinar una falta en la prestación del servicio público, estamos ante una responsabilidad objetiva, pues se trataría de una falta objetivada que no es necesario individualizar:

⁵⁰ MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op. cit., p. 11.

⁵¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit., pp. 820-821.

⁵² Loc. cit.

*“[...] la idea de falta en que el sistema se basa **se aleja apreciablemente de la noción tradicional de culpa**, supuesto que se trata de una falta objetivada, es decir, de una falta del servicio mismo, que no es necesario, ni aun en el supuesto de que sea materialmente posible hacerlo, individualizar”⁵³.*

En un sentido similar, Eloy Espinosa Saldaña Barrera considera que el surgimiento de la responsabilidad objetiva de la Administración se encuentra en la denominada *faute de service* del Derecho francés, concepto que se aleja de la noción de la culpa en el Derecho Civil:

*“Hubo entonces que esperar hasta pronunciamientos como los célebres Arrêt Blanco y Arrêt Pelletier, ambos emitidos en 1873, para encontrar por primera vez el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración bajo bases propias. El punto de partida de este razonamiento es el de la configuración del concepto “falta de servicio”, el cual se distingue del de la falta personal. Ello a su vez llevó a dejar de lado la noción de culpa. **Se abandona así la idea, manejada en el Derecho Civil, en donde la noción de responsabilidad extracontractual por daños aparece conformada por la noción de culpa**; y además, se pasa a un escenario en el cual el Estado pasa a ser responsable por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, si con ello genera perjuicios a los (as) administrados (as).*

***Aparecía así la denominada responsabilidad objetiva de la Administración**, con una dinámica que se extendió en Francia a la comprensión de todo tipo de servicios, y que luego se ha proyectado a otros países, en los cuales, por lo menos para lo que ha venido luego para el escenario latinoamericano, tiene especial relevancia lo sucedido en el escenario español”⁵⁴.*

⁵³ ISASI CAYO, Juan Felipe. Op. cit., 2001, p. 135.

⁵⁴ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Responsabilidad Objetiva de la Administración en el Perú: Entre la erosión de un modelo y la posible configuración de una alternativa

No obstante, Espinosa Saldaña, a diferencia de los autores previamente citados, propone un régimen mixto de responsabilidad, es decir, un régimen que funcione objetivamente para unos supuestos, y subjetivamente para otros:

*“Es en ese escenario que, y sobre todo aprovechando los matices que posteriormente se añadieron al texto de la Ley, hoy bien puede anotarse que, partiendo de un sistema de responsabilidad objetiva, **en el Perú se ha incorporado la posibilidad de que el tratamiento de algunas situaciones pase a canalizarse bajo las pautas de un régimen de responsabilidad subjetiva.** De allí que resulte sugerente pensar si para el caso peruano es factible y sugerente asumir lo que Eva Desdentado ha propuesto para España hoy: el establecimiento en el Perú de una fórmula mixta, la cual permita la combinación y coexistencia de expresiones de dos regímenes distintos, los cuales no deberán entenderse como contradictorios, sino más bien como complementarias entre sí”⁵⁵.*

Sin embargo, tampoco esta propuesta, si bien novedosa entre nuestra doctrina, es resultado de un examen original del texto normativo de la responsabilidad patrimonial peruana, sino que se trata de reiterar las reflexiones realizadas por la doctrina española desde finales de los años 90's. En concreto, Eloy Espinosa Saldaña se basa expresamente en la propuesta de Eva Desdentado.

En definitiva, nuestra doctrina administrativista rechaza la idea de apreciar el dolo o la culpa del funcionario para determinar la responsabilidad de la Administración. Esta circunstancia sería precisamente la que diferencia el régimen de responsabilidad civil del régimen de responsabilidad patrimonial, puesto que nuestro Código Civil exigiría la verificación de la culpa del autor del

mixta. En: Derecho y Debate. Consulta: 25 de agosto de 2015, pp. 1-2 de la versión en pdf.
<http://derechoydebate.com/admin/uploads/544521d8ba8e4-epinosa-saldae-eloy-responsabilidad-objetiva-de-la.pdf>.

⁵⁵ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Op. cit., p. 10 de la versión en pdf.

daño a efectos de determinar la responsabilidad vicaria de una persona jurídica de derecho privado.

No obstante, debemos señalar que la responsabilidad vicaria no es nada más y nada menos que una responsabilidad por hecho de tercero, una responsabilidad indirecta. Por lo que, cabe preguntarse ¿qué tipo de régimen merece la responsabilidad directa de las personas jurídicas?

Si se entiende que el dolo y la culpa son predicables solamente con respecto a las personas naturales, entonces se debería negar la responsabilidad subjetiva directa para todas las personas jurídicas, ya sea de derecho público como de derecho privado. Por lo que, no habría en este punto una diferencia entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad civil.

Téngase presente que una interpretación de este tipo negaría la responsabilidad subjetiva inclusive en el ámbito de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, o de la mal llamada responsabilidad contractual. A menos que se interprete que en este ámbito se aplica también, exclusivamente, una responsabilidad indirecta.

Por estos motivos, en las interpretaciones de nuestra doctrina administrativista subyacen problemas teóricos con respecto a la concepción de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas, y con respecto a los criterios para determinar la culpa del sujeto dañador, sea éste una persona natural o jurídica.

c) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad.

Como se ha visto en los apartados anteriores, la doctrina peruana ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad patrimonial es de carácter objetivo; aunque en realidad este punto es tomado más como un presupuesto que como una conclusión.

Pero ello no es todo, las interpretaciones de nuestra doctrina administrativista van más allá, puesto que terminan describiendo un régimen de responsabilidad por la pura causalidad, más que una responsabilidad objetiva, omitiendo hacer referencia a algún criterio de imputación objetivo.

En efecto, nuestra doctrina administrativista, influenciada por la doctrina española –que recoge, a su vez, las interpretaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, ha afirmado que los únicos requisitos o elementos que dan surgimiento a la obligación de resarcir daños a cargo de la Administración son: el daño y el nexo de causalidad. Sin embargo, dicha descripción corresponde precisamente a la responsabilidad por la pura causalidad.

Así, por ejemplo, Orlando Vignolo señala que:

*« Si se quiere, se trata de una regulación separada del Código Civil que “es teóricamente más ventajosa para el dañado porque **se trata de una responsabilidad en la que no hay que demostrar culpa o negligencia alguna sino únicamente la existencia de una lesión imputable causalmente a la Administración** por el funcionamiento de los servicios públicos »⁵⁶.*

Del mismo modo, Christian Guzmán identifica, y enumera, los siguientes requisitos para el surgimiento de una obligación resarcitoria a cargo de la Administración:

“... para que esa obligación se genere, deben darse ciertos supuestos concurrentes:

1. La existencia del daño indemnizable.

2. La existencia de un nexo causal entre el acto [del] supuesto agente y el daño ocasionado”⁵⁷.

⁵⁶ VIGNOLO CUEVA, Orlando. Op. cit., p. 383.

⁵⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit., p. 294.

En el mismo sentido se expresa Loretta Monzón, buscando dar funcionalidad, sin embargo, al elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*:

« Cuando se habla de **“Responsabilidad Objetiva”** se descarta la *conurrencia de culpa del agente provocador del daño*; es decir, en este análisis de la responsabilidad atribuida al Estado, **se centra en comprobar si existe daño y si este fue producido como consecuencia de la acción u omisión de la Administración Pública**; lo que implica solo verificar la existencia del nexo de causalidad y si lo reclamado no es atribuido como una carga social no indemnizable »⁵⁸.

Como puede verificarse en las citas precedentes, nuestra doctrina considera que, para que la Administración sea obligada a resarcir un daño en nuestro sistema objetivo, es necesario cumplir sólo con el requisito del daño y del nexo causal, definición que corresponde no a una responsabilidad objetiva, sino a una responsabilidad por la pura causalidad⁵⁹.

Por el contrario, nuestra doctrina civilista, maneja una definición distinta de responsabilidad objetiva, que atiende no solamente a excluir los criterios subjetivos de culpa y dolo para algunos supuestos, sino que, principalmente, busca sustituirlos por los criterios objetivos de riesgo y peligro.

Así, por ejemplo, Lizardo Taboada, haciendo referencia al artículo 1970° del Código Civil, señala que:

« En el caso del **sistema objetivo de responsabilidad**, [...] el mismo está construido sobre la base de la **noción de riesgo creado, que constituye el factor objetivo de atribución de responsabilidad**.

[...] El significado de esta noción de riesgo creado es el siguiente: todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes suponen un riesgo

⁵⁸ VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta Monzón. Op. cit., p. 23.

⁵⁹ Vid. infra Capítulo II, punto 1.1, acápite c).

*ordinario o común para las personas. [...] Para todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante **un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común** y que por ello mismo merecen la calificación de “riesgosos” »⁶⁰.*

También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. Así, por ejemplo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la resolución de fecha 16 de noviembre de 2012, recurso de casación N° 4664-2011-Cusco, ha dejado establecido que:

“Toda indemnización por daños y perjuicios que se genera como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico de no causar daño a otro debe reunir los requisitos de antijuricidad –contravención a una norma prohibitiva-, daño causado –lesión al derecho o interés jurídicamente protegido, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial-, relación de causalidad –relación de causa-efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima- y factor de atribución –dolo, culpa o riesgo creado”.

Las interpretaciones de nuestra doctrina administrativista, citadas *supra*, podrían ser, a su vez, reinterpretadas en el sentido de hacer referencia sólo a los elementos más trascendentales de la responsabilidad patrimonial, y que los autores no proponen una responsabilidad por la pura causalidad. Sin embargo, la influencia española parece haber sido determinante.

Y es que, es precisamente en este sentido como se ha interpretado la responsabilidad objetiva de la Administración en España. Así, Muñoz Guijosa explica que, en el derecho español:

⁶⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op. cit., pp. 115-117.

“[...] es frecuente encontrar afirmaciones doctrinales de acuerdo con las cuales el **carácter objetivo** que ha de extraerse de tal presentación normativa del régimen de responsabilidad no significa sino que ha de prescindirse completamente del tipo de funcionamiento y de la idea de culpa en la determinación de la concurrencia o no de responsabilidad administrativa. [...] no resulta necesario indagar si la Administración ha funcionado correcta o incorrectamente, esto es, si el funcionamiento administrativo ha sido anormal o normal, sino **exclusivamente averiguar si ha existido lesión y si la misma aparece como consecuencia del funcionamiento del servicio**”⁶¹.

Cabe mencionar, sin embargo, que no toda nuestra doctrina administrativista describe la responsabilidad objetiva en el sentido antes apuntado. Al respecto, es de destacar la posición de Víctor Sebastián Baca, quien no limita los elementos de la responsabilidad patrimonial en el daño y el nexo causal, sino que considera necesario que se verifique también el criterio de imputación objetivo:

“[...] en los supuestos de **responsabilidad objetiva**, la responsabilidad surge en función del **daño antijurídico**, incluso si la conducta del causante no fue culposa o negligente. Por tanto, el causante deberá indemnizar cuando “produjo” el **perjuicio**, incluso si actuó diligentemente; es decir, cuando existe un **nexo causal** entre su actividad (o inactividad) y el resultado dañoso, **que además debe serle (objetivamente) imputable**”.

[...] Evidentemente, **esta objetivación de la responsabilidad requiere de una justificación adicional**, que algunos han buscado en el **riesgo**

⁶¹ MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuricidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”. En: Revista de Administración Pública, no. 187. Madrid, 2012, p. 106.

creado por el causante, mientras que otros han pretendido encontrarla en la socialización del daño⁶².

d) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos.

Nuestra doctrina administrativista, interpretando el régimen de responsabilidad patrimonial, ha equiparado la responsabilidad objetiva con la responsabilidad derivada de actividad lícita, y responsabilidad subjetiva con responsabilidad por actuación ilícita, confundiendo así dos elementos distintos de la responsabilidad patrimonial, a saber, la antijuricidad y los criterios de imputación.

Así, por ejemplo, Christian Guzmán considera que el Estado es responsable tanto por los daños que son consecuencia de una actividad ilícita como por los daños derivados de una actividad lícita, equiparando ilicitud y culpabilidad:

“En la norma quedan incluidos los daños que son consecuencia de una actividad ilícita o culpable del Estado, pero también, y en forma inmediata, de una actividad perfectamente lícita, pero que sin embargo genere afectación a los derechos o el patrimonio del administrado”⁶³.

En el mismo sentido, Loretta Monzón equipara conducta antijurídica con responsabilidad subjetiva:

“Es pertinente señalar que la diferencia que existe entre el tratamiento que se da al resarcimiento en el Derecho privado, y en el derecho público, es que el resarcimiento reclamado, en el primer caso, no obstante, la intervención de personas jurídicas, que repetirían contra sus

⁶² BACA ONETO, Víctor Sebastián. “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”. En: Revista de Derecho Administrativo, año 5, no. 9, 2010, pp. 235-236.

⁶³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit., p. 297. El autor ha sostenido esta postura incluso desde su primera obra dedicada al tema de la responsabilidad patrimonial. Véase: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En: VARIOS. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444. Segunda Parte. Lima: ARA, 2003, pp. 568-569.

subordinados provocadores del daño, requiere de la determinación de la **conducta antijurídica o culpable** para imputar el grado de responsabilidad o para eximirlo, porque la responsabilidad está sujeta a voluntad, en cambio, en el segundo caso la **responsabilidad es objetiva**⁶⁴.

Para ambos autores, el ejemplo, por antonomasia, de responsabilidad por daños lícitos lo representa la expropiación⁶⁵, supuesto que se encuentra establecido incluso constitucionalmente.

En el derecho civil peruano, el elemento de la antijuricidad permite distinguir entre los daños producidos ilícitamente y aquellos producidos lícitamente, siendo resarcibles sólo los primeros. Por el contrario, los criterios de imputación, subjetivos u objetivos, sirven de fundamento (de justificación si se quiere) para trasladar el costo de un daño hacia un sujeto distinto del que lo padeció⁶⁶.

Por estos motivos, debemos afirmar que, al interpretar el régimen de responsabilidad patrimonial, nuestra doctrina administrativista ha confundido la

⁶⁴ MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op. cit., pp. 11-12.

⁶⁵ “Las teorías de asignación de responsabilidad al Estado como resultado de la realización de un acto ilícito por el mismo eran cuestionadas seriamente por el hecho de que en múltiples oportunidades dicho Estado se encontraba ante la obligación de indemnizar ante la realización de un acto lícito. La expropiación es un ejemplo claro. Suponer que la expropiación es en realidad un acto ilícito implicaría la existencia de actos ilícitos constitucionalmente consagrados, lo cual constituiría un absurdo”. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit., 2015, p. 296. “La Responsabilidad Patrimonial en sus inicios estaba limitada a las actividades lícitas, caso de expropiaciones por necesidad pública”. MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op. cit., p. 12.

⁶⁶ « [...] cualquier criterio de imputación no es sino un “justificativo” teórico del traspaso del peso económico del daño que sufre la víctima hacia una esfera ajena, por lo que persigue explicar, con criterios de justicia, el porqué alguien debe soportar el coste económico del daño sin que esta decisión pueda calificarse de arbitraria. En la llamada “responsabilidad objetiva por hecho propio”, el causante del daño será calificado también como “responsable” en la medida que reconozcamos que la actividad desarrollada por aquel justifica que se responda por los daños causados, puesto que, por ejemplo, para la obtención de un beneficio, se generaron riesgos adicionales al simple hecho de vivir (riesgo-creado; riesgo-beneficio) que expusieron al peligro a todos aquellos integrantes de la sociedad que vieron conectadas sus esferas jurídicas con la actividad desarrollada por el agente ». Refiriéndose a la doctrina del *civil law*, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser Luigi LEÓN HILARIO. “La reedificación conceptual de la responsabilidad extra-contractual objetiva”. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no. 58, 2005, p. 21.

responsabilidad objetiva y la responsabilidad por daños lícitos, tratándolos como supuestos idénticos.

Finalmente, debemos señalar que, en el ordenamiento peruano, no existen hipótesis de responsabilidad por daños lícitos consagrados expresamente por la ley o la Constitución. La expropiación no es un ejemplo de ello, puesto que en dicho supuesto estamos ante una figura distinta, que otorga también un remedio distinto, a saber, la indemnización, y no el resarcimiento⁶⁷.

3. Posibles incidencias prácticas de los problemas teóricos identificados

En el apartado anterior se ha mostrado una serie de definiciones conceptuales elaboradas por nuestra doctrina administrativista, detrás de las cuales subyacen problemas teóricos que han pasado desapercibidos; a saber:

- i) Tergiversación del elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos.
- ii) Confusión de la función del *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*.
- iii) Concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo.
- iv) Confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas.
- v) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad.
- vi) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos.

⁶⁷ Si bien nuestra legislación suele utilizar las expresiones “indemnización” y “resarcimiento” como sinónimos, nuestra jurisprudencia ya reconoció una diferencia de remedios. Así, la Sexta regla del precedente judicial vinculante contenido en el Tercer Pleno Casatorio señala, a propósito del artículo 345-A del Código Civil, que: “*La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar*”.

No obstante, estos problemas teóricos aún no se han transmitido a la jurisprudencia, puesto que, en el Perú, no ha terminado por desplegarse el régimen de responsabilidad patrimonial prescrito en el artículo 238° de la LPAG. La jurisprudencia, respecto a este tema en concreto, es escasa⁶⁸, advirtiéndose, por el contrario, la recurrencia, por parte de los justiciables, al régimen de responsabilidad civil extracontractual establecido en el Código Civil⁶⁹.

Es probable que este estado de cosas se deba a que el régimen de responsabilidad civil se haya usado por casi cien años para verificar la responsabilidad de la Administración Pública, habiéndose arraigado entre los administrados. Sin embargo, debe señalarse también que existen verdaderos impedimentos procesales para hacer efectiva la aplicación de este nuevo régimen⁷⁰.

⁶⁸ De cuatrocientas (400) demandas contencioso administrativas, presentadas a inicios del año 2013, sólo tres (03) de ellas contenían una pretensión indemnizatoria acumulada, pese a que, en la gran mayoría de casos, se solicitaba la nulidad de un acto administrativo, esto es, un supuesto acto administrativo antijurídico. Información obtenida en el sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del Poder Judicial: www.cej.gob.pe. Asimismo, de la consulta en las bases de datos en línea de las casaciones de la Corte Suprema, los resultados obtenidos, para el criterio de búsqueda “indemnización” donde la parte demandada sea la Administración, son muy precarios.

⁶⁹ Huamán Ordoñez también hace referencia a este estado de cosas, en los siguientes términos: *“al condenar a la Administración a restablecer dinerariamente la situación jurídica del administrado, producto del desmedro de un derecho subjetivo o interés legítimo, se ha usado el instituto de la responsabilidad civil extracontractual, y se ha articulado indebidamente las reglas del Código Civil”*. En: HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis Alberto. Responsabilidad civil de la Administración, pretensión indemnizatoria y proceso contencioso-administrativo. Lima: ECB Ediciones, 2015, p. 11.

⁷⁰ Nos limitamos a mencionar, sobre este punto, que la versión original de la Ley N° 27584, Ley del proceso contencioso administrativo, establecía en su artículo 26° que la responsabilidad de la Administración se tramitaba según las reglas del Código Civil y del Código Procesal Civil. La versión actual de la misma norma no resolvió el problema, puesto que dispuso que la pretensión indemnizatoria debía estar siempre acumulada a otra de las pretensiones enumeradas en el artículo 5° de la ley. Asimismo, existe un hecho que no ha sido evidenciado; y es que, el plazo prescriptorio establecido en el Código Civil es mucho más beneficioso que el plazo de caducidad establecido en la Ley N° 27584. Por lo que, es muy probable que éste sea un factor tomado en cuenta por los administrados a la hora de elegir entre el régimen de responsabilidad patrimonial o el régimen establecido en el Código Civil.

Las pocas sentencias en las que se hizo referencia al nuevo régimen no entran, sin embargo, al análisis de los elementos que la componen, limitándose, por el contrario, a tomarlo como un mero dato referencial⁷¹.

Si bien la jurisprudencia peruana es reducida en cuanto a la aplicación del nuevo régimen se refiere, ya la doctrina se ha visto imbuida por problemas teóricos en la interpretación de los elementos de la responsabilidad patrimonial, como consecuencia de la importación de la doctrina española que se ha pronunciado sobre el tema.

Al tratarse de un régimen relativamente nuevo, no dudamos que los jueces se valdrán de nuestra doctrina al momento de verse en la necesidad de aplicar la responsabilidad patrimonial⁷². De hecho, ya algún administrado ha invitado al órgano jurisdiccional a la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial invocando citas de nuestra doctrina administrativista⁷³, al igual que alguna jurisprudencia⁷⁴.

En ese sentido, a continuación, exponemos las posibles incidencias prácticas a las que conllevaría los problemas teóricos identificados en el apartado anterior.

⁷¹ Así, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, expedida por el Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, recaída en el expediente N° 101-2013.

⁷² Tal vez la poca frecuencia en la aplicación del régimen y la evasión de analizar sus elementos sean un síntoma de las dificultades teóricas de nuestros jueces.

⁷³ Así, por ejemplo, en el expediente N° 8432-2013, seguido ante el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, sobre demanda de nulidad de una resolución emitida por la Sala de Propiedad Intelectual del Indecopi, que a su vez resolvió una acción de nulidad contra el registro de una marca, el demandante citó a Juan Carlos Morón en su interpretación del régimen de responsabilidad patrimonial.

⁷⁴ Así, en el Auto de Vista de fecha 08 de agosto de 2008, recaído en la causa N° 2003-00143, la Segunda Sala Civil de Arequipa citó también la obra de Juan Carlos Morón, al hacer referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

i) Tergiversación del elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos.

Si se admite a la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad patrimonial, la consecuencia es que no serían resarcibles aquellos daños producidos de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, producidos lícitamente. Por el contrario, si se rechaza a la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad patrimonial, entonces la gama de supuestos a ser resarcidos se incrementa, pues serán resarcibles no solamente los daños producidos antijurídicamente, sino también los daños producidos lícitamente.

Lo que no puede suceder es que se acepte, por un lado, a la antijuricidad como elemento del régimen de responsabilidad patrimonial, y, por el otro lado, se predique que en un régimen, así concebido, otorga resarcimiento a los daños producidos lícitamente. Este último planteamiento es totalmente incoherente.

Las incidencias prácticas que podría ocasionar el problema teórico identificado son dos (02): a) por un lado, se podría genera incertidumbre e inseguridad jurídica; y, b) por otro lado, la carga presupuestaria que tendría que soportar el tesoro público, constituido por los tributos de todos los peruanos, podría verse seriamente incrementada.

En primer lugar, considerar que uno de los elementos del régimen de responsabilidad patrimonial peruano es la antijuricidad, pero al mismo tiempo afirmar que la Administración responde por los daños lícitos, podría causar incertidumbre en los operadores jurídicos. Los justiciables no podrían anticipar las probabilidades de éxito de una demanda de responsabilidad por daños producidos por la Administración lícitamente, vale decir, de conformidad con el ordenamiento jurídico; mientras que las sentencias sobre un supuesto idéntico podrían ser contradictorias.

En segundo lugar, el hecho de aceptar o no a la antijuricidad como elemento de responsabilidad patrimonial, tiene directo correlato en el presupuesto estatal, el cual deberá soportar una menor o mayor cantidad de supuestos según el sistema elegido. La antijuricidad limita el resarcimiento a aquellos daños producidos contraviniendo el ordenamiento jurídico. Si es que se le excluyese como elemento de la responsabilidad patrimonial, entonces serán resarcibles, en principio, todos los daños producidos antijurídicamente, como aquellos producidos de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Poniéndolo en términos gráficos, si es que los daños producidos por la Administración de forma ilícita representaran el 50% de los mismos, mientras que el otro 50% estuviera representado por los daños producidos lícitamente; la exclusión de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad patrimonial duplicaría la carga presupuestaria que se asignaría en el caso contrario.

Si bien la necesidad de que los daños producidos por la Administración sean resarcidos no debería ceder ante las posibles incidencias presupuestarias de la aplicación del régimen, la resarcibilidad de los daños producidos lícitamente es bastante cuestionable. Si es que el ordenamiento jurídico otorga preferencia a un determinado interés y lo sobrepone a un interés contrapuesto, no existe motivo alguno que justifique el resarcimiento generalizado del interés subordinado.

A modo de ejemplo, ¿debería ser resarcible el daño emergente causado a una determinada empresa a raíz de los requerimientos de información efectuados por la Administración tributaria en cumplimiento de sus funciones? Nótese que la complejidad de los procedimientos tributarios hace necesario, muchas veces, buscar asesoramiento especializado para enfrentar inspecciones y liquidaciones operadas por la Administración tributaria.

Otro ejemplo, si es que el Indecopi incorpora a una determinada empresa en su registro de infracciones y sanciones al Código de Protección y Defensa

del Consumidor, de conformidad con el artículo 119° previsto en dicho código, ¿es posible alegar que el lucro cesante y el daño a la imagen de la empresa deben ser resarcidos, aunque hayan sido consecuencia del actuar lícito de la Administración?

Del mismo modo, ¿acaso debería ser resarcido el lucro cesante producido a una determinada empresa a causa de la actividad empresarial del Estado, realizada conforme a ley?

ii) Confusión de la función del *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*.

El *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas* es un principio jurídico de origen francés, mientras que nuestro régimen de responsabilidad patrimonial es uno que fue importado directamente del Derecho español. Ya desde esta simple constatación pueden preverse algunas complicaciones.

En efecto, si un determinado sistema puede aplicarse coherentemente en el ordenamiento jurídico donde se formuló; la mezcla de diversos regímenes, provenientes de distintos ordenamientos, genera, muchas veces, incoherencias internas que se evidencian a la hora de su aplicación.

El *principio de igualdad ante las cargas públicas* funciona, en el Derecho francés, como un régimen residual de responsabilidad administrativa. Si quisiera adecuarse el *principio de igualdad ante las cargas públicas* en el Derecho peruano, éste tendría la función de desempeñarse como un criterio de imputación adicional, junto a la culpa y el riesgo o peligro.

Muy por el contrario, nuestra doctrina ha interpretado que el *principio de igualdad ante las cargas públicas* es el que da contenido al elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*. Es decir, el *principio de igualdad ante las cargas públicas* sería aplicable en todos los supuestos de responsabilidad patrimonial.

Las incidencias prácticas, de la confusión de la función del *principio de igualdad ante las cargas públicas*, consisten en las dificultades innecesarias al momento de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial. Y es que, el operador jurídico tendrá que aplicar una institución española, merituando un elemento del Derecho francés. Y, adicionalmente, surgirá la duda razonable de aplicar dicho principio de conformidad con el Derecho francés, o, por el contrario, darle un contenido distinto, como el propugnado por nuestra doctrina.

En el Derecho francés, el *principio de igualdad ante las cargas públicas* tiene aplicación cuando el acto de la Administración está dirigido a un grupo de administrados, causando daños de carácter anormal y especial a un administrado, ya sea que formara parte o no del grupo al cual estaba dirigido el acto.

Por otro lado, la doctrina española mayoritaria no hace alusión al *principio de igualdad ante las cargas públicas* a la hora de desarrollar su régimen de responsabilidad patrimonial. Se trata de un principio que no ha tenido eco en cuanto a la responsabilidad de la Administración se refiere. Es por ello, que ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni la doctrina española utilizan dicho principio en la aplicación de la responsabilidad patrimonial, ni mucho menos para darle contenido al elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, salvo contadas excepciones. Por el contrario, autores como Doménech Pascual, han criticado la sostenibilidad y/o utilidad de dicho principio:

“[La teoría de la igualdad ante las cargas públicas] es, en su versión fuerte, insostenible; y, en su versión débil, poco útil.

En efecto, resulta inadmisibles afirmar que el Estado ha de indemnizar absolutamente todos los daños o sacrificios ocasionados a solo algunos ciudadanos. La actividad de los poderes públicos provoca en ocasiones daños que recaen especialmente sobre determinadas personas y que, según

reiterada jurisprudencia, no son indemnizables [...]. En su versión débil, el principio de igualdad ante las cargas públicas únicamente exigiría la compensación de sacrificios especiales carentes de justificación –recordemos que el principio de igualdad no prohíbe simplemente el trato desigual, sino la desigualdad carente de razón justificativa-. El problema es que esta teoría no ofrece criterio alguno para resolver el difícil problema de cuándo existe o falta dicha justificación”⁷⁵.

En consecuencia, en el ordenamiento peruano, es totalmente innecesario hacer alusión al *principio francés de igualdad ante las cargas públicas* en la aplicación de la responsabilidad patrimonial, más aún cuando en España –ordenamiento del cual proviene nuestro régimen de responsabilidad- nunca se ha utilizado dicho principio para dar contenido al régimen. La práctica demuestra no solo la prescindencia del *principio de igualdad ante las cargas públicas* en la responsabilidad patrimonial, sino también su poca utilidad.

Pero eso no es todo, además de su poca utilidad, la invocación del *principio de igualdad ante las cargas públicas* en la responsabilidad patrimonial peruana genera serias dificultades en su aplicación, e incertidumbre jurídica. ¿Acaso el operador jurídico deberá adoptar los criterios de anormalidad y especialidad propios del derecho francés? ¿O deberá predicar, como nuestra doctrina, que el administrado no está obligado a soportar el daño cuando se rompa el equilibrio de igualdad ante las cargas públicas? Este último razonamiento, en realidad, no nos dice nada concreto, se da contenido a un concepto jurídico indeterminado a través de otro concepto jurídico indeterminado.

Un ejemplo de mala interpretación del régimen de responsabilidad patrimonial puede apreciarse en la Sentencia expedida por el Quinto Juzgado Permanente Contencioso Administrativo, recaída en el expediente N° 104-

⁷⁵ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”. En: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (director). Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. Madrid: La Ley, 2010, p. 682.

2013, en el que se exige al administrado, insólitamente, acreditar que no tenía obligación de soportar el daño padecido y la vulneración a su derecho a la igualdad:

*“10.5. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, reposa en la existencia de un daño antijurídico y en las afectaciones a los principios de igualdad y de propiedad. El daño antijurídico, es aquel que no estamos obligados a soportar por parte de la Administración y que eventualmente puede ameritar un resarcimiento por parte del Estado; no obstante, el demandante en este caso, **no ha demostrado por qué no estaría obligado a soportarlo, ni ha sostenido porque se vulneraría en su caso su derecho a la igualdad** y a la propiedad por el cambio de zonificación; por lo cual la pretensión indemnizatoria no puede ser amparable en este expediente, por ser improcedente”.*

El régimen de responsabilidad patrimonial peruano, establecido en el artículo 238° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, no se refiere, en ninguna parte, al *principio de igualdad ante las cargas públicas*. Por lo que, al ser un elemento extraño a nuestro ordenamiento, no debería ser considerado en la aplicación del instituto de responsabilidad patrimonial.

iii) Concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo.

El régimen de responsabilidad civil peruano acoge un sistema policéntrico; por un lado, recoge la responsabilidad subjetiva en el artículo 1969° del Código Civil; y, por otro lado, recoge la responsabilidad objetiva en el artículo 1970° del mismo código.

Como se anotó *supra*, nuestra doctrina civilista interpretó la responsabilidad objetiva como aquella que exige que el elemento de los criterios de imputación sean objetivos, es decir, que se verifique en el caso concreto la existencia de un bien o actividad riesgosa o peligrosa.

No obstante, siguiendo a la doctrina española, nuestra doctrina administrativista ha interpretado que el régimen de responsabilidad patrimonial peruano es siempre objetivo, monocéntrico, negando la aplicación del criterio de imputación subjetivo.

Este tipo de interpretación podría generar un serio problema práctico en la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial, puesto que no todas las actividades desempeñadas por la Administración son de naturaleza riesgosa o peligrosa, o, realizadas con el apoyo de bienes riesgosos o peligrosos.

En ese sentido, si los operadores jurídicos buscaran identificar los criterios objetivos de riesgo o peligro en todo el actuar de la Administración que genere daños; el resultado sería, contraproducentemente, la imposibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva para la mayoría de los supuestos dañosos producidos por la Administración.

Por el contrario, si se negase la necesidad de identificar los criterios de imputación del riesgo o peligro en la actividad de la Administración, y se rechazara de la misma forma el criterio de la culpa; se terminaría pecando en exceso, puesto que se estaría estableciendo un régimen de responsabilidad sin criterio de imputación alguno, casi como si se tratara de una responsabilidad por la pura causalidad.

Un régimen de responsabilidad que excluye el elemento de los criterios de imputación devendría en injusto, puesto que dicho elemento sirve, precisamente, de justificación para trasladar el costo de un daño a cargo de un sujeto distinto del que lo padeció. Se trataría de un régimen extremista que no da cuenta de las funciones que cumple un sistema de responsabilidad.

Si bien el problema teórico de interpretar el régimen de responsabilidad patrimonial como un sistema objetivo global, no se ha visto plasmado todavía en nuestra jurisprudencia, debemos advertir que en el expediente N° 8432-

2013, seguido ante el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, el demandante invitó al Juzgado a interpretar el régimen de responsabilidad patrimonial en este sentido: “[...] encontrándonos dentro del campo de la responsabilidad estatal extracontractual, el factor de atribución es eminentemente objetivo”. Por lo que, debemos concluir que las posibles incidencias prácticas en comento son latentes.

iv) Confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas.

El régimen de responsabilidad patrimonial es entendido como un régimen directo, es decir, quien responde es el Estado por sus propios actos, y no por los actos de un tercero. Esta idea, que parecería ser clara, no ha sido atendida por nuestra doctrina administrativista, llegando a interpretarse que para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración no sería necesario identificar dolo o culpa en el funcionario, no siendo posible atribuir dolo o culpa a un sujeto orgánico como la Administración.

Si es que se entiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración es directa, ¿cuál es la necesidad de hacer referencia a la culpa o dolo del funcionario?, ¿acaso el no referirse al funcionario excluye la existencia de culpa en la Administración? Existe, en este extremo, una confusión entre la responsabilidad directa y la indirecta.

De trasladarse a la jurisprudencia, este problema teórico podría tener una seria repercusión práctica: se podría llegar a considerar que la responsabilidad de la Administración es siempre objetiva, sólo porque la responsabilidad de la Administración es directa, como si lo último implicara necesariamente lo primero. Sobre esto último, en el acápite anterior ya hemos visto las consecuencias de considerar que el régimen de responsabilidad patrimonial es siempre objetivo.

Por otro lado, considerar que la responsabilidad patrimonial es siempre directa, implicaría negar la posibilidad de responsabilizar indirectamente a la

Administración, excluyéndose injustamente una serie de supuestos; tales como: los daños causados por los concesionarios de servicios públicos; los daños causados con culpa grave o dolo del funcionario, pero con ocasión del cumplimiento de sus funciones; o los daños provocados por los locadores de servicio contratados por la Administración, o quienes brinden servicios a título gratuito.

v) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad.

En los acápites precedentes ya hemos adelantado nuestra opinión sobre la consagración de un régimen de responsabilidad por la pura causalidad⁷⁶. A nuestro parecer, un régimen de este tipo deviene en injusto, puesto que traslada, impropriamente, el costo de los daños producidos por la Administración a todos los ciudadanos, que no tienen nada que ver con dicho daño.

Y es que, es precisamente el elemento de los criterios de imputación, ya sean subjetivos u objetivos, los que justifican el traslado del costo de los daños, de la esfera del que lo padeció a la esfera de todos los ciudadanos. De modo que, si se excluyese la verificación de algunos de los criterios de imputación, el traslado del daño devendría en injustificado.

Hay un aspecto positivo, un sistema de responsabilidad patrimonial construido en la pura causalidad cumpliría cabalmente una función de distribución social de riesgos, a través del pago de los tributos. Es decir, en un régimen de responsabilidad público, se cumple más eficientemente la función de distribución social de riesgos, en comparación con un régimen

⁷⁶ Según Pantaleón Pietro, la tesis de la responsabilidad por la pura causalidad fue sostenida por Venezian, Starck y Epstein, pero siempre habría formado parte de la doctrina minoritaria y nunca habría seducido a legislador alguno. Véase: PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Op. cit., pp. 245-246; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Madrid: Civitas, 1995, p. 78.

privado, que sólo tiene a disposición el mecanismo de los seguros y el sistema de precios⁷⁷.

No obstante cumplir con una función de distribución social de riesgos, un sistema de responsabilidad por la pura causalidad termina excluyendo por completo la función preventiva de la responsabilidad patrimonial, lo que ha sido advertido en el derecho privado por Bullard González:

“[...] Cuando uno distribuye socialmente el costo del accidente, se reducen los incentivos para evitar accidentes y este es uno de los problemas que la teoría de la distribución del resigo tiene. Si el costo se distribuye entre todos ¿Qué incentivos tiene el causante para reducir un costo que él no asume, sino que distribuye?”⁷⁸.

En ese sentido, coincidimos con lo señalado por Héctor Campos cuando manifiesta que:

«En función de lo expuesto, debemos convenir en que así como “no hay responsabilidad civil sin daño”, tampoco debe haber “responsabilidad civil sin criterio de imputación”.

Lo primero es el resultado del cambio de paradigma antes mencionado (en donde se reconoce la importancia de la función compensatoria). Lo segundo constituye el precepto necesario a tomar en consideración para que no se incurra en excesos al momento de responsabilizar a un sujeto (en donde se reconoce la importancia de la función preventiva al mismo nivel de la función compensatoria) »⁷⁹.

⁷⁷ « La teoría de la “distribución social del riesgo” considera que se debe trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad a través de dos mecanismos de difusión: (i) el sistema de precios; y (ii) la contratación de seguros [...] ». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, 2da edición. Lima: Palestra, 2009, p. 709.

⁷⁸ Ídem, p. 710.

⁷⁹ CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. La responsabilidad civil derivada de *actos lícitos dañosos* en el Derecho Privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos”. En: *Ais Ars Iuris*

Un ejemplo de las incidencias prácticas del problema teórico en discusión, lo tenemos en la Sentencia de la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid, de 4 de noviembre de 1985, respaldada finalmente por la Sentencia del Tribunal Supremo, del 14 de junio de 1991.

En dicho caso, se responsabilizó a la Administración por una intervención quirúrgica practicada en la Residencia Sanitaria de la Seguridad Social, a pesar de haberse verificado que la conducta del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis*; estableciéndose la obligación resarcitoria por el monto de 11.212.700 pesetas, sin la concurrencia del criterio de imputación de culpa o riesgo⁸⁰:

*“La aplicación de la doctrina anteriormente descrita al supuesto de hecho aquí controvertido exige, como premisa previa, partir de la falta de culpabilidad del Doctor que intervino el 17 de septiembre a doña María Teresa F.; **su conducta no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica** de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado. **Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980**, no siendo posible tampoco efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional, extremo que por otra parte ha quedado resuelto —por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano— por los dictámenes*

Salmanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología. Volumen 3, no. 2, diciembre, 2015, p. 79.

⁸⁰ La jurisprudencia peruana entiende que en los casos de intervenciones médicas, el criterio de imputación aplicable es el subjetivo, y no así el objetivo.

periciales obrantes en las actuaciones, contrastados además con la opinión de acreditados profesionales españoles y extranjeros”⁸¹.

Un caso como el reseñado no debió haber sido amparado, bajo una aplicación correcta del régimen de responsabilidad patrimonial. Por lo que, resulta totalmente injusto haber trasladado el costo de los daños padecidos por la paciente de la residencia sanitaria a cargo de todos los ciudadanos españoles que tienen derecho a un uso más adecuado de los fondos públicos, producto del pago de sus tributos.

Por otro lado, el problema teórico consistente en la confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad podría tener consecuencias muy graves en el presupuesto público. Si es que el análisis de la responsabilidad patrimonial exige la concurrencia de sólo dos requisitos, en lugar de cuatro, ello implica que un mayor número de supuestos deberán ser resarcidos por parte de la Administración.

Ni siquiera, importará el elemento de la antijuricidad, y verificar si la conducta de la Administración es lícita o ilícita. La Administración responderá por igual en ambos casos, con las consiguientes incidencias prácticas advertidas en el acápite i).

La diferencia entre un régimen de responsabilidad objetivo, tal y como está concebido en el ordenamiento peruano, y un régimen de responsabilidad por la pura causalidad, es muy significativo. Tal es así, que podría conllevar a una crisis presupuestaria del Estado, como ha sido criticado en España.

⁸¹ Fundamentos contenidos en la Sentencia de la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid, de 4 de noviembre de 1985, citada por PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Op. cit., pp. 240-244.

vi) Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos.

La responsabilidad civil objetiva, en el ordenamiento peruano, se erige sobre la base del criterio del riesgo y el peligro. No obstante, nuestra doctrina administrativista, por su lado, ha interpretado que responsabilidad subjetiva es lo mismo que responsabilidad por comportamientos ilícitos, mientras que responsabilidad objetiva es lo mismo que responsabilidad por el actuar lícito.

El problema teórico de confundir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por daños lícitos genera grandes inconvenientes; puesto que, en lugar de identificar aquellas actividades y bienes riesgosos o peligrosos, se termina suprimiendo el elemento de los criterios de imputación, y no solo eso, sino que incluso se terminaría excluyendo el elemento de la antijuricidad.

En suma, habiéndose eliminado del análisis el elemento de los criterios de imputación y el de la antijuricidad, podría entenderse de forma incorrecta que el régimen de responsabilidad patrimonial sólo exige el elemento del daño y del nexo causal, lo que nos lleva a un sistema de responsabilidad por la pura causalidad, cuyos inconvenientes prácticos ya advertimos en el acápite anterior.

En conclusión, nuestra doctrina administrativista ha interpretado los elementos del régimen de responsabilidad patrimonial dándoles un sentido diverso al sostenido por la doctrina civilista, en su interpretación de los elementos de la responsabilidad civil. Y ello pese a que los elementos interpretados son los mismos.

Hemos observado que las interpretaciones de nuestra doctrina administrativista han sido inspiradas en las interpretaciones de la doctrina española, incurriéndose, de este modo, en problemas teóricos que han pasado inadvertidos.

No obstante, debemos mencionar que, con gran intuición, uno de nuestros administrativistas, Víctor Sebastián Baca, advertía ya que:

“Paradójicamente, lo que originalmente fue para GARCÍA DE ENTERRÍA un intento de alcanzar una teoría general de la responsabilidad aplicable en Derecho Civil y al Administrativo por igual, podría terminar exigiendo para su defensa incluso cambiar el significado de los conceptos”⁸².

En nuestra opinión, el régimen de responsabilidad patrimonial no contiene elementos distintos en comparación con la responsabilidad civil, constituyendo, más bien, un régimen especial de responsabilidad civil extracontractual para los daños producidos por la Administración Pública. Por lo que, la interpretación de dichos elementos comunes no debe ser discrepante, debiendo, más bien, apartarse de las interpretaciones de la doctrina española.

Los problemas teóricos, advertidos en el presente capítulo, han surgido como consecuencia de la diferencia entre el contexto español en el que se formuló el régimen de responsabilidad patrimonial y el contexto peruano en el que se le importó. Y es que, entre dichos contextos pesa no solamente una distancia espacial, sino también una distancia temporal importante.

En efecto, el régimen de responsabilidad patrimonial fue instaurado en España en el año 1954, en los artículos 120° al 123° de la Ley de Expropiación Forzosa, cuyas líneas fundamentales se mantienen hasta la actualidad; mientras que el trasplante jurídico de dicho régimen al ordenamiento peruano ha sucedido casi medio siglo después.

⁸² BACA ONETO, Víctor Sebastián. Op. cit., pp. 244-245.

SEGUNDO CAPÍTULO: CONTEXTO ESPAÑOL Y CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Los problemas teóricos, identificados en el capítulo anterior, han surgido como consecuencia de la diferencia entre el contexto (español) en el cual se construyó el régimen de responsabilidad patrimonial y el contexto (peruano) al cual se incorporó dicho régimen. En este capítulo se abordará el contexto jurídico español, en el siguiente, el contexto jurídico peruano al momento de la importación del régimen. Por último, en el cuarto y último capítulo se explicará cómo esta diferencia de contextos da lugar a los problemas jurídicos identificados.

1. Contexto español al momento de la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial

El régimen de responsabilidad patrimonial español fue construido a mediados del siglo XX, siendo incorporado en la legislación a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. El anteproyecto de dicha norma fue elaborado por la Sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos, bajo encargo del Ministerio de Justicia⁸³. A dicha Comisión se unieron los representantes de algunos Ministerios⁸⁴. La Comisión fue presidida por Luis Jordana de Pozas, pero el autor del precepto que instituiría el régimen de responsabilidad patrimonial fue Eduardo García de Enterría⁸⁵.

La construcción del régimen de responsabilidad patrimonial respondió a un contexto particular. En los siguientes párrafos estudiaremos el contexto jurídico de la responsabilidad civil que acompañó y determinó dicha elaboración, las herramientas de las que se valió su artífice, y el contexto jurídico de la actividad

⁸³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. "Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales". En: Revista de Administración Pública, no. 67, enero-abril, 1972, p. 148.

⁸⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit., 2015, p. 49-51.

⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, pp. 5-8.

administrativa que exigió la necesidad de la plasmación del régimen en una norma especial.

1.1. Contexto jurídico de la responsabilidad civil

a) Inoperatividad de la responsabilidad civil

La instauración del régimen de responsabilidad patrimonial en España se debió a una necesidad muy concreta: la fáctica irresponsabilidad civil del Estado, aun cuando las normas del Código Civil de 1889 eran propicias para interpretar lo contrario.

Si bien durante el siglo XIX se promulgaron en España una serie de leyes especiales para casos puntuales, que establecían la obligación de resarcir daños causados por la Administración⁸⁶, fue el Código Civil de 1889 el primer cuerpo legislativo que prescribió la responsabilidad del Estado en términos generales. Así, el artículo 1903^o, párrafo 5^o, establecía que:

“El Estado es responsable en este concepto [haciendo referencia a la responsabilidad por hecho de tercero] cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”.

La doctrina ha sostenido que cabía interpretar que el artículo 1903^o del Código Civil trataba la responsabilidad por hecho ajeno, cuando los daños fuesen causados por un agente especial; mientras que el artículo 1902^o trataba la

⁸⁶ Así, por ejemplo: contiendas y ejercicios militares; Ley de 9 de abril de 1842 sobre daños ocasionados por “los facciosos” en las propiedades de los fieles al Trono de Isabel II durante la primera Guerra Carlista; Ley de Policía de Ferrocarriles sobre los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio ferroviario; obras y requisas para prevenir inundaciones, incendios u otras calamidades; obras para pantanos, destrucción o deterioro de objetos con ocasión de su desinfección; sacrificio de animales afectados por enfermedades infecto-contagiosas. Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo II, 9na edición. Madrid: Civitas, 2005, pp. 367-368.

responsabilidad por hecho propio, cuando los daños fuesen causados por un agente ordinario⁸⁷.

Sin embargo, en dicha época prevaleció entre la Jurisprudencia la interpretación que negaba la responsabilidad directa del Estado por los daños causados por sus agentes ordinarios. En estos casos, sólo era posible pretender la responsabilidad personal de los funcionarios que habían actuado con culpa o dolo.

Si bien teóricamente se aceptaba la responsabilidad del Estado por los daños causados por un agente especial, dicha norma no tuvo aplicación práctica, puesto que nadie conoció nunca a un agente especial⁸⁸, convirtiéndose éste en un extraño personaje⁸⁹.

Por si fuera poco, la Ley Maura de 5 de abril de 1904 complicó la posibilidad de demandar la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por el ejercicio de sus funciones, estableciendo el requisito de haber reclamado previamente por escrito la observancia de las normas cuya infracción posterior desencadenaría la obligación de indemnizar.

⁸⁷ En contra, sin embargo, LEGUINA VILLA, Jesús. Apéndice I. "Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración. Op. cit., pp. 234-235: "...no creemos que fuese ésta la auténtica intención del legislador. Si tenemos en cuenta que en la época en que fue redactado el Código civil la concepción orgánica adolecía todavía de escaso desarrollo doctrinal –al menos, en nuestra doctrina iusprivatista- y, sobre todo, mantenía todo su vigor el dogma de la incompatibilidad de la soberanía estatal con cualquier forma de responsabilidad del Estado frente a los particulares, parece más correcto pensar que el Código civil quiso, en efecto, atribuir la carga del resarcimiento de daños culposos a los propios funcionarios".

⁸⁸ Según las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 18 de mayo de 1904, 08 de julio de 1911, y 18 de febrero de 1914, el agente especial sería aquel que recibe un mandato o comisión concreta, ajena al servicio de su cargo (si fuese funcionario público) para que, en representación del Estado, cumpla el encargo que se le confía, obligando a éste en calidad de mandatario. La reseña es de CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral, y Antonio Gullón Ballesteros. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959, p. 403, nota al pie de página.

⁸⁹ Tiempo después Sánchez Román comentaría que el único agente especial reconocible había sido el General Primo de Rivera. La referencia es de MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones". En: Revista de Administración Pública, no. 150, setiembre-diciembre, 1999, p. 330.

El resultado fue la irresponsabilidad legal de la Administración, por interpretación del artículo 1903° del Código Civil, y la irresponsabilidad fáctica de los funcionarios públicos, en aplicación de la Ley Maura de 1904:

“Sin hipérbole alguna, se puede afirmar que el juego simultáneo del Código Civil –que amparaba la irresponsabilidad legal de los entes públicos- y de la Ley de 1904 –que consagraba la irresponsabilidad de facto de los funcionarios- apenas dejaba resquicio alguno al ciudadano para hacer valer con éxito sus justas pretensiones de resarcimiento frente a los sujetos públicos”⁹⁰.

Esta situación duró hasta la dación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, e incluso se prolongaría hasta la década de los sesenta. En efecto, ya en 1970, García de Enterría replicará que:

“Aunque el párrafo 5° del artículo 1.903 del Código Civil permitía, y aun postulaba, una interpretación en el sentido de una responsabilidad normal de la Administración, su fracaso aplicativo debe probablemente más a esa tendencia general de negación de las deudas de reparación que a pruritos dogmáticos derivados de la especial situación jurídica de la Administración. Con la intención de acabar con toda posibilidad de equívocos se introdujo el artículo 121 en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que más tarde reiteró el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y facilitó al máximo la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Pero, no obstante el tiempo transcurrido desde esta básica innovación legislativa, es un hecho que la responsabilidad de la Administración está todavía por echar a andar en nuestro sistema como institución efectiva.

⁹⁰ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., p.162 y 235.

[...] Ocurre que hemos caído, sin más, en el sistema común de nuestro derecho de daños, esto es, en el de la virtual ineficacia práctica del principio de responsabilidad civil”⁹¹.

Es decir, hasta la primera mitad del siglo XX, e incluso años más tarde, la jurisprudencia española había venido rechazando las demandas de responsabilidad civil interpuestas contra el Estado. Esta situación, unida al prolongado silencio de la doctrina, la creciente actividad de la Administración, y consiguiente incremento de los daños causados, condicionó la necesidad de una reforma legislativa⁹².

b) Responsabilidad por hecho de tercero vs responsabilidad directa

Como hemos señalado, en un primer momento, pese a la fórmula legal que hacía referencia expresa a la Responsabilidad del Estado en el Código Civil, la situación fáctica fue la de la irresponsabilidad de éste. Situación que se extendió a los funcionarios públicos a causa de las trabas impuestas por la Ley Maura.

El artículo 1903º, numeral 5, del Código Civil español, era una norma que responsabilizaba al Estado sólo de forma indirecta, o por hecho ajeno. En efecto, todo el artículo 1903º regulaba supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, fundado en el vínculo que existía entre la persona que respondía y la persona que materialmente producía el daño.

A inicios del siglo XIX, la responsabilidad por hecho ajeno fue explicada en España a través del sistema subjetivo. Así, se sostuvo que la persona que

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a la obra de LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., pp. 14-18. El jurista español ensaya como explicación a esta situación de irresponsabilidad: el escaso individualismo de la sociedad española, la tendencia a la aceptación de los siniestros como desgracias providenciales y la concepción señorial de la vida.

⁹² Véase MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Madrid: Civitas, 2005, pp. 111-123.

respondía por el hecho de un tercero que tenía bajo su guarda, lo hacía en mérito a una presunción de culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*⁹³.

En ese sentido, recogiendo esta tendencia interpretativa, Clemente de Diego señala que:

“[...] a veces hay responsabilidad para uno por hecho ajeno cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal [de subordinación y dependencia] que la ley puede presumir, fundadamente que, si hubo daño, éste debe atribuirse, más que el autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona”⁹⁴.

Es decir, tanto en el caso de los padres, por actos de sus hijos; tutores, por los actos de sus pupilos; maestros, por los actos de sus alumnos y aprendices; dueños o directores de un establecimiento, por los actos de sus dependientes, con ocasión de sus funciones; son responsables por propia culpa, y a esta lista habría que agregar al Estado por los daños ocasionados por un agente especial⁹⁵, que inicialmente estuvo comprendido en el numeral 5 del artículo

⁹³ En realidad, la interpretación de la responsabilidad por hecho ajeno como una responsabilidad basada en una culpa presunta fue obra de la doctrina francesa. Así lo declara Ángel Yagüez: “Los redactores del Código civil francés, comentando en sus trabajos preparatorios el texto del artículo 1.384 -sensiblemente similar a nuestro 1.903-, manifestaron que el deber de responder por los hechos ajenos que en el precepto se establecía hallaba su fundamento en una doble razón. Por un lado, la presunción de que por parte de los responsables había existido culpa *in vigilando* o *in eligendo*, esto es, negligencia en el control del comportamiento de hijos o dependientes o en la elección de estos últimos. Por otro parte, se invocaba una consideración de orden social: la conveniencia de asegurar a las víctimas la percepción de la indemnización por los daños que sufriesen, dada la presumible insolvencia de los autores materiales de aquellos (hijos, aprendices, empleados o criados, etc.).”. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Op. cit., pp. 325-326.

⁹⁴ CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe. Op. cit., p. 402. En el mismo sentido, SANTOS BRIZ, Jaime. La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal, 4ta edición, actualizada y revisada. Madrid: Montecorvo, 1986, p. 429-431.

⁹⁵ « Cuando el texto decía “en este concepto”, es claro que quería indicarse que la responsabilidad del Estado era consecuencia del “deber del Estado de responder por actos de otro”, que en este caso era el llamado “agentes especial”. De ahí que la materia que nos ocupa se tratase siempre por los civilistas como un caso de “responsabilidad por hecho ajeno” ». ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Op. cit., p. 404.

1903° del Código Civil. Todos ellos son responsables de culpa *in vigilando* o *in eligendo*⁹⁶.

La doctrina de la época, interpretó que el único tipo de responsabilidad aplicable al Estado era la responsabilidad indirecta, prescrita en el artículo 1903° del Código Civil español. Sin embargo, ello no debe extrañarnos, puesto que, en un primer momento, también en Francia se propugnó que la responsabilidad del Estado era indirecta, en aplicación del artículo 1384° del Código Civil francés⁹⁷.

El fundamento que se planteó, en ambas experiencias, fue el mismo: el Estado debía responder como comitente por los daños producidos por sus subordinados en el cumplimiento de sus funciones. La diferencia fue que en España se incorporó una norma expresa para el Estado en el Código Civil de 1889, limitando su responsabilidad indirecta por los daños producidos por un agente especial.

En Francia, más de medio siglo después de la entrada en vigencia del *Code Napoleon*, primó la tendencia de concebir la responsabilidad del Estado como una responsabilidad de distinta naturaleza a la establecida en el Código Civil. De este modo, se daba pie a la superación de la responsabilidad estatal como una

⁹⁶ “Complemento de esto es la declaración del artículo 1.904, que dice que el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho”. CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe. Op. cit., p. 403.

⁹⁷ Así, en la Sentencia de la Corte de Casación del 01 de abril de 1845 : « [...] que s'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de tout critique des règlements et actes administratifs, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier, dans le cas prévus par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente des règlements administratifs ». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Corte de Casación de fecha 19 de diciembre de 1854: « Les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes les réparations de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence, par son imprudence et par l'inobservation des règlements ; cette compétence est générale et elle ne saurait être modifiée parce que les faits de négligence ou d'imprudence constitueraient en même temps des infractions, de la part des employés des administrations publiques, aux règlements de ces administrations. A l'égard de ces employés, l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun et doit être jugée par les principes de ce droit. Si cette action par sa nature réagit contre l'administration elle-même, et peut amener des condamnations envers elle comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun; les administrations publiques, comme représentant l'État, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent... ». Las referencias son de LAFERRIÈRE, Édourad. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome 1, 2^e édition. Paris: Berger-Levrault, 1896, p. 676.

de carácter indirecto, para pasar a una responsabilidad por hecho propio; lo que sucedió con el *arret Pelletier*, en el que se distinguió entre responsabilidad del Estado (*faute de service*) y del funcionario (*faute personnelle*).

Por otro lado, en España, considerando la fáctica irresponsabilidad de los funcionarios públicos por las trabas impuestas por la Ley Maura, sumado a la circunstancia de que el patrimonio de los funcionarios no representaba una garantía suficiente para reparar los potenciales daños que se causasen a los administrados, la Constitución republicana de 1931 dispuso, en su artículo 41.3, la responsabilidad subsidiaria del Estado o Corporación por los perjuicios causados por sus funcionarios⁹⁸.

No obstante, según Royo-Villanova, la redacción original de la iniciativa parlamentaria prescribía la responsabilidad directa del Estado; por lo que, el añadirse el término “subsidiariamente” se modificaba sustancialmente el precepto:

“El mencionado artículo 41, fruto de la iniciativa parlamentaria, contenía en su primitiva redacción la afirmación pura y simple de la responsabilidad del Estado. La Comisión, al ocuparse de la corrección de estilo, añadió la palabra subsidiariamente, anexión que implica, no ya una mera rectificación de forma sino una trascendental reforma en la sustancia del precepto. En efecto, en la mayoría de los casos el funcionario será insolvente y el particular perjudicado habrá de recurrir entonces contra el Estado responsable subsidiario, lo que ocasionará gastos y dilaciones al administrado”⁹⁹.

⁹⁸ Artículo 41.3.- Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de terceros, el Estado o la Corporación a quien sirvan serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la Ley.

⁹⁹ ROYO-VILLANOVA, Segismundo citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 7ma edición. Madrid: Civitas, 2015, pp. 48-49.

En el ámbito, local se buscó instaurar la responsabilidad directa del Estado, a través del artículo 209 de la Ley Municipal de 1935¹⁰⁰. En la misma línea, la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 (recogida en el texto refundido de 1955) prescribió expresamente, en sus artículos 405° y 406°, la distinción francesa entre falta de servicio y falta personal. En el primer caso, la Corporación Local respondía directamente, no habiendo culpa grave del funcionario. En el segundo caso, por el contrario, el funcionario respondía de forma directa, pues había cometido culpa o negligencia grave, y el Estado sólo respondía de forma subsidiaria.

Pocos años después, el legislador español, basado en la experiencia francesa, sintió la necesidad de instaurar un régimen generalizado de responsabilidad para el Estado de carácter directo, es decir, en el que el Estado responda por hecho propio, y no por hecho de tercero. De este modo se instauraba la responsabilidad directa del Estado, en el artículo 121° de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos¹⁰¹.

Puede verse, entonces, la influencia directa de la experiencia francesa en el legislador español, tanto en la Ley de Régimen Local de 1950, a través del criterio de distinción entre la falta personal y la falta del servicio público, como en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, a través de referencia a los daños que sean consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

¹⁰⁰ Artículo 209.- Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos.

¹⁰¹ El autor de la fórmula legal, García de Enterría, reprochaba el sistema anterior de responsabilidad del funcionario en los siguientes términos: *“Que el sistema de responsabilidad del funcionario no basta a atender las exigencias más elementales que se derivan del supuesto de daños ocasionados por la acción administrativa también es obvio”*. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración. Reimpresión de la edición de 1956. Madrid: Civitas, 1989, p. 159.

c) Insuficiencia de la responsabilidad subjetiva y desarrollo de la responsabilidad objetiva

La responsabilidad civil en el Código Civil español de 1889, como en todo código decimonónico, se erigía sobre la base del concepto de culpa. En efecto, el artículo 1902° de dicho código establecía que: *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Según de Ángel Yagüez, el predominio de la culpa en la responsabilidad civil de la época se debió a la filosofía liberal:

“El predominio de esta teoría no fue, en modo alguno, fruto del capricho o del azar. Muy al contrario, su vigencia hay que entenderla inserta en el contexto de toda una concepción de la sociedad y del Derecho, imperante a la sazón. Nos referimos a la filosofía liberal, que haciendo del individuo el elemento central de todas las valoraciones sociales –y por tanto jurídicas- ve con repugnancia la posibilidad de que una persona sea juzgada responsable –con las consecuencias económicas que esto supone- de un daño que no ha sido fruto de su libre actuación”¹⁰².

No obstante, a partir de finales del siglo XIX, se comenzó a emitir en España una serie de leyes especiales que buscaron superar el criterio de la culpa, estableciendo la obligación de resarcir daños por el sólo hecho de la producción del daño, sin la necesidad de indagar culpa o negligencia en el sujeto responsable¹⁰³.

En efecto, desde finales del siglo XIX, en diversos países se había empezado a adoptar legislaciones especiales que trataban sobre supuestos específicos de

¹⁰² ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid: Civitas, 1993, p. 53.

¹⁰³ Ídem, p. 55.

responsabilidad civil. Sin embargo, dicha legislación era dispersa, teniendo como única idea común el dar solución a situaciones socialmente urgentes¹⁰⁴.

Fue la exigencia equitativa de garantizar el resarcimiento del damnificado la que llevó a atribuir el daño a quien obtenía beneficio de la actividad en cuyo seno éste se producía. Así, la primera ley que asigna a la empresa todo el riesgo que le era concerniente fue la *Preußisches Eisenbahngesetz* de 1838, seguido por numerosas leyes sobre infortunios laborales emanadas en los distintos países de Europa occidental¹⁰⁵.

Pronto la doctrina comenzó a elaborar construcciones teóricas con la finalidad de superar el clásico principio “no hay responsabilidad si no existe culpa”. Algunos juristas llegaron incluso a sostener posturas extremistas, alegando que el principio de la culpa debía ser sustituido por el principio de la pura causalidad¹⁰⁶.

Así, por ejemplo, tempranamente, en el derecho alemán, Karl Binding, en su obra “*Die Normen und ihre Übertretung*” (1872), diferenció la pena, como consecuencia de un delito, y la obligación de reparación, originada en hechos diversos que no siempre constituyen delitos, bastando el simple hecho de haber causado el daño para que surja la obligación de repararlo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ STARCK, Boris. *Droit civil: obligations*. Paris: Libraries techniques, 1985, pp. 19-21.

¹⁰⁵ TRIMARCHI, Pietro. *Riesgo y responsabilidad objetiva*. Traducción de Leysser L. León Hilario. Milano: Giuffrè Editore, 1961, pp. 11 y ss.

¹⁰⁶ “Algunos juristas llegaron, así, a sostener que el principio de la culpa tenía que ser sustituido por el principio de la pura causalidad, el mismo que era señalado como el mejor idóneo para explicar las hipótesis tradicionales de responsabilidad, en las cuales -se escribió- el principio de la imputabilidad no era aplicado seriamente, sino que se le deformaba y erosionaba, de forma tal que sirviera de fundamento a una responsabilidad más amplia”. TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e reponsabilità oggetiva*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 13. Extracto traducido por Leysser Luigi León Hilario. Véase, también, CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*, 2da edizione. Milano: Giuffrè, 1997, pp.33-77. Extracto traducido por Leysser Luigi León Hilario.

¹⁰⁷ La referencia es de AGUILAR DIAS, José de. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo I. Traducción de Juan Agustín Moyano e Ignacia Moyano. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr, 1957.

En el derecho italiano, el exponente más representativo de la responsabilidad por la pura causalidad es Giacomo Venezian, con su obra “*Danno e risarcimento fuori dei contratti*” (1884-1886)¹⁰⁸, quien sostuvo que:

*“[...] al igual de que antes que el daño injusto se haya verificado, el Derecho debe dedicarse a restablecer la situación objetiva precedente: y el instrumento para restablecer el orden jurídico perturbado está constituido por el resarcimiento del daño. Ahora, dado que no siempre depende de la voluntad del individuo que éste, interfiriendo en la esfera jurídica ajena, la modifique, no se tendría que recurrir a la voluntad, entonces, para determinar la responsabilidad”*¹⁰⁹.

En el Derecho francés, resalta la teoría de la garantía patrimonial de Boris Starck, en su obra « *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* » (1947)¹¹⁰. Más recientemente, en el derecho estadounidense, resalta la obra de Richard Epstein “*A Theory of Strict Liability*” (1973).

Reconociendo el complicado contexto social de aparición de “daños de masas”, que involucraban no solamente a particulares, sino a categorías sociales, y considerando que la responsabilidad por culpa era insuficiente para dar solución a las necesidades sociales¹¹¹; se emprendió, en Francia, hacia la objetivación de la responsabilidad civil con la formulación de la teoría del riesgo, de la mano de Saleilles y Josserand, la misma que fue desarrollada a comienzos del siglo XX.

Y es que la responsabilidad subjetiva era la que se acomodaba perfectamente a una sociedad burguesa y de economía capitalista en auge, hasta finales del siglo

¹⁰⁸ En la doctrina peruana se ha hecho referencia a la obra de Giacomo Venezian, “*Danno e risarcimento fuori dei contratti*”, en: LEÓN HILARIO, Leysser. Op. cit., pp. 103-105.

¹⁰⁹ Citado por TRIMARCHI, Pietro. Riesgo y responsabilidad objetiva. Op. cit., 1961, pp. 11 y ss.

¹¹⁰ Vid. infra punto 2.2.

¹¹¹ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores, 2004, pp. 39-43.

XIX. A partir de esta época, en cambio, se comienzan a sentir los estragos de la revolución industrial, reflejados en el aumento del número de accidentes y de la gravedad de sus consecuencias¹¹².

La actividad industrial trajo como consecuencia la verificación de toda una serie de accidentes inevitables. No pudiéndose evitar tales daños, se aspira, por lo menos, a garantizar el resarcimiento de los mismos, y pareció justo obtener ese resultado haciendo responsable al empresario. Dado que, el empresario –se dijo– con la finalidad de conseguir un beneficio, crea o mantiene con vida la empresa, es él quien debe asumir la responsabilidad por los daños atinentes a la misma¹¹³.

La influencia francesa se hace sentir en diversos ordenamientos, y, en estas circunstancias, la doctrina comienza a mostrar gran preocupación incluso por los supuestos dentro del mismo Código Civil que parecían no guardar relación con la responsabilidad por culpa.

Así, por ejemplo, ya en la segunda mitad del siglo XX, en Italia se ha planteado configurar un sistema autónomo de responsabilidad objetiva, al margen del artículo 2043 del Código Civil, cuya función estaría vinculada con la “teoría económica de distribución de costos y beneficios”¹¹⁴. Asimismo, se ha propuesto también considerar criterios de responsabilidad objetiva dentro del mismo artículo 2043, criterios colegidos de las normas especiales¹¹⁵.

España no fue ajena a este contexto social, ni a las discusiones dogmáticas sostenidas en el sentido de superar el viejo criterio de la culpa. En efecto, el mismo creador del régimen de responsabilidad patrimonial, Eduardo García de Enterría, declaró que:

¹¹² REGLERO CAMPOS, Fernando. Los sistemas de responsabilidad civil. En: REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.). Tratado de responsabilidad civil. Navarra: Aranzadi, 2002, pp. 167-170.

¹¹³ TRIMARCHI, Pietro. Riesgo y responsabilidad objetiva. Op. cit. 1961, pp. 11 y ss.

¹¹⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. “La parábola de la responsabilidad civil”. En: AA.VV. Responsabilidad civil contemporánea. Lima: ARA Editores y lus et veritas, 2009, p. 111.

¹¹⁵ Loc. cit.

“En el Derecho civil, en efecto, privaba la teoría de la culpa que, sin embargo, no daba razón de multitud de supuestos de responsabilidad que los propios Códigos admitían y regulaban; faltaba, y debe decirse que falta aún en gran medida, una teoría unitaria de la responsabilidad civil capaz de trascender todos los casos específicos en que la institución desarrolla su juego propio (daños contractuales, extracontractuales, con culpa o sin culpa, acciones de enriquecimiento)”¹¹⁶.

En ese sentido, la razón por la que se construyó un régimen de responsabilidad extracontractual para la Administración, ligeramente distinto al planteado en el Código Civil, fue precisamente con la intención de superar el criterio de la culpa.

Sin embargo, el legislador español de la Ley de Expropiación Forzosa daría un paso más: considerando que la hipótesis de la indemnización por expropiación forzosa (actividad lícita) era análoga a la de la responsabilidad (tradicionalmente por acto ilícito), reunió ambas figuras bajo la categoría de garantía patrimonial¹¹⁷. De este modo, se justificaba el hecho de regular la responsabilidad patrimonial dentro de una ley sobre la expropiación.

El producto de la construcción dogmática de la Comisión fue un régimen de responsabilidad distinto al establecido en el Código Civil, aun cuando la intención del legislador fue la instauración de una teoría unificadora de la responsabilidad en el derecho privado y público.

El eje del nuevo régimen, giraba en torno a la garantía del patrimonio del administrado, operando en el caso de lesión de bienes o derechos, ya sea como consecuencia del funcionamiento normal como anormal de un servicio público (aludiendo a la teoría francesa de la *faute de service*).

¹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 166.

¹¹⁷ La teoría de la garantía patrimonial no fue, sin embargo, una idea original de la Comisión. Esta teoría había sido sostenida por Boris Starck en 1947, aludiendo al régimen de responsabilidad civil, en su tesis *“Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée”*.

II.1.3. Contexto jurídico de la actividad administrativa

El nuevo régimen de responsabilidad patrimonial instaurado con la Ley de Expropiación Forzosa era uno acorde a las necesidades de la sociedad española de mediados del siglo XX, esto es, una sociedad en la que el Estado asumía un rol activo en las actividades económicas del país, modelo que se denominaría Estado social.

En efecto, a inicios del siglo XIX, la economía rural y la filosofía liberal impedían que los nacientes Estados pudieran asumir actividades económicas que se consideraban propias del particular, buscándose, por el contrario, la limitación de los roles del Estado con el objeto de garantizar el ámbito de autonomía del individuo, su libertad.

Adicionalmente, otro de los pilares de la filosofía liberal, y de la Revolución Francesa, fue el de la igualdad entre los hombres, lo que motivó la desaparición de los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado, y a la prohibición legal para la creación de nuevas agrupaciones de este tipo¹¹⁸.

No obstante, dichos grupos intermedios, tales como los Gremios, la Iglesia, las Fundaciones, las Corporaciones, las Universidades, entre otros, asumían una diversidad de roles y actividades que satisfacían necesidades colectivas. Por lo que, su desaparición determinó la necesidad de que fuese el Estado quien asumiera dichas actividades, a través del instituto de la concesión¹¹⁹.

¹¹⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)". En: AA.VV. El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 20.

¹¹⁹ *"Hasta mediados del siglo xix todo lo que hoy llamamos servicios públicos sociales (la educación en todos sus niveles, la sanidad, la beneficencia, la asistencia social, el arte y la cultura, etc.) eran actividades no asumidas por el Estado sino por la sociedad (aunque reguladas por aquél). Cuando, como consecuencia del individualismo liberal, se produce una progresiva desvertebración social y cuando políticamente se queda el individuo solo frente al Estado, éste se encuentra en la necesidad de asumir muchas de esas tareas, que han sido abandonadas por sus antiguos gestores, y de declarar que tales actividades le son propias".* ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit., 1997, p. 21.

Es más, con motivo de la revolución industrial, el Estado comenzó a arrogarse servicios con cierta vocación al monopolio, no susceptibles de ser prestados en régimen de competencia. Así, el Estado asumió ferrocarriles, carreteras, puertos, grandes obras de regulación hidráulica, comunicaciones telegráficas y telefónicas, entre otros¹²⁰.

Siguiendo la tendencia, las comunidades locales asumieron servicios esenciales de toda la comunidad, tales como el abastecimiento de agua, alumbrado público, saneamiento y alcantarillado, recogida de basuras, transporte urbano, entre otros¹²¹.

Ya entrado el siglo XX, tras la gran crisis de los años 30, el Estado comenzará a asumir directamente la prestación de dichos servicios; y ello con motivo de la reversión de ciertas concesiones, y por las crisis de algunas empresas concesionarias¹²².

A partir de este momento, se comenzaría a adoptar en España, siguiendo el ejemplo de los países de Europa occidental, un modelo de actividad estatal que fue llamado “Estado de Bienestar”, en la idea de que el modelo anterior de “Estado liberal” no era capaz de satisfacer las demandas sociales de su tiempo¹²³. Dicho modelo se consolida después de la Segunda Guerra Mundial, intensificándose la presencia del Estado, e intensificándose la gravedad de los daños que producía.

En efecto, es en esta época que se consolidaría en España la actividad prestadora de servicios materiales de la Administración, extendiendo su presencia a todos los sectores en que se desenvuelve la vida de los

¹²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 27.

¹²¹ Ídem, pp. 27-28.

¹²² Loc. cit.

¹²³ ORTIZ DÍAZ, José. El horizonte de las Administraciones Públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000. En: SOSA WAGNER, Francisco. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo I. Valencia: Tirant to blaanch, 2000, pp. 64-65.

administrados¹²⁴, convirtiéndose en un hecho ordinario la producción de daños en el ejercicio de esta actividad. Es por ello que en la segunda mitad del siglo XX, haciendo una comparación con lo que ocurría en un Estado liberal, Leguina Villa manifestaría que:

“... el Estado liberal, a comienzos del siglo XIX con sus actividades estrictamente limitadas, no tenía en la práctica muchas ocasiones de provocar daños”¹²⁵.

El Estado asume el rol de otorgar prestaciones sociales, con la consiguiente expansión de la presencia de la Administración Pública y una diversificación de sus actividades y técnicas de intervención. Es natural que en el seno de dicho modelo haya surgido la idea de regular la responsabilidad de la Administración Pública en términos tan extensos como los establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

Y es que, el régimen de responsabilidad patrimonial debía responder a las necesidades de la época, situación social que no fue ignorada por el legislador de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954¹²⁶.

¹²⁴ *“Actualmente, en efecto, la Administración ha invadido todos los ámbitos de la vida social con su propia y directa acción, sin valerse, como era preceptivo en el sistema liberal para los servicios que implicaban una actividad industrial, de concesionarios interpuestos, capaces de asumir ellos mismos la eventual responsabilidad derivada de su actuación inmediata”.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 162. *“La Administración es hoy, y cada vez más, la mayor empresa del país y su actividad se extiende progresivamente hasta afectar virtualmente a todos los sectores en que se desenvuelve la vida de los administrados. Los riesgos que produce la actuación de los entes públicos son, por tanto, enormes”.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Op. cit., 1975, p. 646.

¹²⁵ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., pp. 152-153.

¹²⁶ El incremento de la actividad de la Administración también ha sido señalado como motivo del desarrollo del instituto de la responsabilidad de la Administración para otras experiencias. Así, haciendo referencia al modelo italiano, Leguina Villa señala que: *“Este cambio normativo no es sino el reflejo, ajustado y preciso, de otro cambio mucho más profundo: el cambio de la propia realidad sociológica contemporánea en que se producen los acaecimientos dañosos merecedores de resarcimiento y que, por lo que respecta al ámbito del sector público, se ha manifestado a través del conocido proceso de transformación de la vieja Administración liberal abstencionista en la moderna Administración intervencionista, convertida ya, a partir del segundo tercio del presente siglo, en el sujeto rector no solamente del orden político burgués, sino también del funcionamiento equilibrado del sistema económico capitalista”.* LEGUINA VILLA, Jesús. Op. Cit., p. 29.

II.2. Herramientas que utilizó el legislador español para la construcción del régimen

II.2.1. Base en la experiencia francesa (*faute de service*)

Una de las herramientas que sirvió de base para la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial español fue el criterio jurisprudencial francés de la *faute de service*. Los tribunales franceses se valieron de este criterio para establecer cuándo debía responder la Administración ante un daño producido en la prestación de un servicio público, y cuándo, en cambio, debía responder el funcionario.

La diferenciación entre *faute personnelle* y *faute de service* surge jurisprudencialmente a partir del caso *Pelletier*, sometido ante el Tribunal de Conflictos. Sin embargo, este criterio ya habría sido utilizado con mucha anterioridad en el ámbito del derecho civil y penal para el caso de la responsabilidad de los funcionarios judiciales¹²⁷.

En un primer momento, lo trascendental de la distinción fue fijar las competencias entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria. Las dudas sobre los alcances de la competencia de la jurisdicción ordinaria se presentaron con la

¹²⁷ Según Laferrière, el artículo 505° del *Code de Procédure Civile* (promulgado en 1807) - que establecía la responsabilidad del juez en caso de dolo, fraude, concusión, denegación de justicia-, y los artículos 479 y ss. del *Code d'Instruction Criminelle* (promulgado en 1808) -que establecían la responsabilidad penal de los funcionarios judiciales por delitos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional-, atribuían responsabilidad a los funcionarios judiciales sólo en los casos graves de "*faute personnelle*". De este modo, Laferrière concluye que: "*La jurisprudencia del Tribunal de conflictos no ha hecho sino aplicar a los actos de los funcionarios administrativos las análogas distinciones, si no idénticas, a las que la ley civil y penal prescribió para los actos de los funcionarios judiciales*". Traducción libre de: « *La jurisprudence du Tribunal des conflits n'a fait qu'appliquer aux actes des fonctionnaires administratifs des distinctions analogues, sinon identiques, à celles que la loi civile et criminelle a prescrites pour les actes des fonctionnaires judiciaires* » : LAFERRIÈRE, Édourad. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome 1, 2^e édition. Paris: Berger-Levrault, 1896, p. 648.

expedición del Decreto del 19 de setiembre de 1870, el cual derogaba el artículo 75 de la Constitución del año VIII¹²⁸.

Como consecuencia de dicha abolición, se comenzó a entender que los tribunales tenían competencia para poder calificar cualquier tipo de acto expedido por los funcionarios o agentes de la Administración, incluso aquellos que tuvieran el carácter de acto de poder público¹²⁹.

Este tipo de interpretación fue rechazado por el Tribunal de Conflictos, en el citado caso *Pelletier*, expedido el 26 de julio de 1873, en el que se estableció que el Decreto de 1870 abrogaba el privilegio de la autorización del Consejo de Estado antes de procesar a los funcionarios de la Administración; pero que, por el contrario, no se había abrogado las reglas de competencia que vetaban a los tribunales judiciales de conocer los actos administrativos¹³⁰.

Sin embargo, lo más importante del fallo en comento es, precisamente, que establece la necesidad de diferenciar los actos administrativos de los hechos personales del funcionario, los cuales sí pueden dar lugar a la responsabilidad personal de éste, y que serán de competencia de la jurisdicción ordinaria. El Tribunal de Conflictos expresa lo siguiente:

¹²⁸ El artículo 75 del año VIII, siguiendo la línea de las normas anteriores, establecía como requisito previo la autorización, por parte del Consejo de Estado, para poder procesar a los funcionarios de la Administración por los hechos relacionados con sus funciones. Sólo así era posible recurrir a los tribunales ordinarios. La norma prescribe textualmente que: « *Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires* ».

¹²⁹ Así lo entendió la comisión provisoria encargada de reemplazar al Consejo de Estado, con fecha 07 de mayo de 1871. Igual sentido es el seguido por la Corte de Casación en el caso Rollin, con fecha 03 de junio de 1872. Ambas jurisprudencias citadas por LAFERRIÈRE, Édourad. Op. cit. Tome 1, pp. 641-643.

¹³⁰ « *Le décret rendu par le gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action, dans les limites de leur compétence ; mais il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs, et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinaire et d'élever l'arrêté de conflit* ».

"Considerando, en efecto, que la acción interpuesta por el Sr. Pelletier ante la Corte de Senlis, contra el señor general de Ladmirault, comandante de sitio en el departamento de Oise, contra el Sr. Choppin, prefecto de ese departamento, y contra el Sr. Leudot, Jefe de la policía de Creil, tiene por objeto que se declare arbitraria e ilegal, y por tanto nula y sin efecto, la incautación del diario que Pelletier tenía la intención de publicar, realizado el 18 de enero de 1873, en virtud de la ley sobre el estado de sitio; en consecuencia, que se ordene la devolución de los ejemplares incautados indebidamente y que se condene a los demandados, solidariamente, en 2.000 francos por concepto de daños y perjuicios;

[...] Considerando que la demanda de Pelletier se basa exclusivamente en este acto de alta policía administrativa; que, aparte de este acto, no se imputa a los demandados alguna acción personal susceptible de implicar su responsabilidad particular, y que, en realidad, la demanda está dirigida contra el acto en sí mismo, en la persona de los funcionarios que lo ordenaron o que hayan cooperado"¹³¹.

La diferenciación entre *faute personnelle* y *faute de service* tiene plena vigencia en el derecho francés actual, aunque no conduzca necesariamente a responsabilizar exclusivamente al funcionario o a la Administración, puesto que una *faute personnelle* puede comprometer, de todas formas, la responsabilidad de la Administración. Esto ha sido admitido por la jurisprudencia francesa desde inicios del siglo XX, en atención a los intereses de las víctimas, las cuales no

¹³¹ Traducción libre de : « *Considérant, en effet, que l'action formée par le sieur Pelletier devant le tribunal de Senlis, contre M. le général de Ladmirault, commandant l'état de siège dans le département de l'Oise, M. Choppin, préfet de ce département, et M. Leudot, commissaire de police de Creil, a pour objet de faire déclarer arbitraire et illégale, par suite nulle et de nul effet, la saisie du journal que Pelletier se proposait de publier, opérée, le 18 janvier 1873, en vertu de la loi sur l'état de siège ; en conséquence, de faire ordonner la restitution des exemplaires indûment saisis et de faire condamner les défendeurs, solidairement, en 2.000 francs à titre de dommages-intérêts; / [...] Considérant que la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative ; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné ou qui y ont coopéré*».

serían plenamente resarcidas en función al reducido patrimonio de los funcionarios de la Administración¹³².

La *faute personnelle* implica que el hecho dañoso puede ser atribuido exclusivamente al funcionario como un hecho aislado de lo que propiamente involucra el cumplimiento de sus funciones. Es por ello que también se le califica como *faute détachable*, en el sentido que es susceptible de ser suficientemente separado del servicio público como para que el juez pueda evaluarla sin que ello implique una apreciación sobre el funcionamiento de la Administración¹³³.

El hecho dañoso del funcionario puede separarse del funcionamiento del servicio por no tener un nexo material con el mismo; por tratarse de un hecho realizado por los motivos personales del funcionario; por consistir en un comportamiento excesivo por parte del funcionario, que escapa de la práctica administrativa normal; o por existir una culpa inexcusable del funcionario¹³⁴.

La *faute de service*, en cambio, implica atribuir el hecho dañoso al funcionamiento de la Administración. Son casos de *faute de service*: la carencia o la deficiente organización de un servicio; la *faute anonyme*, es decir, cuando no es posible identificar al agente de la Administración cuya falta produjo el daño; o cuando no existe una *faute personnelle* del funcionario plenamente identificado¹³⁵.

¹³² En un primer momento, a partir del fallo Anguet, expedido por el Consejo de Estado con fecha 03 de febrero de 1911, se permitió al administrado pretender el resarcimiento por el total del perjuicio, ya sea a la Administración o al funcionario, cuando en el evento dañoso concurriesen una *“faute personnelle”* y una *“faute de service”*. Este criterio fue denominado como teoría de *“cumul des fautes”*. Sin embargo, posteriormente, la jurisprudencia ha admitido que el administrado puede demandar la totalidad del resarcimiento contra la Administración (o contra el funcionario) incluso en el supuesto donde se verifique solamente una *“faute personnelle”*, siempre y cuando el daño no hubiera podido cometerse si no fuera por los instrumentos o los poderes puestos a disposición por el servicio. Este criterio fue denominado como teoría de *“cumul des responsabilités”*. WALINE, Jean. Droit administratif, 25e édition. Paris: Dalloz, 2014, pp. 492-493.

¹³³ LOMBARD, Martine, DUMONT, Gilles, y SIRINELLI, Jean. Droit administratif, 10e édition. Paris: Dalloz, 2013, p. 533.

¹³⁴ Ídem, pp. 533-534.

¹³⁵ Ídem, pp. 534-535.

La diferenciación entre *faute personnelle* y *faute de service* indica si el hecho dañoso es atribuible a la Administración o al funcionario, más allá de la posibilidad que tiene el administrado perjudicado de pretender la indemnización contra cualquiera de ellos. Esta diferenciación marca una evolución. Precisamente, la de considerar que la Administración responde directamente por sus hechos dañosos: *faute de service*.

En los apartados anteriores, se ha podido observar que una de las características esenciales del nuevo régimen de responsabilidad patrimonial español fue el de plantearlo como una responsabilidad directa de la Administración, por los daños cometidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En esta formulación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 se revela en todo su esplendor la *faute de service*.

II.2.2. Tesis de la garantía patrimonial de Boris Starck

En 1947, Boris Starck plantea una tesis muy original sobre la responsabilidad civil, buscando dar una visión más completa del régimen de responsabilidad civil francés, superando los planteamientos que él consideraba parciales, por concentrarse solamente en un aspecto del problema. Esta tesis es denominada por el mismo autor como teoría de la garantía.

En efecto, el punto de partida del jurista es verificar que la doctrina, en sus intentos de sistematizar el régimen de responsabilidad civil, se ha concentrado en el autor del daño. Así, frente a la pregunta ¿por qué se debe reparar los daños causados a un tercero?, se ha respondido, por un lado, que la razón vendría a ser porque el dañador ha actuado con culpa; y, por otro lado, se ha dicho que la razón es que el dañador se beneficia de la actividad, por lo que también debería asumir los riesgos de la misma¹³⁶.

¹³⁶ STARCK, Boris. Droit civil: obligations. 1. Responsabilité délictuelle, 2e édition. Paris: Librairie techniques, 1985, p. 34.

Vistas así las cosas, ambas teorías, tanto la teoría de la culpa como la del riesgo, terminan siendo “subjetivas”, en el sentido de que ambas teorías buscan las razones, para condenar a una indemnización, en el lado del autor del daño.

Luego de haber constatado el estado de la cuestión con respecto al fundamento de la responsabilidad civil, el autor esboza su primera conclusión. La forma como se ha razonado bajo las teorías citadas sería incompleta, puesto que se ha omitido el punto de vista de la víctima¹³⁷.

De este modo, se afirma que la víctima del daño ha sufrido una lesión de sus derechos, ya sean éstos derechos de propiedad o derechos de la personalidad, existiendo una obligación de seguridad (derecho a la seguridad) que protegería la integridad de estos derechos¹³⁸.

Boris Starck sostiene, ya bajo este esquema, que aquel que causa un daño también actúa en ejercicio de un derecho, el cual vendría a ser el derecho a actuar. Por tanto, el problema de la responsabilidad civil no vendría a ser otra cosa que un problema de conflicto de derechos; por un lado, el derecho a actuar; por otro lado, el derecho a la seguridad¹³⁹.

En ese sentido, existirían ciertos derechos a los que le son inherentes el producir daños, como el derecho de concurrencia comercial, el derecho de recurrir a la vía judicial, el derecho de huelga, o el derecho de crítica literaria o artística”:

“Existe, ante todo, una categoría de daños contra las cuales los hombres no están protegidos por la sencilla razón de que son el resultado normal y necesario del ejercicio de un derecho subjetivo determinado. En todos estos casos, es la propia ley la que confiere, al titular del derecho o de la libertad, un verdadero poder de dañar a otros, la prerrogativa que él

¹³⁷ Ídem, p. 35.

¹³⁸ Ídem, pp. 35-36.

¹³⁹ Ídem, p. 37.

*asume de su derecho consiste precisamente en la posibilidad de causar un daño de cierto tipo*¹⁴⁰.

Por otro lado, existirían derechos que no comprenden inherentemente la producción de daños, como el derecho a la circulación vehicular. El primero sería el campo de los daños lícitos, mientras que el segundo, el campo de los daños ilícitos¹⁴¹.

Finalmente, con la finalidad de identificar los supuestos en los que la ley y la jurisprudencia se valen del criterio de la culpa o el riesgo para determinar el surgimiento del deber de resarcimiento, Boris Starck concluye que la culpa es exigida para el caso de los daños puramente económicos o morales; mientras que el riesgo es aplicado para el caso de los daños corporales y materiales¹⁴².

No obstante, Boris Starck señala que, incluso en el ámbito de aplicación del criterio del riesgo, la culpa debería ser apreciada por los jueces a efectos de reforzar la sanción civil, bajo una función preventiva y de represión de conductas reprochables¹⁴³.

Puede apreciarse que la teoría de Boris Starck influyó de manera importante en la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial elaborado por García de Enterría. En efecto, el artífice del régimen de responsabilidad patrimonial, plantea trasladar el fundamento del instituto resarcitorio desde la actuación culpable del autor del daño hacia el dato objetivo del patrimonio dañado, partiendo de un principio objetivo de garantía del patrimonio:

¹⁴⁰ Traducción libre de « *Il existe tout d'abord une catégorie de dommages contre lesquels les hommes ne sont pas protégés pour la raison très simple qu'ils représentent la suite normale et nécessaire de l'exercice d'un droit subjectif déterminé. Dans tous ces cas, c'est la loi elle-même qui confère au titulaire du droit ou de la liberté un véritable pouvoir de nuire à autrui, la prérogative qu'il tient de son droit consistant justement dans la possibilité de causer un dommage d'une certaine nature* ». STARCK, Boris. Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Thèse. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 44.

¹⁴¹ STARCK, Boris. Op. Cit., 1985, pp. 37-39.

¹⁴² Ídem, pp. 39-40.

¹⁴³ Ídem, pp. 41-42.

“Se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio, del cual surgiría el deber de reparar las lesiones causadas a esta integridad. [...] La idea consiste en fundar la responsabilidad civil directamente sobre la teoría del patrimonio y no sobre la doctrina de la conducta subjetiva”¹⁴⁴.

II.2.3. Debate sobre los alcances de la antijuricidad

El Código Civil español de 1889, siguiendo la línea esbozada por el *Code Napoleon*, no estableció de forma expresa a la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil. No obstante, ello no fue obstáculo para que, tanto en el Derecho francés, como en el Derecho español, la doctrina reconociera la vigencia y la necesidad de verificar este requisito a fin de que pueda generarse la obligación de resarcimiento.

En efecto, en el Derecho francés, Planiol señalaría que: *“Existe un deber general de no perjudicar a los demás (art. 1382); sin embargo, el hecho de causar un daño a tercero, aun cuando sea voluntariamente, no produce la obligación de repararlo sino cuando el acto es **ilícito**”¹⁴⁵.*

También en el Derecho español se reconoce a la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, Albaladejo, enumerando los requisitos que dan lugar al deber de resarcimiento, considera como uno de los requisitos que el acto sea objetivamente antijurídico, o ilícito; agregando luego que:

“Requisito éste, no exigido explícitamente en la ley, pero presupuesto por la misma, al requerir que el acto sea culpable, pues la culpabilidad

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 176.

¹⁴⁵ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo sexto. Las Obligaciones. Primera Parte. La Habana: Cultural, 1927, p. 713.

*consiste en que sea imputable (por haber sido realizado consciente y voluntariamente) un acto ilícito*¹⁴⁶.

No obstante, la definición de la antijuricidad en el Derecho español no es unánime. O'Callaghan Muñoz la define como la violación del principio *alterum non laedere*:

*“La acción u omisión debe ser ilícita, es decir, antijurídica, en el sentido de que contraviene el principio de alterum non laedere y de que produce la infracción de la norma que protege el derecho lesionado”*¹⁴⁷.

De igual parecer es Ángel Yagüez, quien señala que:

*“Que un acto es antijurídico significa que es ilícito. Ahora bien, aunque en principio un acto es ilícito cuando vulnera un precepto legal imperativo o prohibitivo, en materia de responsabilidad civil debe tenerse presente que la ilicitud puede consistir en la violación del genérico deber jurídico de no causar daño a otro (alterum non laedere)”*¹⁴⁸.

Adicionalmente, Ángel Yagüez recopila algunas definiciones que la doctrina ha esbozado para explicar la antijuricidad: i) violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva, ii) lesión de un derecho subjetivo ajeno, iii) lesión de un interés merecedor de tutela¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen segundo. Barcelona: Bosch, 1985, p. 521. En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, quien señala que: *“No basta con lo anterior para comprender bien los confines de estas figuras del delito y cuasidelito civiles, engendradoras de la obligación de reparar el daño. No basta, en efecto, que el hecho sea dañoso para producir la obligación de reparar el daño. Del ejercicio legítimo de un derecho o del exacto cumplimiento de un deber legal jamás se deriva esta obligación, aunque con ello se cause daño a otro. El hecho, por consiguiente, además de dañoso, ha de ser ilícito, contrario al derecho; ha de contener la violación de una obligación legal”*. Op. cit., p. 319.

¹⁴⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “La responsabilidad objetiva”. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea. Lima: MOTIVENSA, 2011, p. 30.

¹⁴⁸ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Op. cit., p. 258.

¹⁴⁹ Ídem, pp. 259- 260.

Santos Briz reconoce la ambigüedad en la definición del elemento de la antijuricidad:

“Su noción no aparece en todo caso con la suficiente claridad y oscila entre un concepto amplio que la identifica con lo ilícito a un concepto estricto que la limita a lo que es contrario a la ley positiva”¹⁵⁰.

Por su parte, Puig Peña define la antijuricidad como aquello que es contrario al Derecho, agregando que: *“En principio, toda acción u omisión que causa un daño a otro es ilícita. Sólo dejarán de serlo, cuando concurra a favor del agente una causa de exclusión de antijuricidad”¹⁵¹.*

Más recientemente, Díez-Picazo y Ponce de León ha sostenido que la antijuricidad implica un juicio de desvalor del resultado dañoso, y no un juicio de desvalor de la conducta, explicando que:

“Un concepto de la antijuricidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos casos puede resultar necesario, sólo es posible realizarlo en la medida en que se entienda [...] que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de la calificación de la antijuricidad”¹⁵².

Es esta última definición la que más se asemeja a la sostenida por García de Enterría, en sus comentarios al régimen de responsabilidad patrimonial recogido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

¹⁵⁰ SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal. Madrid: Montecorvo, 1986, p. 28.

¹⁵¹ PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil español. Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 2. Barcelona: Nauta, 1966, p. 1176.

¹⁵² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 1999, pp. 287-298.

La jurisprudencia española también considera la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, aun cuando el artículo 1902° del Código Civil español de 1889 no recoge el término antijurídico, injusto o ilícito, como sí ocurre con otros códigos foráneos. En este sentido, las Sentencias de fecha 10 de octubre de 1968, 25 de octubre de 1968, 15 de noviembre de 1979, 17 de marzo de 1981¹⁵³.

Al momento de instituir el régimen de responsabilidad patrimonial, el legislador de la Ley de Expropiación Forzosa no fue ajeno a la posición doctrinaria y jurisprudencial sobre la antijuricidad. En efecto, el artífice de esta disposición normativa, García de Enterría, declaró haber desplazado la antijuricidad desde la conducta del agente que produjo el daño hacia el dato objetivo de la lesión.

Y es que, García de Enterría centró su construcción dogmática de la responsabilidad en la figura de la lesión¹⁵⁴, la cual define como perjuicio antijurídico. A su vez, la antijuricidad es definida bajo un nuevo esquema: como aquello que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar:

“Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuricidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”¹⁵⁵.

La construcción realizada por García de Enterría da cuenta de las teorizaciones elaboradas en el seno del Derecho Penal, ámbito en el que la doctrina diferenció

¹⁵³ Las referencias son de SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit., pp. 32-34, quien transcribe un fragmento de la Sentencia de fecha 15 de noviembre de 1979: “es indispensable que la conducta lesiva ofrezca la nota de antijuricidad por haber transgredido el agente las reglas de conducta, faltando al cuidado y diligencia exigible”.

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 175.

¹⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 176.

entre antijuricidad formal (violación de la norma) y antijuricidad material (lesión del interés protegido)¹⁵⁶.

No obstante, la orientación final que García de Enterría atribuyó al elemento de la antijuricidad, y su funcionalidad, se desprende más claramente del siguiente párrafo:

“El concepto técnico de daño o de lesión, a efectos de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona”¹⁵⁷.

Con estas precisiones, el autor del régimen de responsabilidad patrimonial enfoca el elemento de la antijuricidad desde una perspectiva distinta a la habitual, concibiéndola como la ausencia de causas de justificación que impongan al sujeto dañado la obligación de soportar el daño.

Con esta fórmula, García de Enterría se anticipaba al desarrollo que tendría el elemento de la antijuricidad en el Derecho italiano, en la década del sesenta, principalmente de la mano de Piero Schlesinger, quien sostendría que:

« [...] daño injusto significa “daño no justificado”: un daño ocasionado sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma, sin que el comportamiento perjudicial se realice en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento. El requisito tradicional de la iniuria se entiende, por lo tanto, no en el sentido de contra ius, de contravención de un derecho o interés protegido del damnificado, sino más bien en el sentido, históricamente más correcto, de non iure, vale

¹⁵⁶ Véase CASSETTA, Elio. L'illecito degli enti pubblici. Torino: Giappichelli, 1953, pp. 30-32.; quien además identifica a Von Lizet como el jurista que formuló esta distinción, en su obra *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.

¹⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. cit., p. 178.

decir, de ausencia de un derecho del dañado a la ejecución del acto que ha causado el daño »¹⁵⁸.

II.3. Modificaciones no sustantivas del régimen hasta la dación de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁵⁹

El régimen de responsabilidad patrimonial fue instaurado en el año 1954, a través de la Ley de Expropiación Forzosa. La redacción del Anteproyecto de este cuerpo normativo fue encargada al equipo de la recién inaugurada Revista de Administración Pública, siendo presidida por Jordano de Pozas. No obstante, el autor material del artículo 121º fue García de Enterría¹⁶⁰.

Las líneas fundamentales del sistema no han cambiado sustancialmente desde entonces, habiéndose expedido, sin embargo, leyes que precisaron de forma más clara sus contornos¹⁶¹.

¹⁵⁸ SCHLESINGER, Piero. “La injusticia del daño en el acto ilícito civil”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León Hilario. Lima: ARA, 2001, pp. 52-54.

¹⁵⁹ Para la elaboración del presente acápite, sobre la evolución normativa del régimen de responsabilidad patrimonial, se ha utilizado, principalmente, la siguiente bibliografía: LEGUINA VILLA, Jesús. La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español, 2da edición. Madrid: Tecnos, 1983; GARRIDO FALLA, Fernando. “La Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial”. En: Revista de Administración Pública. En: Revista de Administración Pública, no. 119, mayo-agosto, 1989; SANTOS BRIZ, Jaime, Jaime. La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal. Madrid: Montecorvo, 1986, pp. 706-711; MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”. En: Revista de Administración Pública, no. 150, setiembre-diciembre, 1999; MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas, 2002, pp.37-65; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo II, 9na edición. Madrid: Civitas, 2005; MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Madrid: Civitas, 2005. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 7ma edición. Madrid: Civitas, 2015, pp. 45-59.

¹⁶⁰ Como lo declara el mismo autor en el Prólogo de la segunda edición de su obra. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, pp. 5-8.

¹⁶¹ Como ha confesado García de Enterría, la imprecisión de la fórmula legal fue intencional: “La verdad es que lo abstracto y poco preciso de la fórmula legal se hizo por la Comisión redactora de la Ley de 1954 para hacer pasar más fácilmente la verdaderamente original

En ese sentido, debemos mencionar, en primer lugar, al Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobada a través del Decreto de 26 de abril de 1957. Este cuerpo normativo intentó aclarar los alcances del artículo 121° de la Ley de Expropiación Forzosa, específicamente en relación a los daños resarcibles.

Y es que, uno de los problemas identificados por el mismo García de Enterría fue el de la interpretación de la frase: *“toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que este Ley se refiere”*. Bajo una interpretación restrictiva, se entendería que sólo son resarcibles los bienes y derechos susceptibles de expropiación.

Es por ello que el numeral 1 del artículo 133° del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa prescribió que:

“Dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente, en los supuestos a que se refieren los artículos 120 y 121 de la Ley, con arreglo al procedimiento regulado en los artículos siguientes”.

De este modo, a partir de una fórmula de “dudosa legalidad”¹⁶², se dejaba de hacer mención a los bienes y derechos a que se refiere la Ley de Expropiación Forzosa, señalándose, de forma más genérica, a los bienes y derechos susceptibles de valoración económica.

Por otro lado, el numeral 2 del artículo 133° del Reglamento en comento, dejó claro que el régimen de responsabilidad patrimonial era aplicable también a las

novedad de incluir en una Ley de Expropiación Forzosa una ruptura abierta a la regla de la irresponsabilidad por daños de que venía injustamente beneficiándose la Administración en nuestro Derecho. Hubo que adoptar para ello una fórmula compendiosa y concentrada, en lugar de una seguramente más saludable enumeración de supuestos, y ello para no llamar demasiado la atención y dar la impresión de que se trataba de algo casi obvio”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a la obra de MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., pp. 24-26.

¹⁶² La expresión es de MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., pp. 43-44.

Corporaciones Locales y Entidades Institucionales, consolidándose como un sistema general para toda la Administración Pública, en todos sus niveles.

Sólo unos meses más tarde, el 20 de julio de 1957, se expidió la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, cuyos artículos 32° y 33°. versaban sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. De esta forma, se sistematizaba el régimen de responsabilidad patrimonial en un cuerpo normativo más idóneo, que regulaba la organización y el régimen de la Administración Pública.

En cuanto a los alcances del deber de resarcimiento, cabe destacar la referencia del artículo 32°, numeral 1, a la lesión de cualquiera de los bienes y derechos de los administrados¹⁶³. Asimismo, el numeral 2 del mismo precepto prescribía que la anulación de las resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización¹⁶⁴. Y, por otro lado, el artículo 33° regulaba la competencia de los tribunales ordinarios para los casos en los que el Estado actuase en relaciones de derecho privado¹⁶⁵.

Posteriormente, el sistema de responsabilidad patrimonial es consagrado en el nivel normativo más alto, siendo recogido en el artículo 106°, numeral 2, de la Constitución Española de 1978. En esta ocasión, el precepto quedó formulado en términos más genéricos, haciéndose referencia a la lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹⁶⁶. Adicionalmente,

¹⁶³ Artículo 32°.1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

¹⁶⁴ 2.- En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con' relación a una persona o grupo de personas. La simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas; no presupone derecho a indemnización. Esta podrá pedirse en vía contenciosa con arreglo a. la Ley de dicha Jurisdicción o en la vía administrativa prevista en el párrafo siguiente.

¹⁶⁵ Artículo 33°.- Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades. funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad en ese caso habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

¹⁶⁶ Artículo 106.2.- Los particulares. en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos,

debe señalarse que la Constitución no sólo establece la responsabilidad de la Administración Pública, sino que también constitucionaliza la responsabilidad por errores judiciales y por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en su artículo 121¹⁶⁷.

En 1985, se expidió, nuevamente, una norma para el ámbito de las Corporaciones Locales, que remitía al régimen general de responsabilidad patrimonial. Nos referimos al artículo 54° de la Ley 7/1985, del 02 de abril de 1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹⁶⁸.

Finalmente, y como corolario de esta sucesión normativa, el 26 de noviembre de 1992, se expidió la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas disposiciones más resaltantes son:

- i) Los numerales 3 y 4 del artículo 139°, que se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración por la aplicación de actos legislativos y por el funcionamiento de la Administración de Justicia, respectivamente.
- ii) El artículo 140°, que regula la responsabilidad concurrente de varios entes administrativos.
- iii) El numeral 1 del artículo 141°, que limita la responsabilidad a los daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.
- iv) El numeral 4 del artículo 141°, que prescribe la posibilidad de sustituir el resarcimiento por una compensación en especie, siempre que exista acuerdo con el interesado.

salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

¹⁶⁷ Artículo 121.- Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.

¹⁶⁸ Artículo 54°.- Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.

- v) El artículo 144°, que dispone la unificación jurisdiccional, que antes aparecía dividida para los casos en que la Administración actúe en relaciones de derecho privado.

Como podrá apreciarse de esta sucesión normativa, las líneas fundamentales del régimen de responsabilidad patrimonial, establecidas en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, se mantienen hasta la actualidad. Los distintos cuerpos normativos expedidos en el transcurso no introducen cambios sustanciales, sino que se disponen a concretar el régimen vigente.

Martín Rebollo es de la misma opinión, señalando que la Ley 30/1992 no introduce cambios sustanciales, sino que sus artículos 139 a 144 reproducen el sistema anterior con escasas variaciones¹⁶⁹. Según este autor, las novedades que incorpora la nueva Ley 30/1992 son¹⁷⁰:

- a) La previsión expresa del art. 140 de la responsabilidad solidaria cuando el daño dimanare de la acción concurrente de varias Administraciones;
- b) El establecimiento de pautas o criterios de valoración del daño, remitiendo a la normativa de expropiación forzosa, a la legislación fiscal o a la que resulte aplicable, y aludiendo a la ponderación, en su caso, con las valoraciones predominantes en el mercado (art. 141.2)
- c) La previsión de que la indemnización se calcule “con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo”, sin perjuicio del pago de los correspondientes intereses de demora art. 141.3).
- d) La posibilidad de sustituir la indemnización por compensaciones en especie o de abonar aquélla mediante pagos periódicos, siempre que exista acuerdo (art. 141.4);
- e) La previsión de un procedimiento abreviado, que regula el art. 143.

¹⁶⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. Op. cit., 2015, p. 386. En el mismo sentido, MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., pp. 38-62.

¹⁷⁰ MARTÍN REBOLLO, Luis. Op. cit., 2015, pp. 387-388.

- f) Y, sobre todo, la pretensión de volver a la unidad jurisdiccional, puesto que incluso cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado su responsabilidad deberá exigirse ahora conforme a la regulación de la Ley 30/1992 (art. 144), esto es, previa petición del interesado que deberá resolver la Administración. Esa resolución pone fin a la vía administrativa y podrá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 142.6), como reitera también por su parte la Ley Jurisdiccional de 1998 [art.2.e)].

El régimen de responsabilidad patrimonial fue objeto de reforma en el año 1999. En efecto, el régimen prescrito en la LRJPAC de 26 de noviembre de 1992 fue modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero. No obstante, los cambios tampoco fueron sustanciales¹⁷¹. El principal cambio que se introdujo fue el párrafo adicional incluido en el artículo 141.1 de la LRJPAC con el siguiente tenor:

“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes pueden establecer para estos casos”.

Otra modificación que merece mención es la del artículo 144º, cuya nueva redacción unifica el régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial, sin distinguir entre actuación de la Administración en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado, como sí se hacía previamente¹⁷².

¹⁷¹ “En el año 2001, por tanto, la responsabilidad extracontractual de la Administración española sigue siendo, en sus rasgos fundamentales, la misma que en 1954: una responsabilidad objetiva global, para todos los sectores de la actividad –o inactividad– administrativa (actividad jurídica y material; tras la reforma de 1999, además, no sólo la desarrollada en relaciones de Derecho público, sino también la de Derecho privado)”. MIR PIUGPELAT, Oriol. Op. cit., p. 60.

¹⁷² Sobre las reformas del régimen de responsabilidad patrimonial efectuadas por la Ley 4/1999 a la LRJPAC puede consultarse CUETO PÉREZ, Miriam. “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92”. En: RAP, no. 152, mayo-agosto, 2000, pp. 269-287.

III. TERCER CAPÍTULO: CONTEXTO PERUANO AL MOMENTO DE LA IMPORTACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. La responsabilidad de la Administración Pública peruana antes de la dación de la Ley 27444.

El problema de la responsabilidad de la Administración Pública no ha dejado de tener respuesta en el ordenamiento peruano. Aun cuando este supuesto no estaba recogido en una norma específica, se entendió que estaba regulado por las normas generales del Código Civil, sobre responsabilidad extracontractual.

En un primer momento, en el Derecho Comparado se pusieron fuertes resistencias para la aceptación de un deber por parte del Estado de resarcir los daños que causaba. Así, por ejemplo, en el Derecho francés se discutió acerca de la compatibilidad entre la soberanía del Estado y la posibilidad de imputar a éste responsabilidad por los daños que causase. Se entendía que al Estado no se le podía imponer “sanciones”, y que su actuar no podía ser contrario al derecho.

Asimismo, un problema adicional en Francia fue la aplicación de la responsabilidad civil al Estado y a los entes públicos. Bajo una interpretación histórica, se negó que el legislador del *Code Napoleon* hubiera querido considerar al Estado como destinatario de las normas de responsabilidad civil¹⁷³.

El Derecho peruano no fue la excepción. Dichas trabas tuvieron un reflejo en nuestra práctica jurídica durante la vigencia del Código Civil de 1852. También en el Derecho peruano la posición dominante fue la que negó las normas de responsabilidad vicaria a cargo del Estado, en atención a que sus actos estaban regidos por el derecho público. Se entendió, en cambio, que los sujetos responsables debían ser los agentes que habían dejado de ser tales al incumplir con sus funciones. Asimismo, en el caso de tumultos no controlados por el

¹⁷³ Si bien hubo cierta jurisprudencia que aplicó directamente el artículo 1384° del Código Civil francés al Estado, pronto la posición contraria se convertiría en la mayoritaria, a partir del *arret Blanco* expedido por el Tribunal de Conflictos.

Estado, se alegó que los daños no eran imputables al Estado sino a lo sujetos que causaron los daños¹⁷⁴.

El derecho a resarcimiento estaba limitado a aquellos perjuicios causados intencional y directamente por el Estado. En ese sentido, sintetizando algunos dictámenes fiscales durante la vigencia del Código Civil de 1852, Fernando de Trazegnies observa que:

“Excepcionalmente, se reconoce el derecho a una indemnización a quienes han sufrido daños directos e intencionales por parte del Estado: los propietarios de las haciendas cuyo forraje fue utilizado por las caballadas del Ejército o cuyo almacén de víveres y otros artículos fue utilizado para satisfacer las necesidades de alimento y vestido de la tropa, tiene derecho a una indemnización. En todos los demás casos, siempre que el daño tenga una finalidad o una causa privada, la responsabilidad civil afecta a las personas naturales que cometieron los daños y no al Estado. Y no puede desplazarse esta responsabilidad al Gobierno con el argumento de que estos prestaban servicios al Estado ni de que el gobierno actuó negligentemente en sus funciones regulares al no impedir los desmanes o actos dañosos”¹⁷⁵.

Obsérvese que en esta época, el fundamento de la responsabilidad del Estado es de la responsabilidad vicaria, sosteniéndose que su aplicación no corresponde cuando los funcionarios del Estado actúan privadamente en ausencia de una orden, o cuando proceden impulsados por sus propias pasiones. Es decir, estamos ante una concepción de responsabilidad vicaria muy parecida a la que diferencia entre *faute de service* y *faute personnelle* en el Derecho francés¹⁷⁶:

¹⁷⁴ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo II, pp. 231-238, y Dictámenes Fiscales allí citados.

¹⁷⁵ Ídem, p. 238.

¹⁷⁶ Vid. infra, cap. II, apartado 2.1.

"El Gobierno responde, es cierto, de los actos de sus funcionarios subalternos, pero cuando los ejercen obedeciendo a sus órdenes y oficialmente, pero no cuando proceden privada o personalmente impulsados por sus pasiones"¹⁷⁷.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936, en cambio, la jurisprudencia no dudó en responsabilizar al Estado por los daños causados en perjuicio de particulares. En esta época se presentaron una gran variedad de casos, como el de ocupación de terrenos; uso de vehículo por parte de la Policía, pero no autorizado por su propietario; revocación de licencia de construcción; cancelación de licencia de funcionamiento de una carnicería; impedimento de embarque de un producto por parte de Aduanas, pese a que su exportación había sido autorizada; otorgamiento de licencias de funcionamiento por parte de la Municipalidad, pese a que según la zonificación se trataba de una zona residencial; daños producidos por un tumulto popular, no habiéndose tomado medidas preventivas ni represivas contra los desmanes; daños producidos como consecuencia del defectuoso mantenimiento de los servicios públicos; accidentes de tránsito producidos por vehículos usados por la Administración, accidente en ferrocarriles y accidentes aéreos¹⁷⁸.

Cabe recordar que tanto con el Código Civil de 1852 como con el Código Civil de 1936 la responsabilidad civil era de carácter subjetivo, es decir, se fundaba en la culpa o el dolo. Sólo algunas disposiciones serán interpretadas como una presunción de la culpa e inversión de la carga de la prueba; mientras que la responsabilidad objetiva quedará reservada para los accidentes de trabajo, en virtud de la Ley N° 1378 del 20 de enero de 1911.

En ese sentido, es normal que la jurisprudencia haga referencia al criterio de la culpa para fundar la responsabilidad del Estado, aunque la búsqueda de culpabilidad se haya verificado en relación a los funcionarios y no en relación del

¹⁷⁷ Dictamen Fiscal de José Gregorio Paz Soldán, citado por TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo II, p. 237.

¹⁷⁸ Ídem, pp. 239-250, y Jurisprudencia allí citada.

Estado (*culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*). Este hecho es de particular importancia, pues, como se anotó *supra*, nuestra doctrina administrativista ha llegado a afirmar que la responsabilidad de la Administración Pública es siempre objetiva, y que teóricamente no es predicable la culpa respecto al Estado.

En el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1936, Fernando de Trazegnies introdujo un artículo dedicado a la responsabilidad del Estado, por los daños resultantes de las deficiencias de los servicios públicos, del defectuoso mantenimiento de la propiedad estatal y de los actos de la Administración y de sus funcionarios¹⁷⁹. No obstante, dicha iniciativa no fue aprobada bajo el argumento de que al Estado le eran aplicables las normas generales de responsabilidad civil, no siendo necesario establecer un artículo específico para recordarlo, y que más bien era mejor no incidir en ese punto¹⁸⁰.

Con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, la responsabilidad extracontractual deja de fundarse exclusivamente en la culpa, admitiéndose la responsabilidad objetiva, por riesgo o peligro, en una cláusula normativa general equivalente al de la responsabilidad subjetiva.

A diferencia de los Códigos anteriores, el legislador no se limita a establecer casos específicos de responsabilidad objetiva (que serían identificados como presunciones de culpa), sino que incluso ha incorporado un principio básico de responsabilidad objetiva, que por su ubicación y generalidad, tiene la misma jerarquía que la responsabilidad por culpa.

En efecto, el artículo 1969° del Código Civil de 1984 establece la responsabilidad subjetiva en los siguientes términos: “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”.

¹⁷⁹ Ídem, pp. 227-229.

¹⁸⁰ Loc. cit.

Por su parte, el artículo 1970 establece la responsabilidad objetiva en los siguientes términos: “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 ese sentido, según Fernando de Trazegnies, la responsabilidad del Estado, con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, se fundaba en los artículos 1969 (responsabilidad por culpa), 1970 (responsabilidad objetiva por riesgo), 1979 (responsabilidad por daño causado por animal), 1980 (responsabilidad por daño causado por la caída de un edificio) y 1981 (responsabilidad vicaria del principal)¹⁸¹.

La responsabilidad subjetiva se identificaría en términos abstractos, verificándose la contravención a las normas que reglamentan una determinada actividad; mientras que en el caso de actos discrecionales, tendría que evaluarse la razonabilidad de la medida adoptada; y, en los casos de servicios públicos, en lo que razonablemente se espera que provea un país como el nuestro¹⁸².

La responsabilidad objetiva abarcaría los daños causados mediante el uso de bienes peligrosos o en la realización de actividades riesgosas por parte del Estado, exonerándose de responsabilidad en supuestos de caso fortuito o hecho determinante de tercero, conforme al artículo 1972° del Código Civil¹⁸³.

La responsabilidad por los daños causados por animales y por la caída de edificios sería aplicable al Estado, en la medida que los animales o los edificios sean de su propiedad, conforme a los artículos 1979° y 1980° del Código Civil¹⁸⁴.

Por último, la responsabilidad vicaria del Estado sería también una responsabilidad objetiva, conforme al artículo 1981° del Código Civil. Por lo que,

¹⁸¹ Ídem, pp. 260-261.

¹⁸² Ídem, pp. 262-264.

¹⁸³ Ídem, pp. 267-268.

¹⁸⁴ Ídem, p. 268.

el Estado siempre respondería por los daños cometidos por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, o cuando se trate de un cumplimiento grosero y prepotente; excluyéndose la responsabilidad del Estado en los casos que los funcionarios se extralimiten manifiestamente de sus funciones¹⁸⁵.

Es por ello que la responsabilidad civil del Estado podría fundarse en el principio de la culpa, como bien podría fundarse en un criterio objetivo, dependiendo de los casos, pudiendo ser, por otro lado, una responsabilidad directa o de naturaleza vicaria. Por lo tanto, la responsabilidad de la Administración Pública, durante la vigencia del Código Civil de 1984, era objetiva y subjetiva, directa e indirecta.

Así, por ejemplo, en el proceso seguido por Ricardo Guillermo Higginson contra la Municipalidad Provincial del Callao y Max Moisés Silva Alván (autor material del daño), sobre indemnización de los daños ocasionados con motivo de la demolición de casetas para el cobro de peaje. La Sala Civil de la Corte Suprema, mediante Resolución de fecha 08 de setiembre de 1998 (Cas. N° 959-1997-Callao), estableció que la responsabilidad de la Municipalidad era de tipo indirecto y objetivo, en virtud del artículo 1981° del Código Civil, puesto que fue ésta quien encargó la demolición de las casetas. Por lo que, resolvió no casar la Sentencia de Vista que ordenaba a los demandados resarcir al demandante por la suma de S/.200,000.00 Nuevos Soles.

Se resolvió en sentido contrario en la Sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de Lima recaída en el expediente N° 61-1998, proceso que versaba sobre la responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados con motivo de una obra de excavación encargada por la Caja de Pensiones Militar Policial y desarrollada por GESSA Ingenieros S.A. La Sala determinó que el tipo de responsabilidad aplicable era el subjetivo (aunque sin determinar si la actividad era riesgosa o peligrosa), y que no cabía imputar responsabilidad indirecta a la Caja de Pensiones Militar Policial puesto que no existía una relación de dependencia entre ésta y GESSA. Por el contrario, se

¹⁸⁵ Ídem, pp. 269-271.

confirmó la responsabilidad de GESSA por el monto de S/.120,000.00 Nuevos Soles más intereses legales.

La responsabilidad subjetiva y directa fue afirmada en la Sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de Lima, de fecha 10 de agosto de 1998, recaída en el expediente N° 1345-1998A, proceso que versaba sobre la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, por los daños producidos a la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima, como consecuencia de los embargos en forma de inscripción, retención intervención sobre diversos bienes de su propiedad. La Sala determinó la responsabilidad subjetiva y directa de la Municipalidad, obligándola al pago de una indemnización de S/.100,000.00 Nuevos Soles.

La responsabilidad objetiva y directa de la Administración se determinó en la Casación N° 823-2002, de fecha 29 de setiembre de 2003, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, sobre responsabilidad de la Municipalidad de Requena, derivada del accidente de una motonave. En dicha oportunidad, la Sala no basó la responsabilidad de la Municipalidad en el artículo 1981° del Código Civil, sino que se fundamentó, por el contrario, en el artículo 1970°, considerando que la motonave constituía un bien riesgoso. No obstante, con motivo del argumento de la demandada, de que se trataría de un caso fortuito pues el accidente se produjo a causa de falla del motor; la Sala parece orientarse, a modo de refuerzo, hacia la responsabilidad subjetiva. En efecto, en los Considerandos Octavo y Noveno se señala que:

“Octavo: Que, como vehículo motorizado una motonave necesita para su funcionamiento que su motor así como las demás piezas, entre ellas la bomba de agua, se encuentren en total estado de funcionamiento y buen estado de conservación, lo que no sucedió en este caso pues la bomba falló”.

Noveno: Este desperfecto pudo y debió ser previsto por el administrador de la nave -entiéndase que al ser la propietaria la Municipalidad de Requena, ésta delegó en alguna persona tal función- pues por su cargo tenía la facultad y el deber de hacerlo por ende era el responsable de su

funcionamiento y buen estado de conservación, estado en el cual no se encontraba la nave, caso contrario no habría ocurrido ningún desperfecto. Todo lo cual hace concluir que la demandada, no actuó en forma diligente ni tomo los cuidados debidos para realizar sus labores ordinarias, motivo por el cual y por lo señalado líneas arriba no se puede calificar el desperfecto de la motonave como un caso fortuito, extraordinario, imprevisible e irresistible”.

Es en este contexto, muy diverso al panorama español de mediados del siglo XX, en el que se importó el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, aprovechándose la oportunidad para regularlo en la LPAG, pero sin atisbos de haber intentado responder a una necesidad concreta, como sí sucedió en el caso español¹⁸⁶.

Cabe señalar, sin embargo, que incluso con la entrada en vigencia de la LPAG, en los procesos sobre indemnización de daños y perjuicios provocados por la Administración siguieron aplicándose las normas del Código Civil, dejándose de lado el nuevo régimen de responsabilidad patrimonial.

Así, por ejemplo, en el proceso seguido por ENERGOPROJEKT NISKOGRADNJA S.A. contra la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, por los daños causados con motivo de una modificación de licencia de construcción, disponiéndose una altura máxima de tres pisos, cuando en un inicio la misma Municipalidad había otorgado la licencia para construir un conjunto residencial con una altura máxima de cinco pisos. La Quinta Sala Civil de Lima confirmó la Sentencia de primera instancia, la cual declaraba fundada en parte la demanda, ordenándose el pago de S/. 579,752.00 Nuevos Soles por

¹⁸⁶ El presidente de la Comisión encargada de elaborar la ley señala, en la primera obra de comentarios a la nueva ley, que la Ley tenía como uno de sus objetivos el de compendiar la dispersa normativa sobre el procedimiento administrativo: TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativos, Ley de Simplificación Administrativa y su Reglamento, más modificatorias, Título IV de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Op. cit. Asimismo, con respecto a la creación del régimen de responsabilidad patrimonial, sólo describe lo novedoso que resulta su implementación, sin explicar los motivos que la justificarían. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Lima: ARA Editores, 2001, p. 78.

daño emergente. Interpuesto el recurso de casación, por infracción normativa de los artículos 1969° y 1985° del Código Civil, con fecha 07 de octubre de 2010, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema estimó que la Sala había determinado correctamente la relación de causalidad entre el hecho antijurídico -consistente en la expedición de la licencia para construir un conjunto residencial con una altura máxima de cinco pisos- y el daño ocasionado.

Asimismo, las normas del Código Civil fueron aplicadas en la Casación N° 1724-2009-Lima, de fecha 08 de marzo de 2010, en el proceso que versaba sobre indemnización de daños y perjuicios provocados por el embargo en forma de secuestro conservativo, efectuada por la SUNAT, sobre 117 máquinas de propiedad de la empresa Comercial Formosa Sociedad Anónima, no siendo ésta parte de la obligación tributaria que pretendía cobrarse. En efecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la empresa demandante por la aplicación indebida del artículo 1971°, inciso 1, por la interpretación errónea del artículo 1969°, y por la inaplicación del artículo 1981° del Código Civil. Con respecto al primer dispositivo, la Sala consideró que no se verifica el ejercicio regular de un derecho, toda vez que la SUNAT pudo enmendar su omisión de verificar la propiedad de las máquinas al momento de resolver la tercería de propiedad interpuesta por la demandante, pero no lo hizo. Con respecto al segundo dispositivo, la Sala precisó que la demandada no acreditó la ausencia de su actuar culposo, siendo insuficiente para acreditar la falta de culpa que la mercadería haya sido encontrada en poder del deudor, ya que correspondía efectuar un análisis minucioso de los documentos al tiempo de resolver la tercería. Finalmente, con respecto al tercer dispositivo, la Sala determinó que, al haberse establecido la existencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño causado, por el accionar culposo en el ejercicio de las funciones del ejecutor coactivo de la SUNAT, ésta se encontraba obligada a pago de la indemnización.

Las normas del Código Civil también fueron aplicadas en el proceso seguido por César León Aranzabal contra la Oficina Registral del Cusco, signado en segunda instancia con expediente N° 513-2008, sobre indemnización por los daños

causados como consecuencia de la duplicidad de partidas, con respecto a un inmueble de su propiedad, inscritas en el Registro de Predios de la Oficina Registral Zonal N° X de Cusco. En la Sentencia de fecha 08 de agosto de 2011, la Segunda Sala Civil del Cusco determinó que no correspondía amparar la pretensión de indemnización porque no se reunían los requisitos de: a) antijuricidad, pues los actos registrales efectuados por la existencia de doble inscripción se habrían desarrollado de conformidad con los artículos 2010, 2011 y 2013 del Código Civil; b) daño, pues los funcionarios de la Oficina Registral no habrían producido despojo, desposesión o actos de disposición del derecho de propiedad; c) relación de causalidad, pues los funcionarios no habrían intervenido en los actos jurídicos de compraventa o escrituras públicas que dieron origen a las dos partidas registrales; y d) factor de atribución, pues los funcionarios habrían actuado en el ejercicio regular de sus funciones.

Un proceso similar, pero con un resultado diverso, fue el seguido por Claudia de la Fuente Gallegos contra la Oficina Registral Regional de Arequipa y registradores públicos, también sobre indemnización por los daños causados como consecuencia de la duplicidad de partidas registrales, pero que, a diferencia del caso anterior, generaron la imposibilidad del cobro de sus acreencias. En esta oportunidad, la Segunda Sala Civil de Arequipa determinó que el tipo de responsabilidad aplicable era la contractual:

“[...] al pagar el usuario los derechos activa la posibilidad de la que la seguridad registral opere de inmediato, una vez efectuado el acto solicitado, consolidando el acto inscrito y dándole fuerza al título registral que se inscribe en el registro, [...] al haberse detectado que existía otra inscripción en donde ya se había inscrito el derecho de la demandante y al no haberse actuado diligentemente a fin de que esta u otras partes tomen noticia y efectúen las acciones necesarias para continuar protegidas por el sistema registral en el que confiaron, pero si por la actuación administrativa interna se dejó sin efecto la inscripción de la accionante sin que esta pudiera hacer nada, obviamente se ha incurrido en responsabilidad creada por la inoperancia perfecta del sistema”.

Con respecto a los elementos de la responsabilidad civil, la Sala determinó que: i) la responsabilidad de la Oficina Registral era directa, y que el criterio de imputación era el subjetivo, por un servicio defectuoso, pues el sistema habría demostrado no ser impermeable al tener partes frágiles y camufladas de seguridad; ii) de no haber coexistido dos inscripciones sobre un mismo bien, acto o inmueble, no se habría ocasionado daño alguno, por lo que quedaba verificada la relación de causalidad; y iii) el daño consistía en la desprotección causada a su inscripción, lo que ocasionó que no pueda exigir y recuperar una considerable suma dineraria. Por estos motivos, se revocó la Sentencia apelada, y, reformándola, se declaró fundada en parte la demanda, ordenándose a la Oficina Regional de los Registros Públicos de Arequipa pagar como indemnización la suma de S/.52,257.00 Nuevos Soles.

2. Contexto jurídico de la responsabilidad civil extracontractual en el Perú: breve percurso histórico hasta la primera década del siglo XXI

2.1. Instauración de la responsabilidad objetiva en el ordenamiento peruano y actual sistema de responsabilidad civil extracontractual peruano

El primer código civil peruano, el Código Civil de 1852, se alinea a lo dispuesto por el Código Civil francés -código modelo de la época que tuvo influencia en varios ordenamientos. Así, en cuanto a responsabilidad extracontractual se refiere, se adoptó un sistema de responsabilidad subjetiva, diferenciando entre delitos y cuasidelitos, en función a si el hecho era cometido con dolo o con culpa.

En efecto, en el título correspondiente a las “Obligaciones que nacen de los delitos y cuasidelitos”, el artículo 2189° del Código Civil establecía que los delitos eran “los hechos practicados intencionalmente contra la ley”; mientras que el artículo 2190° establecía que eran cuasidelitos “los hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo”.

En general, el Código establecía que el dolo o la culpa tenían que ser demostrados por el demandante en el proceso judicial. Sin embargo, existían algunas hipótesis en las que se establecía una inversión de la carga de la prueba,

como en el caso de la responsabilidad indirecta de las personas que tenían a alguien bajo su cuidado (padres, tutores, maestros). Asimismo, el Código establecía supuestos que tenían un “sabor” objetivista, aun cuando la teoría del riesgo todavía no había sido planteada; como el caso de la responsabilidad del que vive en una casa por los daños que causen las cosas arrojadas de ésta; del que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro; o los daños que se causen en la práctica de la cacería¹⁸⁷.

Como se vio en el capítulo II, desde finales del siglo XIX se comenzó a emitir, en los ordenamientos de Europa occidental, leyes especiales que prescindían de la verificación del elemento subjetivo de la culpa, como respuesta a los nuevos riesgos inherentes a una sociedad industrializada. Y, en las primeras décadas del siglo XX, se formuló, en Francia, la tesis de la responsabilidad por riesgo, de la mano de Raymond Saleilles y Louis Josserand.

En el Perú de inicios del siglo XX, aun cuando el estado de sus industrias era embrionario, se advierte un incremento sustancial de los accidentes, y de los infortunios laborales; y ello como consecuencia del empleo de la maquinaria pesada, la utilización de artificios impulsados por electricidad, gas o vapor, y el uso de explosivos más poderosos y destructivos¹⁸⁸.

Es en este contexto que, por impulso de José Matías Manzanilla, el 20 de enero de 1911, Augusto B. Leguía promulgó la Ley N° 1378, que consagraba en Perú e Iberoamérica la doctrina del riesgo en los accidentes de trabajo ocurridos en las actividades industriales¹⁸⁹. Es decir, ya en 1911, la legislación peruana recoge conscientemente la responsabilidad objetiva, en su versión del riesgo de empresa, pero limitada para los accidentes de trabajo en el sector industrial.

¹⁸⁷ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. La responsabilidad extracontractual, Tomo I, 7ma edición. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001, p. 97-99.

¹⁸⁸ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. «La teoría del riesgo profesional: “expresión militante de la economía contemporánea” ». En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004, pp. 555-562.

¹⁸⁹ Ídem, pp. 569-581.

En 1922, quedó planteada la necesidad de la reforma del Código Civil de 1852, iniciándose ese mismo año el movimiento de reforma. Para ese entonces, se contaba con nuevo código modelo. En efecto, en el año 1900 se había promulgado ya el Código Civil alemán (BGB), que mantenía el sistema de responsabilidad subjetiva, pero que concurría con otras normas especiales paralelas al código que prescindían del criterio de la culpa¹⁹⁰.

No obstante la tendencia objetivista en el Derecho Comparado, y la defensa de la tesis objetivista por una parte de la doctrina, el Código Civil de 1936 mantuvo un sistema de responsabilidad extracontractual subjetivo, adoptándose la tesis esgrimida por Solf y Muro¹⁹¹. La jurisprudencia, sin embargo, asumió una “actitud objetivista”, ya sea a través de la exigencia rigurosísima al demandado de probar ausencia de culpa, o a través de la interpretación de que el Código estableció un sistema de responsabilidad objetivo¹⁹².

Por otro lado, el Código Civil de 1936 sustituye, en su título IX, la clasificación de delitos y cuasidelitos, por la genérica denominación de “actos ilícitos”; mientras que el artículo 1136° prácticamente mantiene la redacción del artículo 2191° del Código Civil de 1852: *“Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”*.

Es recién con el Código Civil de 1984 que se supera el sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual, estableciéndose, al lado de los criterios de la culpa y el dolo, una cláusula general que recogió los criterios del riesgo y del peligro.

La necesidad de reforma del Código Civil de 1936 se sintió en el año 1965, año en que el ministro de Justicia Carlos Fernandez Sessarego creó una Comisión

¹⁹⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004, p. 832.

¹⁹¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. cit. Tomo I, pp. 99-101.

¹⁹² Véase las ejecutorias de la Corte Suprema de fecha 21 de mayo de 1954, 14 de enero de 1955, del 06 de julio de 1955 y del 20 de julio de 1948, citadas por TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo I, pp. 112-117.

encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, mediante Decreto Supremo N° 95, de fecha 01 de marzo de 1965¹⁹³.

Para ese entonces, las tesis sobre la responsabilidad objetiva habían adquirido un notable desarrollo en el Derecho Comparado. Asimismo, la seguridad social y los seguros habían hecho ya su aparición. Por otro lado, el código civil más moderno para la época era el Código Civil italiano de 1942, que parecía prescribir, en su artículo 2055, una cláusula general de responsabilidad objetiva.

El proceso de reforma del Código Civil de 1936 se desarrolló bajo la influencia del Código Civil italiano de 1942¹⁹⁴. No obstante, a diferencia de éste y aquél, el Código Civil de 1984 elimina la denominación “actos ilícitos”, reemplazándola por el de la “responsabilidad extracontractual”, en la Sección Sexta del Libro VII.

La Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936 planteó, en su Proyecto de Código Civil, la distribución social de los riesgos como principio de responsabilidad en los casos de accidentes, y los criterios de la culpa inexcusable y el dolo para los casos de acciones propiamente ilícitas¹⁹⁵.

Con motivo de las diversas críticas al principio de la repartición social de los riesgos, y luego de muchas sesiones de intercambio de ideas, el ponente del Anteproyecto y Proyecto de la Comisión Reformadora aceptó retroceder a una responsabilidad objetiva¹⁹⁶. Sin embargo, en la versión final del Código Civil de 1984, se mantuvo el sistema de responsabilidad subjetivo, junto a una cláusula normativa general de responsabilidad fundada en el riesgo o peligro.

Si bien la actitud del legislador del Código Civil podría ser vista como una actitud temerosa y renuente a la innovación en materia de responsabilidad civil, desde

¹⁹³ La referencia es de SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “El proceso de reforma del Código Civil peruano de 1984. La necesidad de su actualización para el siglo XXI”. En: AA.VV. Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 29.

¹⁹⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. cit., p. 835.

¹⁹⁵ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo I, pp. 119-120.

¹⁹⁶ Ídem, pp. 120-122.

nuestro punto de vista la decisión tomada fue, más bien, cautelosa y mesurada, dado que no se contaban con suficientes estudios sobre las consecuencias de adoptar el criterio de la distribución social de los riesgos, lo cual hubiera implicado legislar a modo de experimento social.

El Código Civil de 1984 recoge, entonces, la responsabilidad subjetiva, a través de los criterios de la culpa y el dolo reconocidos en su artículo 1969°; y la responsabilidad objetiva, a través de los criterios del riesgo y peligro, reconocidos en el artículo 1970°. Tanto la responsabilidad subjetiva y objetiva son reconocidos a un mismo nivel, sin dar preponderancia a ninguno de ellos.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con las posiciones que sostienen que nuestro sistema de responsabilidad civil vigente es principalmente subjetivo, y que la responsabilidad por riesgo es sólo de carácter complementario¹⁹⁷. Nuestro Código Civil no prefiere uno u otro sistema, sino que ambos aparecen en cláusulas generales distintas¹⁹⁸.

2.2. La responsabilidad subjetiva en el sistema de responsabilidad civil extracontractual peruano

En el ordenamiento peruano, la responsabilidad subjetiva está prevista en el artículo 1969° del Código Civil de 1984, el cual establece que los criterios de imputación aplicables para dicho tipo de responsabilidad son la

¹⁹⁷ En ese sentido, VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. cit., p. 837: *“El sistema adoptado por el Código Civil vigente es, pues, el de la responsabilidad subjetiva, con el de la responsabilidad por riesgo como complemento necesario. Pero el sistema es, en lo fundamental, el subjetivo”*.

¹⁹⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “De la culpa ética a la Responsabilidad Subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). En: Themis. Revista de Derecho, no. 50, p. 248: *“En el Perú, entonces, una cabal interpretación de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, debiera arribar a la conclusión de que ambos preceptos sirven de cláusulas generales interpretativas de igual rango, esto es, de una concepción bipolar de la responsabilidad civil que emplea dos principios generales: la culpa como criterio de imputación de responsabilidad subjetiva, de un lado; y el riesgo como factor atributivo de responsabilidad objetiva, de otro”*.

culpa y el dolo¹⁹⁹. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, este tipo de responsabilidad tiene larga data.

La responsabilidad subjetiva fue el tipo de responsabilidad tradicional de los códigos decimónicos, los cuales recogieron la concepción vigente de la responsabilidad civil de la época, formada en el siglo XVII bajo la influencia de las ideas individualistas y liberales²⁰⁰. Nuestro Código Civil de 1852 no fue la excepción.

Pese a que la concepción social exigió, en un momento determinado, la necesidad de superar el criterio culpabilístico, originándose las tesis de responsabilidad objetiva, la responsabilidad subjetiva se mantuvo vigente en nuestro Código Civil de 1936 y en el actual Código Civil de 1984.

No obstante, la responsabilidad subjetiva no se ha mantenido incólume con el pasar de los años. El criterio de la culpa ha evolucionado para dar una respuesta satisfactoria a las hipótesis que el mundo contemporáneo le presenta. De este modo, se ha pasado de una culpa psicológica, donde se debía determinar la voluntad del causante del daño, a una culpa estandarizada, donde se compara la conducta del supuesto responsable con una conducta estandarizada.

En efecto, como se ha visto en el apartado anterior, el incremento de actividades generadoras de riesgos, en una época donde la seguridad social no se había desarrollado todavía, puso en duda la aptitud de la culpa para responder a la necesidad social de indemnizar los daños que estas actividades producían.

En ese sentido, Gastón Fernández identifica que las reacciones frente a las necesidades que imponía la era de la industrialización se presentan en tres direcciones distintas, siendo una de ellas la transformación del rol de la culpa y de su concepción, de una “culpa ética” a una “culpa social”:

¹⁹⁹ En realidad, basta con que se verifique la culpa para que el autor del hecho dañoso responda por todos los perjuicios causados, conforme al principio de la reparación integral del daño.

²⁰⁰ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo I, pp. 39-41.

“Una tercera reacción, en cambio, que se da al inicio de la era de la industrialización, pretenderá responder –casi intuitivamente- al reconocimiento de que el proceso de industrialización se da por etapas y en forma desigual, por lo que el rol de la culpa no desaparecerá, sino que, solamente, se transformará”²⁰¹.

En el Derecho francés, prestándose mayor atención a la función reparadora de la responsabilidad civil, surgió como respuesta la responsabilidad objetiva, de la mano del criterio del riesgo-beneficio empresarial. Sin embargo, al mismo tiempo, aconteció una evolución progresiva de la responsabilidad subjetiva, que consistió en la objetivación de la “*faute*”, a través de la extracción del elemento subjetivo de la consciencia, viendo erosionado su contenido moral y psicológico²⁰².

De este modo, a efectos de determinar la culpa, se pasó de un criterio de apreciación psicológico-moral a un criterio de apreciación *in abstracto*, al igual que en el campo contractual, sobre la base del estándar del “buen padre de familia”²⁰³. En consecuencia, en el Derecho francés actual, es considerado como culposo el comportamiento que se aleja de la conducta esperada socialmente, sin apreciarse las cualidades, edad, estado físico y mental o defectos de la persona responsable²⁰⁴.

²⁰¹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “De la culpa ética a la Responsabilidad Subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). En: Themis. Revista de Derecho, no. 50, p. 242.

²⁰² VINEY, Geneviève. “Évolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile”. En : LEQUETTE, Yves y Nicolas MOLFESSIS (dir.). Quel avenir pour la responsabilité civile? Paris: Dalloz, 2015, pp. 23-25. LEDUC, Fabrice. “Panorama actual del derecho de la responsabilidad civil en Francia”. Traducción de Olga Alejandra Alcántara Francia. En: AA.VV. Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 314-315.

²⁰³ LE TOURNEAU, Philippe. “El verdor de la culpa en la responsabilidad civil (o de la relatividad de su ocaso). En: Advocatus, época 2, no. 27. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2012, pp. 165-167. Traducido por José Luis Gabriel.

²⁰⁴ Loc. cit.

El Derecho italiano también experimentó una evolución semejante con respecto a la noción de culpa. La doctrina de los primeros cincuenta años posteriores a la codificación de 1865, interpretó el elemento de la culpa como una actitud psíquica reprobada por la ley:

“La culpa consiste, efectivamente, en un defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas, y por eso hace que se opere de forma imprudente (culpa) o que se omitan las cautelas que se tenían que adoptar (negligencia)”²⁰⁵.

En dicha época, se afirmó que el vínculo entre la voluntad y el hecho dañoso estaba presente incluso en la valoración de la culpa en términos objetivos y abstractos. La explicación se fundamentó en la capacidad de entender y de querer:

“[...] si por un lado se afirma este principio, por otro se establece que la negligencia es imputable como culpa a la persona sólo cuando las capacidades físicas y psíquicas del sujeto hubieran podido permitirle comprender y realizar el comportamiento debido”²⁰⁶.

No obstante, posteriormente, la noción psicológica de la culpa se vio erosionada a causa de los, cada vez más abundantes, supuestos de presunción de la culpa y de las teorías de la responsabilidad en ausencia de culpa²⁰⁷. Bajo este contexto, el nuevo Código Civil italiano de 1942, hablará, en su artículo 2043°, de “hechos” ilícitos, en lugar de “actos” ilícitos, centrándose, de este modo, en los supuestos de hecho de las distintas disposiciones²⁰⁸. Asimismo, establecerá,

²⁰⁵ CORSARO, Luigi. “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano”. En: AA.VV. Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Traducción y edición de Leysser Luigi León Hilario. Lima: ARA, 2001, p. 147.

²⁰⁶ Ídem, pp. 147-148.

²⁰⁷ Ídem, pp.156-164.

²⁰⁸ Ídem, pp. 164-169.

en su artículo 2046°, la capacidad de entender y de querer como condición de la responsabilidad, y no como un fundamento de la culpa²⁰⁹.

En el mismo sentido, Massimo Bianca alude a dos (02) criterios de juicio de la negligencia: subjetivo y objetivo; que se diferenciarían en que el primero toma como punto de referencia a un modelo externo al sujeto, mientras que el segundo se refiere al esfuerzo que el sujeto estuvo en condición de cumplir²¹⁰.

El autor afirma que el Código Civil italiano de 1942 adopta un criterio de valoración objetivo:

“El Código Civil italiano ha mantenido la referencia a la figura del buen padre de familia. En cambio, ha abandonado toda referencia a la diligencia usual del sujeto o quam in suis. La legislación positiva impone claramente, entonces, una medida general y abstracta de diligencia, en el sentido antes expresado”²¹¹.

En el Derecho español, Luis Díez-Picazo enuncia los diversos modos de concebir la negligencia: i) la concepción psicológica, que ya habría sido superada y que presenta escasa utilidad para fundar la responsabilidad civil extracontractual; ii) la concepción ética, que relaciona la negligencia con la moral y con la reprobación social de la conducta de una persona, o del resultado que ésta ha provocado; iii) la concepción normativa, que determinaría la negligencia a través de un juicio de reproche por la infracción de una norma preexistente; y iv) la concepción económica, según la cual sería negligente no adoptar medidas de prevención, cuando la probabilidad de daño, y el daño mismo, son mayores a los costos de prevención²¹².

²⁰⁹ Ídem, pp. 172-173, 179-183.

²¹⁰ BIANCA, Cesare Massimo. “La negligencia en el derecho civil italiano”. En: AA.VV. Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Traducción y edición de Leysser Luigi León Hilario. Lima: ARA, 2001, p. 345-350.

²¹¹ Ídem, p. 348.

²¹² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 1999, pp. 354-360.

No obstante, finalmente, el autor se pronuncia claramente por la concepción de una culpa en términos objetivos:

“La diligencia que debe ser tenida en cuenta [en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual] es, por consiguiente, la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable, de acuerdo con un tipo medio”²¹³.

En el Derecho peruano, durante la vigencia del Código Civil de 1852, el elemento de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, fue interpretado a través de un criterio psicológico-moral. En ese sentido, José Manuel Augusto Olaechea –jurista que propugnaba por la instauración de una responsabilidad por riesgo en la reforma del Código Civil de 1852-, reconocía que:

“La noción eminentemente moral de la falta es hoy la única medida legal de la responsabilidad civil delictual en el Perú”²¹⁴.

La aplicación de la noción psicológica de la culpa, que Olaechea denominaría “concepto tradicional de la falta”, aparece confirmado en el hecho que la responsabilidad civil era negada para el caso de las personas inconscientes:

“El concepto tradicional de la falta como fuente de responsabilidad resulta transformado también en lo que atañe a la responsabilidad de las personas inconscientes. Códigos tan progresivos y justamente celebrados como los de Suiza y Alemania acuerdan una indemnización a la víctima del daño causado por un enajenado, salvo el caso en que con ella quedase el loco reducido a la mendicidad”²¹⁵.

²¹³ Ídem, p. 361.

²¹⁴ Citado por CALLE, Juan José. Código Civil del Perú. Anotado con las modificaciones que contendrá el Proyecto de Nuevo Código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora, creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Lima: Gil, 1928, p. 702.

²¹⁵ Ídem, p. 703.

Sin embargo, comentando el artículo 1969° del Código Civil de 1984, Fernando de Trazegnies señala que dicha norma recoge el criterio de la culpa para identificar al responsable, pero que nada en su texto indica si la apreciación de la culpa debe practicarse *in abstracto* o *in concreto*²¹⁶. Ante dicha situación, el autor sienta su posición optando por la culpa *in abstracto*:

*“Pensamos que este artículo sólo puede referirse a aquéllo que antes hemos denominado "culpa objetiva", ya que la culpa considerada en sus aspectos absolutamente subjetivos pertenece más bien al campo de la Moral que al del Derecho”*²¹⁷.

Posición contraria es asumida por Gastón Fernández, quien, a partir de una interpretación concordada con el artículo 1320° del Código Civil, considera que el criterio de valoración de la culpa en materia de responsabilidad extracontractual es el de la valoración *“in concreto”*:

*« [...] mientras subsista la regulación legal de valoración “in concreto” de la culpa en sede contractual (artículo 1320 del Código Civil), será difícil – y en nuestra opinión imposible- pretender defender la existencia de dos tipos de valoraciones diferentes para la culpa en el Código Civil peruano: una “in concreto” aplicable en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones y otra “in abstracto” aplicable en materia de responsabilidad extracontractual »*²¹⁸.

En realidad, la posición de Gastón Fernández tiene como presupuesto la unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil. Sin embargo, lo cierto es que las normas sobre responsabilidad civil extracontractual no establecen ningún criterio de valoración de la culpa. Por lo que, en silencio de la norma, compete al operador jurídico la interpretación del criterio de valoración.

²¹⁶ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo I, p. 141.

²¹⁷ Loc. cit.

²¹⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., p. 256.

Por nuestra parte, consideramos que no se debe dar la espalda a la evolución de la noción de la culpa en el Derecho comparado, máxime cuando esta evolución pretende dar respuesta a supuestos que, de lo contrario, ameritarían interpretaciones forzosas para su solución; tal es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

Por otro lado, nuestra jurisprudencia parece haber optado, también, por la verificación de la culpa en términos abstractos, aun cuando esta tendencia no es declarada expresamente. No obstante, de Trazegnies recoge alguna jurisprudencia que sí pronuncia, abiertamente, el acogimiento de la culpa objetiva²¹⁹.

2.3. La antijuricidad en el sistema de responsabilidad civil extracontractual peruano

La antijuricidad constituye uno de los elementos de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano, y ello pese a que el Código Civil de 1984 no contiene un disposición que haga referencia expresamente a la ilicitud, injusticia o a la antijuricidad.

Existe un sector de la doctrina peruana, sin embargo, que niega que la antijuricidad sea un elemento de la responsabilidad civil, basándose, precisamente, en su ausencia dentro de las disposiciones del Código, a diferencia de lo que sucede con otros códigos en el Derecho comparado. En realidad, esta posición doctrinaria tiene su razón de ser en la confusión de la antijuricidad con la culpa.

Por nuestra parte, consideramos que la antijuricidad tiene una función de vital importancia en la responsabilidad civil, que consiste en la selección de los intereses susceptibles de resarcimiento a través de las reglas de la

²¹⁹ Así, en las Ejecutorias citadas por TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit. Tomo I, pp. 144-146.

responsabilidad civil²²⁰. En efecto, el instituto de la responsabilidad civil no otorga resarcimiento frente a todo tipo de daño²²¹, sino que la regla general es, por el contrario, que el perjuicio permanece en la esfera del sujeto perjudicado.

Existen daños que, a pesar de haber sido producidos de forma consciente, no dan lugar a resarcimiento, en atención a que el ordenamiento jurídico brindó protección al interés contrapuesto. Es decir, se trata de perjuicios contra intereses subordinados a otros que sí son considerados susceptibles de tutela, y que son, por tanto, intereses prevalentes. Y es que, frente a un escenario de contraposición de intereses, el ordenamiento jurídico cumple la función de seleccionar aquellos intereses que serán merecedores de tutela.

Según Pietro Trimarchi, en un sistema de atipicidad de actos ilícitos –como vendría a ser el caso de la responsabilidad extracontractual peruana-, la tarea de determinar el concepto de injusticia del daño le corresponde al intérprete, principalmente a través de la valoración de dos intereses contrapuestos: el interés amenazado por cierto tipo de conducta y el interés que el agente pretende realizar con dicha conducta²²².

La antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil se ve confirmada por el artículo 1971° del Código Civil, el cual establece una serie de supuestos en los que el daño producido es conforme a derecho, vale decir, lícito. Tal es el caso

²²⁰ En este sentido, la antijuricidad sería un medio para delimitar hasta dónde llega la imputación de daños a una persona, pues, para que haya responsabilidad, se requiere que el resultado dañoso esté prohibido por la ley o por el contrato. Cfr. ESSER, Josef citado por SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit., p. 29.

²²¹ *“El Derecho no acepta todos los daños como fundamento para una demanda de responsabilidad civil. Si usted me derrota en el tenis o en una competencia por el cariño de otra persona, puede que yo resulte dañado y que usted sea la causa de ello, pero yo no tendré una acción en responsabilidad civil para reparar mi corazón roto o mi ego maltrecho. [...] El daño debe ser ilícito. Para ser responsable ante otros, debe existir una responsabilidad previa frente a ellos, una responsabilidad constituida por la obligación de no dañarles”*. COLEMAN, Jules L. “Teorías del Derecho de Daños”. En: FABRA, Jorge y ORTEGA, Santiago. Hacia una nueva Teoría de la Responsabilidad Extracontractual. Memorias del Primer Seminario Internacional de Teoría del Daño y la Responsabilidad Civil. Lima: Jurista Editores, 2012, pp. 30-31.

²²² TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato, 12ma edizione. Milano: Giuffrè, 1998, pp.121-123.

del ejercicio regular de un derecho, de la legítima defensa y del estado de necesidad.

El artículo 1971° tiene razón de ser en tanto está referido al elemento de la antijuricidad, estableciendo los casos que no son antijurídicos, de la misma forma como el artículo 1972° está referido a las causas de ruptura del nexo causal, estableciendo los casos donde no existe relación de causalidad.

Obsérvese que el fundamento de la antijuricidad no es solamente el numeral primero del artículo 1971° (ejercicio regular de un derecho), sino, más bien, todos los supuestos contenidos en dicho dispositivo; puesto que en todos esos casos estamos ante una conducta permitida y tutelada por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, coincidimos con Javier Pazos cuando menciona que:

“A mayor abundamiento, la intención del legislador parece clara: regular supuestos en los cuales no hay responsabilidad, lo que es manifiestamente diferente a regular supuestos en que no hay lugar a indemnización. Por supuesto, esto no es tan solo una cuestión de opción legislativa y, menos aún, una cuestión terminológica. Los supuestos contemplados en el artículo 1971, de acuerdo a lo que venimos mencionando (y de conformidad con lo que desarrollaremos más adelante) son, de suyo, hechos no antijurídicos”²²³.

En el Derecho peruano, Lizardo Taboada ha defendido la necesidad del elemento de la antijuricidad, tanto para la responsabilidad contractual como la extracontractual²²⁴; y la ha definido como la contravención a una norma

²²³ PAZOS HAYASHIDA, JAVIER. “Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: hechos dañosos justificados”. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo X, 3ra edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 108.

²²⁴ “[...] resulta evidente, por la propia fuerza de los conceptos y de los hechos, que siempre es necesaria una conducta que sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual”. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “¿Es la antijuricidad un requisito fundamental de la Responsabilidad Civil Extracontractual?”. En: Advocatus. Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Época I, no. 6, 1994, p. 54.

imperativa, a los principios que conforman el orden público o a las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres²²⁵.

Por su parte, Javier Pazos precisa que la antijuricidad entrañaría un juicio de desvalor que concierne al resultado²²⁶; mientras que Juan Espinoza refiere que la ilicitud –término que el autor prefiere en lugar de antijuricidad- puede encontrarse tipificada, el cual sería el caso de la responsabilidad contractual; o podría regirse por el principio de atipicidad, que vendría a ser el caso de la responsabilidad extracontractual²²⁷.

Por lo tanto, la antijuricidad es un requisito para el surgimiento del deber de resarcir, tanto en los supuestos de responsabilidad subjetiva como en los supuestos de responsabilidad objetiva. Y ello pese a que los artículos correspondientes a la sección de responsabilidad extracontractual no lo recogen expresamente.

No obstante lo expuesto, un sector de la doctrina considera que la antijuricidad no es un elemento de la responsabilidad civil. Sin embargo, esta postura vincula la antijuricidad con la culpabilidad. Por lo que, considerando que el Código Civil de 1984 no basa la responsabilidad civil exclusivamente en la culpa, tampoco la antijuricidad sería un elemento imprescindible para el nacimiento de la obligación resarcitoria.

Así, por ejemplo, Gastón Fernández señala que:

« Afirmar que “no hay responsabilidad sin culpa” resulta lo mismo que decir que sólo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos sólo serán imputables a una actuación antijurídica: el proveniente de todo comportamiento humano que, de

²²⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op. cit., 2015, pp. 45-68.

²²⁶ PAZOS HAYASHIDA, JAVIER. Op. cit., p. 108.

²²⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, 7ma edición. Lima: Rodhas, 2013, p. 98.

manera dolosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido.

La ilicitud, entonces, sólo puede existir de mediar culpa en un sujeto »²²⁸.

La razón de esta confusión se debe a que en los códigos civiles precedentes el fundamento de la responsabilidad civil se hallaba en la culpa. Con el Código Civil de 1852, la culpa –en sentido lato- daba lugar a delitos o cuasidelitos. Del mismo modo, con el Código Civil de 1936, la culpa daba lugar a actos ilícitos. En ese sentido, es natural que el concepto de antijuricidad y culpabilidad hayan permanecido en una síntesis.

Prueba de lo expuesto son los comentarios de Alfredo Solf y Muro en relación al Código Civil de 1852, quien entiende que los actos ilícitos son los cometidos con culpa:

« Aun cuando nuestro Código Civil no incluye el concepto de la falta en el precepto que impone la indemnización del daño, el pensamiento del artículo 2191 no ha sido, por cierto, el de la responsabilidad objetiva, tanto por la época en que se dictó el Código y las fuentes que lo inspiraron, cuanto porque dicho artículo está precedido del que define los actos ilícitos en el sentido de que son los cometidos por culpa (art. 2190) y, además, está comprendido en el Título que tiene por lema “Obligaciones que nacen de delitos y de cuasidelitos” »²²⁹.

En el mismo sentido, haciendo referencia a lo sucedido en los códigos civiles anteriores, Fernando de Trazegnies ha señalado que:

“Para una responsabilidad extracontractual basada exclusivamente en el principio de la culpa, la obligación de pagar una indemnización no tenía otra justificación que la ilicitud de la conducta dañina. Por ese motivo, toda responsabilidad que no tuviera por fuente un contrato solo podía estar

²²⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., p. 245.

²²⁹ CALLE, Juan José. Op. cit., p. 712.

fundada en un acto ilícito. Por el contrario, las teorías ajenas a la culpa (las diversas variantes de la teoría objetiva y de la teoría de la difusión social del riesgo) han sostenido que hay otras razones que justifican también el pago de una indemnización; razones basadas en el buen orden y correcta distribución de los riesgos dentro de la sociedad, que exigen la reparación de la víctima pero que no pretenden necesariamente descubrir a un culpable ni sancionarlo”²³⁰.

La confusión entre ilicitud y culpabilidad ha sido evidenciada también en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, en el Derecho italiano, Luigi Corsaro señala que al hablar el Código Civil de 1865 de “actos” ilícitos, de delitos y cuasidelitos, pero no de “hechos” ilícitos o dañosos (como el Código Civil de 1942), *“la ley parece anclar la ilicitud del acto en la subjetividad de su autor, y negar la objetiva antijuricidad de los acontecimientos lesivos y de los comportamientos”²³¹.*

Y es que, durante el siglo XIX, el instituto de la responsabilidad civil, al igual que otros institutos del Derecho Civil (contratos, negocio jurídico), se verá imbuido por la concepción voluntarista, en la que el hombre decide plenamente crear relaciones jurídicas, conforme a derecho, o, por el contrario, transgredir las normas jurídicas, y, consiguientemente, el derecho de los demás²³².

²³⁰ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit., Tomo I, p. 127.

²³¹ CORSARO, Luigi. Op. cit., p. 153.

²³² “[...] el concepto de acto o negocio jurídico estuvo estrictamente ligado, desde su génesis misma, con el concepto de autonomía de la voluntad en el campo del derecho, y quedó, desde entonces, directamente subordinado, en los sistemas al concepto, más amplio, de la libre acción productora de consecuencias jurídicas”. FERRINI citado por LEÓN HILARIO, Leysser L. “Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas”. En: Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del Código civil italiano. Lima: ARA, 2004, p. 68. “En base a las consecuencias jurídicas de todo acto humano, hallamos un amplio concepto de responsabilidad, entendiéndolo esta expresión en su sentido más amplio, incluso al etimológico: el hombre libre responde de los actos por él realizados. Así, hecha una promesa, se responde de su cumplimiento; causado a otro un mal injustamente, se responde del resarcimiento de daños; etc.”. TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 144.

Es de este modo que la ideología liberal de la época tuvo su reflejo en el reproche moral que significaba declarar civilmente responsable a una persona por sus actos. Al respecto, Clemento de Diego señala que:

“En una filosofía espiritualista como la que domina el cuerpo del Derecho civil, no se concibe el delito sin un agente responsable moralmente de sus actos”²³³.

A la confusión entre ilicitud y culpabilidad coadyuvaron también los textos normativos, puesto que la tendencia codificadora tradicional fue la de tratar la responsabilidad extracontractual como la figura del ilícito civil, o del delito y cuasidelito civiles²³⁴.

En efecto, considerando que la responsabilidad civil era aquella obligación de resarcimiento originada por el ilícito o el delito civil, y siendo la culpa el único fundamento de la responsabilidad, es normal que se haya entendido que la síntesis ilicitud-culpabilidad estuviera respaldada por la ley. Es por ello que resulta natural que los códigos civiles derivados del *Code Napoleon* no haya contenido una norma expresa que exigiera el elemento de la antijuricidad.

Gastón Fernández reseña que en las nociones sobre la culpa; desarrolladas por la doctrina civilista comparada de los siglos XVII, XVIII, XIX y primeras cuatro décadas del siglo XX; comprenderían un aspecto objetivo, que vendría a constituir la ilicitud:

« La culpa consiste necesariamente en un error de conducta y, por ende, es siempre un obrar humano, que atribuye un hecho ilícito a su autor, con lo que normalmente se reconoce en la culpa, de un lado, un componente

²³³ CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe. Op. cit., p. 401.

²³⁴ El Código Civil francés regula la responsabilidad extracontractual bajo la denominación de: *“Des délits et des quasi-délits”* (Libro III, Título IV, Capítulo II). El Código Civil italiano de 1865 regulaba la figura *“Dei deliti e dei quasi-deliti”* (Libro III, Título IV, Capítulo I, Sección III), mientras que el Código Civil italiano de 1942 regula actualmente la figura *“Dei fatti illeciti”* (Libro Cuarto, Título IX). Sin embargo, tenemos que el Código Civil español regula directamente *“las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”* (Libro IV, Título XVI, Capítulo II).

“objetivo”, que no es sino la herencia romana de la “lex aquilia” y del elemento “iniuria”, cuyo efecto central sería el de determinar la unión indisoluble de las nociones de “culpa” y “hecho ilícito”; y, de otro, un componente “subjetivo” que es el “...elemento psicológico que distingue el acto ilícito de la simple violación del derecho ajeno... y, como tal, expresa “...un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso...” »²³⁵.

No cabe duda, entonces, que la negación del elemento de la antijuricidad se debe a una vinculación sintética de éste con la culpabilidad. El Código Civil de 1984 no establece a la culpa como único criterio de imputación; por lo que, de la mano con la doctrina contemporánea, se debe rechazar este tipo de vinculación.

Si bien en el Derecho peruano, al no haber acogido expresamente la antijuricidad o ilicitud en nuestras normas sobre responsabilidad extracontractual, no nos encontramos obligados a proponer nuevas interpretaciones con respecto al requisito de la ilicitud, diferenciándolo del requisito de la culpa²³⁶; debemos contestar que la antijuricidad se presenta como reflejo inherente a la función del ordenamiento jurídico de selección de intereses.

Finalmente, debemos señalar que la jurisprudencia peruana es unánime en considerar a la antijuricidad como un elemento de la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 16 de mayo de 2011, expedida por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Los Olivos en el expediente N° 989-2008, sobre responsabilidad por los daños causados por dos canes de raza pitbull terrier. En el Considerando Cuarto de la Sentencia, el Juzgado desarrolla los elementos de la responsabilidad civil, los cuales serían: la antijuricidad, el daño,

²³⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “De la culpa ética a la Responsabilidad Subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). En: Themis. Revista de Derecho, no. 50, p. 240.

²³⁶ « Resulta claro, entonces, que en el Perú no nos encontramos obligados a realizar ninguna “relectura” del sistema de responsabilidad extracontractual, pues al haberse abandonado la categoría de los “hechos ilícitos”, debe entenderse abandonado el principio “ninguna responsabilidad sin culpa” como regla única y exclusiva de responsabilidad ». FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., p. 247.

la relación de causalidad y el factor de atribución. Con respecto a la antijuricidad, el Juzgado señala que:

“Por la antijuricidad, entendemos que no basta que la conducta perjudicial contravenga una norma jurídica, ante lo cual estaríamos ante conductas típicas, sino que dicha conducta viole el sistema jurídico en general, en cuanto dañe valores o bienes jurídicamente tutelados por el Estado”.

Los cuatro elementos de la responsabilidad civil también son apuntados en la Sentencia de fecha 15 de julio de 2011, expedida por la Primera Sala Civil de Ica en el expediente 1751-2008, sobre responsabilidad por el abuso del derecho de interponer recursos y medios de defensa en procesos judiciales. Con respecto al elemento de la antijuricidad, la Sala precisa en su Considerando Sexto que:

“Conducta antijurídica del autor, que se presenta no sólo cuando se haya producido daño mediante la conducta prohibida por normas jurídicas específicas, sino también en todos los demás casos en los cuales, la conducta, aun cuando no esté prevista específicamente en una norma jurídica, por sí misma sea contraria a derecho. Es antijurídica por contravenir el orden público o las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas, o el criterio social predominante”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el máximo intérprete de la Constitución, en la Sentencia recaída en el expediente N° 0001-2005-PI/TC, sobre inconstitucionalidad de los artículos 29° y 30° de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre. En efecto, el Tribunal Constitucional señala, en su fundamento jurídico N° 24, que:

“En estos términos, queda claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos criterios de responsabilidad civil bajo los cuales toda acción o conducta que genera daños y perjuicios, dependiendo de la existencia de una obligación o sin ella, así como del cumplimiento de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución), trae como consecuencia

el resarcimiento indemnizatorio a favor de la víctima, por lo que sólo bajo estos criterios se desarrollan fórmulas indemnizatorias”.

Es más, para la jurisprudencia peruana, el elemento de la antijuricidad es de tal importancia que, de no verificarse, implica el no surgimiento del deber resarcitorio. Así, en la Casación N° 3230-2000-Ayacucho, de fecha 09 de marzo de 2001, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, sobre responsabilidad por los daños derivados de la captura y depósito de un vehículo. La Sala establece en su Considerando Segundo que:

“Que, el requisito de antijuricidad del hecho imputado presupone la existencia de un hecho ilícito que supone la verificación de una conducta contraria a derecho, que da origen a una responsabilidad indemnizatoria, en sentido inverso, cuando el actuar del sujeto es conforme a derecho o cuando existe alguna causa de justificación que convierta en lícita la conducta dañosa, no habrá responsabilidad indemnizatoria por cuanto no se habrá cumplido con el requisito de la antijuricidad”.

Por tanto, pese a la negativa de una parte de la doctrina, en la práctica jurídica, la antijuricidad se revela como un verdadero elemento de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano.

2.4. Responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas en el ordenamiento peruano

Es común encontrar, en la doctrina peruana, autores que sostienen que la responsabilidad civil de las personas jurídicas es exclusivamente de carácter objetivo, y que la norma aplicable vendría a ser el artículo 1981° del Código Civil, sobre responsabilidad de los comitentes por los actos de sus subordinados.

Nuestra posición es la contraria. La responsabilidad civil de las personas jurídicas no es exclusivamente de carácter objetivo, sino que puede ser también de carácter subjetivo; y ello como consecuencia de la evolución de la responsabilidad subjetiva al que hicimos referencia en el punto 2 del presente

capítulo. Asimismo, la responsabilidad de las personas jurídicas, no es siempre una responsabilidad por hecho ajeno, sino que puede ser también una responsabilidad de tipo directo.

Sostener lo contrario implicaría que una serie de supuestos dañosos quedarían fuera del remedio resarcitorio, pudiendo ser abordados sólo bajo una interpretación forzada del artículo 1981° del Código Civil. Nos estamos refiriendo a los daños producidos no por personas subordinadas a las personas jurídicas, sino por parte de sus mismos representantes (gerentes, directores, administradores); daños no imputables a personas naturales, como los daños anónimos o los daños que son resultado de una omisión (defecto de la organización)²³⁷.

La responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas en el ordenamiento peruano puede basarse, al igual que en la responsabilidad de las personas naturales, en las genéricas normas sobre responsabilidad subjetiva y objetiva, o en las normas sobre responsabilidad por las cosas o por hecho de tercero. En los dos primeros supuestos la responsabilidad es de tipo directa, mientras que en los dos últimos supuestos la responsabilidad es de tipo indirecta.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas es natural consecuencia de considerarlas como sujetos de derecho, vale decir, como centros de imputación de derechos y obligaciones, y de reconocerles capacidad jurídica²³⁸. En ese sentido, la persona jurídica goza de derechos patrimoniales e incluso de algunos derechos de la personalidad, y puede asumir obligaciones y crear relaciones jurídicas, a través de sus representantes.

²³⁷ Lamentablemente, este tipo de casos están siendo abordados por nuestros tribunales sobre la base de una interpretación forzada del artículo 1981° del Código Civil. Véase, CARREÓN ROMERO, José Francisco. "El autor anónimo en la responsabilidad civil". En: AA.VV. Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 307-310.

²³⁸ Según Juan Espinoza, la persona jurídica tendría capacidad de goce por el simple hecho de ser considerada sujeto de derecho, mientras que su capacidad de ejercicio sería actuada a través de la representación orgánica y la representación voluntaria. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones no inscritas. Tomo II, 6ta edición. Lima: Grijley, 2012, pp. 61-70.

Si es que a la persona jurídica le son imputables los actos de sus representantes como si se tratasen de sus propios actos, también le son imputables los actos susceptibles de generar la obligación de resarcimiento, previstas en la sección correspondiente a la responsabilidad extracontractual²³⁹.

No existe motivo justificado para afirmar que la persona jurídica sólo asume obligaciones a través de actos lícitos, como el contrato o los negocios jurídicos. Las personas jurídicas también están obligadas a resarcir los daños que cometan a través de sus omisiones, y de los actos ilícitos de sus órganos.

a) Responsabilidad directa de las personas jurídicas

La responsabilidad de las personas jurídicas puede ser de tipo directo o indirecto. En el primer caso, son aplicables los criterios de la culpa y del riesgo. En el segundo caso, son aplicables los artículos 1979°, 1980° y 1981° del Código Civil, los cuales establecen una responsabilidad sin culpa, pero cuyo fundamento todavía genera controversias²⁴⁰.

Es por ello que no estamos de acuerdo con la posición que sostiene que sólo el artículo 1981° puede originar la responsabilidad de las personas jurídicas. Dicha norma es muy clara al señalar que existe un vínculo de subordinación entre el autor material del daño y el sujeto responsable. Por lo que, se impone la interrogante, ¿qué ocurre cuando la persona que comete el daño no está sujeta a ningún vínculo de subordinación, sino que se trata, más bien, del titular de la persona jurídica? ¿No debería surgir, con mayor razón, a cargo de la persona jurídica, la obligación de resarcir los daños que dichas personas causasen en el ejercicio de sus funciones?

²³⁹ Para estos efectos, resulta especialmente relevante la teoría del órgano, formulada por Otto Von Gierke en el Derecho alemán. Según GIANNINI, Massimo Severo. "voz Organi". En: Enciclopedia del diritto, XXXI. Milano: Giuffrè, 1981, p. 37, los autores alemanes coinciden en que fue Gierke quien, por vez primera, introdujo la noción de órgano, y que fue Hugo Preuss quien, por vez primera, presentó un desarrollo teórico sistemático al respecto.

²⁴⁰ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit., Tomo I, pp. 519-525.

El artículo 1981° no resulta suficiente para dar solución a una serie de supuestos que exigen un resarcimiento a cargo de la persona jurídica, puesto que dicha norma regula solamente un supuesto de responsabilidad indirecta. En efecto, la norma en comentario menciona expresamente al autor directo e indirecto del daño:

“Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

La tesis de que la responsabilidad de las personas jurídicas era solo de tipo indirecto ya fue superada por la doctrina más moderna, la cual, a partir de la teoría del órgano, afirmó que la responsabilidad de las personas jurídicas podía ser también de tipo directo. Santos Morón da cuenta de esta tendencia en el derecho comparado:

*“[...] en el Derecho comparado suele distinguirse entre la responsabilidad en que puede incurrir la asociación como consecuencia de los ilícitos dañosos cometidos por sus órganos y la responsabilidad en que puede incurrir como consecuencia de los actos de sus dependientes. [...] Cuando la asociación responde por los actos de sus órganos estamos ante un supuesto de **responsabilidad directa y por hecho propio**, ya que los ilícitos civiles cometidos por sus órganos en el ejercicio de sus funciones, en tanto éstos personifican a la entidad y su voluntad equivale a la voluntad de la persona jurídica, se consideran directamente imputables a la misma. Cuando la asociación responde a consecuencia de los ilícitos de sus dependientes estamos ante un supuesto de **responsabilidad indirecta o por hecho ajeno**”²⁴¹.*

²⁴¹ Sin embargo, la autora refiere que, no obstante la diferenciación teórica entre la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas, en la práctica tiene a difuminarse la diferencia entre una y otra hipótesis. Así, por ejemplo, en el Derecho francés se imputa directamente responsabilidad a la persona jurídica sin indagarse qué persona física cometió la *“faute”*. En el derecho italiano, basta la inserción de la persona causante del daño en la estructura organizativa del ente para que se genere responsabilidad a cargo de la persona jurídica, sin especificarse la naturaleza directa o indirecta de dicha

En el Derecho francés, ya en 1951, René Savatier señalaba que la persona jurídica es responsable civilmente, de forma directa, por los daños que ocasionara el órgano social, siempre que actuara en nombre de aquélla, puesto que es necesario que se verifique una “*faute de service*”²⁴².

En el Derecho español, la doctrina y jurisprudencia ha identificado la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el artículo 1902° del Código civil de 1889, mientras que la responsabilidad indirecta estaría regulada en el numeral 4 del artículo 1903°:

*“[...] la asociación va a responder extracontractualmente frente a terceros: de un lado, cuando el ilícito dañoso haya sido cometido por una persona física individualizada que forme parte de un órgano de la asociación (en este caso la asociación responderá ex art. 1.902, en tanto el hecho dañoso cometido por los órganos es imputable a la propia entidad); de otro, cuando el daño haya sido causado por un empleado o dependiente de la asociación y se den los presupuestos para considerarla responsable ex art. 1.903.4 C.c.”*²⁴³.

En el derecho peruano, la mayor parte de la doctrina sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas es exclusivamente de tipo indirecto, debiendo aplicarse el artículo 1981°. Así, por ejemplo, Zuñiga Rodríguez señala que:

“En efecto, ha de partirse que en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea civil, mercantil o administrativa, siempre

responsabilidad. En el derecho alemán, la persona jurídica responde directamente de los actos de todos los que hayan actuado externamente como representantes de la asociación. SANTOS MORÓN, María José. La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos. Madrid: lustel, 2007, pp. 162-166.

²⁴² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. Tome I. Deuxième édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, pp. 258-259.

²⁴³ SANTOS MORÓN, María José. *Op. cit.*, p. 177.

estamos ante una responsabilidad vicaria (vicarias liability), esto es, es un sujeto quien actúa y otro, la persona jurídica, quien responde”²⁴⁴.

Adicionalmente, dicho tipo de responsabilidad (indirecta) ha sido concebida, en un primer momento, como una responsabilidad por culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”, y, posteriormente, se le concibió como una responsabilidad de tipo objetiva, bajo el criterio del riesgo de empresa. Así, comentando esta modalidad de responsabilidad, Juan José Calle señala que:

“La responsabilidad que el Código Civil atribuye a los padres, maestros, patrones, (artículos 2191 y 2192); a los comitentes o portadores, (artículo 1639, segunda parte), y en general la que proviene de los hechos enumerados en el artículo 2198, como lo hace notar el señor Olaechea, no se deriva rigurosamente hablando, de la noción de la falta, y su fundamento está efectivamente en la doctrina del riesgo creado, proveniente de la idea de Empresa, que, también en nuestro concepto, resulta más equitativa y justa; porque es evidente que “cuando un hecho causa a otro un perjuicio el que debe soportar sus consecuencias es el autor y no la víctima”²⁴⁵.

Asimismo, Gálvez Villegas señala que:

“La responsabilidad, en el caso del responsable directo, se fundamenta en su calidad de autor del hecho a través del cual se originó el daño y el factor de atribución de responsabilidad ordinariamente es subjetivo (dolo o culpa), pero también puede tratarse del factor objetivo riesgo creado [...]. En cambio, en el caso del tercero, el factor de atribución solo puede ser cualquiera de los factores objetivos (riesgo creado, solidaridad,

²⁴⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito. A propósito de la sentencia del caso Crousillat”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, no. 96, setiembre, 2006, p. 59.

²⁴⁵ CALLE, Juan José. Op. cit., p. 712.

garantía de reparación y equidad); pues si hubiera mediado dolo o culpa en su actuar ya no será tercero sino causante y responsable directo”²⁴⁶.

En el mismo sentido, en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 se señaló, con respecto al artículo 1981°, que:

“Otro caso de la responsabilidad indirecta es el comprendido en el artículo 1981, en cuanto se atribuye responsabilidad al empleador por razón del daño producido por su empleado dentro de las circunstancias que se indica, expresándose que ambos responsables lo son con responsabilidad solidaria. Se puede considerar que hay una responsabilidad objetiva atribuible al empleador, salvo que se piense que existe una culpa in eligendum”²⁴⁷.

No obstante, la posibilidad de imputar responsabilidad directa a las personas jurídicas ha sido sostenida por Felipe Osterling y Mario Castillo, quienes contradicen la tesis opuesta asumida por Juan Espinoza:

“Respecto al tipo de responsabilidad que asumiría [la persona jurídica], pensamos, a diferencia de Espinoza Espinoza, que ella no siempre es refleja [léase, indirecta]. Para tal efecto nos basamos en la teoría organicista. Esta teoría, como ya tuvimos ocasión de observar, otorga la posibilidad de que la persona jurídica responda de manera directa por los actos cometidos por sus órganos cuando éstos no excedieron sus funciones o facultades y actuaron de conformidad al estatuto y a la ley”²⁴⁸.

²⁴⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. “Tercero civil en el proceso penal. Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, no. 96, setiembre, 2006, p. 48.

²⁴⁷ LEÓN BARANDIARÁN, José. “Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual”. En: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Código Civil. Volumen VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Lima: Grafotécnica, 1988, p. 208. Compilado por Delia REVOREDO DE DEBAKEY.

²⁴⁸ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes”. En: Revista Jurídica del Perú, año LIII, no. 47, junio, 2003, p. 16.

En realidad, también Juan Espinoza da a conocer la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, fundada sobre la base de la teoría del órgano:

« En la actualidad, la persona jurídica responde directamente de los ilícitos realizados por las personas físicas que han actuado en su nombre y por su cuenta. Las personas físicas son “órganos” del ente y sobre la base de la relación orgánica, todo acto suyo, cumplido en dicha calidad, es imputable directamente al ente »²⁴⁹.

No obstante, el autor señala, finalmente, que existen dos modelos jurídicos en lo que respecta a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, y el Código Civil peruano habría escogido regular dicha responsabilidad solamente a través de la responsabilidad indirecta:

“Sin embargo, se debe tener en cuenta que existen dos modelos jurídicos que enfrentan el problema de la responsabilidad civil de la persona jurídica:

- 1. Aquellos que prevén específicamente este supuesto de hecho, como el código alemán (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), así como el argentino, mexicano, boliviano, paraguayo, entre otros.*
- 2. Aquellos que no lo hacen, en cuyo caso, se opera una interpretación extensiva del supuesto de hecho legislativo previsto para la responsabilidad del principal, como en el modelo italiano (artículo 2049 C.C.it.) y peruano (artículo 1981 C.C.p.).*

Los modelos previstos en el primer grupo, se basan en los criterios de la teoría orgánica [...] y, en el segundo grupo, los modelos jurídicos han sido

²⁴⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Sobre la importancia de considerar como supuesto de hecho autónomo a la responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COAGUILA (dir). Instituciones de Derecho Privado. Responsabilidad civil. Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales. Responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado. Tomo 5. Lima: Grijley, 2006, p. 475.

*diseñados para una relación de delegación, vale decir, de interposición*²⁵⁰.

En la misma línea, Morales Hervias afirma que la responsabilidad por hecho ajeno, regulada en el artículo 1981° de nuestro Código Civil, deriva del artículo 2049° del Código Civil italiano de 1942:

*« En el actual estado de las cosas “parece” que debemos aplicar sin dudas, el artículo 1981 del CC que tiene como antecedente el artículo 2049 del Código Civil italiano de 1942. Esta última imputa responsabilidad no solamente a quien ha causado el daño sino también a quien asume el riesgo respectivo »*²⁵¹.

No concordamos con la interpretación de Juan Espinoza. A nuestro parecer, no hace falta una norma expresa que regule la responsabilidad directa de las personas jurídicas, toda vez que la responsabilidad por hecho propio, que es la regla general, está regulada amplia y suficientemente en los artículos 1969° y 1970° del Código Civil -normas que son totalmente aplicables también a las personas jurídicas.

Compartimos, sin embargo, la preocupación de Morales Hervias, quien, a pesar de sostener que la única norma aplicable sería el artículo 1981° del Código Civil, indica que la no recepción de la teoría del órgano en nuestro Código Civil podría comportar graves problemas hermenéuticos:

“De lo expuesto podemos argüir que el artículo 1981 está fundamentado en el criterio de imputación de riesgo de la empresa. Pero dicha norma es insuficiente para aplicarla a la responsabilidad civil de las personas jurídicas. Decimos insuficiente porque la imputación orgánica no es explícita en el CC y ello puede comportar graves problemas

²⁵⁰ Ídem, p. 476.

²⁵¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Persona jurídica como civilmente responsable. Una infeliz o feliz vinculación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, no. 96, setiembre, 2006, p. 67.

hermenéuticos –por ejemplo, en orden a los actos ilícitos civiles y penales, y de sus consecuencias- que merecen soluciones más claras y adecuadas por la importancia de los intereses en juego”²⁵².

Adviértase que, si la responsabilidad de la persona jurídica se basaría exclusivamente bajo el artículo 1981° del Código Civil, ello implicaría limitar la eficacia de los artículos 1979° y 1980° a las personas naturales. De modo que, no habría ningún responsable frente a daños cometidos por animales o como consecuencia de caída de edificios, cuando el propietario sea una persona jurídica, quedando el perjudicado totalmente desprotegido.

También nuestra jurisprudencia ha afirmado la responsabilidad directa de las personas jurídicas, negando que su responsabilidad sea sólo de naturaleza vicarial, vale decir, indirecta. Así, por ejemplo, la Sentencia de fecha 08 de agosto de 2006, expedida por la Segunda Sala Penal Especial, recaída en el expediente N° 011-2001, que resolvió declarar como tercero civil responsable a la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, imponiéndole como reparación civil al Estado peruano el monto de S/.80,000,000.00 Nuevos Soles. El fundamento jurídico 91 de dicha sentencia sostiene que:

“Esta responsabilidad no se funda en una responsabilidad puramente vicarial, en la que si el subordinado no es responsable (subjetivo) entonces no habrá responsabilidad (objetiva) del principal, pues existen casos en los que aun cuando la responsabilidad del subordinado, no se acredita, igualmente responde el principal, ello porque su fundamento radica en la actividad misma de la empresa o del principal y no por una garantía frente a los actos de los subordinados. La responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta, es directa por su propia actividad”²⁵³.

²⁵² Ídem, p. 70.

²⁵³ En el F.J. 92°, la Sala intenta identificar tres (03) requisitos para el surgimiento de este tipo de responsabilidad directa de las personas jurídicas: a) una relación de subordinación, b) que el subordinado que ocasione daños, y c) que existe una relación de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño.

La responsabilidad directa de la persona jurídica también fue afirmada en la Sentencia expedida por la Séptima Sala Civil de Lima, de fecha 20 de setiembre de 2011, recaída en el expediente N° 47903. La Sala determinó la responsabilidad extracontractual directa del Banco Interamericano de Finanzas, sin invocación del artículo 1981° o alegación a la responsabilidad vicaria, por los daños al honor profesional y reputación económica del demandante, producidos como consecuencia del reporte de una supuesta deuda ante el INFOCORP.

Cabe mencionar que la dualidad responsabilidad directa-indirecta se presenta también en sede contractual, en la que las personas jurídicas responden por el incumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con el artículo 1321° y siguientes del Código Civil²⁵⁴. Del mismo modo, la persona jurídica responde indirectamente cuando se vale de terceros para el cumplimiento de su obligación, incluso de los hechos dolosos y culposos de éste, de conformidad con el artículo 1325° del Código Civil.

b) Responsabilidad subjetiva de las personas jurídicas

La responsabilidad subjetiva prescrita en el artículo 1969° es totalmente aplicable a las personas jurídicas, aun cuando no pueda predicarse voluntad en un ente abstracto, al menos no de la misma forma como se presenta la voluntad en las personas naturales.

Como ya se ha referido en el apartado 2.2 del presente capítulo, la culpa, como criterio para determinar la responsabilidad subjetiva, no es entendida en la actualidad a través de consideraciones sobre las circunstancias psíquicas e

²⁵⁴ “En lo que respecta a la responsabilidad civil contractual, su análisis no acarrea mayores problemas, en tanto estos entes, en su condición de personas, pueden celebrar toda clase de actos jurídicos y, por consiguiente, adquirir derechos y asumir obligaciones por medio del ejercicio de su autonomía privada. Si celebrado el contrato, la persona jurídica incumple o cumple tardía, defectuosa o parcialmente la prestación a la que se había obligado ante su acreedor, por causas a ella imputables, se aplica lo previsto por el artículo 1321 del Código Civil”. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Op. cit., p. 14. Se puede citar, como ejemplo de la responsabilidad directa y subjetiva de las personas jurídicas, en sede contractual, la Casación N° 3172-2000-Lima, de fecha 14 de marzo de 2001.

internas del sujeto dañador, lo cual impediría *per se* atribuir responsabilidad subjetiva a una persona jurídica.

Por el contrario, si se considera que la determinación de la culpa en la responsabilidad extracontractual se basa en una apreciación *in abstracto*, contrastando las acciones u omisiones del sujeto dañador con un estándar objetivo de conducta, la responsabilidad subjetiva es plenamente susceptible de ser asociada a una persona jurídica.

Y es que, no todos los daños provocados como consecuencia de una actividad empresarial se materializan a través del acto de uno de sus dependientes, Puede ser que el daño sea cometido por un sujeto con el cual no hay relación jerárquica de dependencia (junta general, gerentes, directores, administradores). Pero puede ser también que el daño sea producto de una deficiente organización de la empresa, no existiendo un agente encargado de una determinada actividad.

En estos casos, se hace necesario reafirmar la responsabilidad directa de las personas jurídicas, aplicando los criterios de culpa o peligro, según los casos. Es decir, la responsabilidad directa de las personas jurídicas puede ser tanto subjetivo como objetiva, según los artículos 1969° y 1970° del Código Civil.

Y es que, no toda actividad de una persona jurídica genera peligro. Por lo que, mal podría aducirse que la responsabilidad de una persona jurídica, en este caso la responsabilidad directa, es siempre objetiva, lo que implicaría una mala aplicación de la doctrina del riesgo empresarial.

3. Contexto jurídico de la actividad administrativa

A diferencia de lo ocurrido en Francia o España, el intervencionismo estatal en el Perú no se sintió de forma penetrante en la primera mitad del siglo XX. El Estado peruano comenzó a asumir, de forma incipiente, la gestión directa de algunos servicios de utilidad pública a partir del último cuarto del siglo XIX y a inicios del siglo XX. Tal es el caso del telégrafo, mediante la Resolución

Legislativa del 05 de febrero de 1977, y del ferrocarril, mediante el Reglamento General de Ferrocarriles del 27 de julio de 1903²⁵⁵.

Es probablemente por esta razón que, durante la vigencia del Código Civil de 1852, hay una reducida presencia de demandas de resarcimiento contra el Estado; aunque, como vimos en el primer apartado de este capítulo, la concepción soberana del Estado también contribuyó a esta atmósfera.

Por el contrario, es a partir de la década de los sesenta -ya durante la vigencia del Código Civil de 1936-, que el Estado comienza a constituir empresas estatales, utilizando modelos societarios, con la finalidad de prestar directamente una gran variedad de servicios públicos; tales como, servicios eléctricos, ferrocarriles, agua potable, telecomunicaciones, transporte terrestre y aéreo, entre otros²⁵⁶.

A partir de la década de los sesenta, entonces, se presencia un gran crecimiento en el intervencionismo del Estado peruano en la economía. El Estado asumió la gestión de una gran variedad de actividades a través de empresas estatales.

No obstante, en la década de los ochenta, el Estado se vio envuelto en una crisis económica (inflación). Por lo que, en agosto de 1990, se inició un programa de reformas estructurales, transformando sustancialmente la función del Estado en la economía, y buscando concentrar la actividad principal del Estado en aquellas áreas donde tenía claras ventajas comparativas con respecto al sector privado: provisión de infraestructura básica para la producción (carreteras, irrigaciones, puertos, puentes, electricidad, luz, agua), protección de derechos de propiedad (defensa, justicia y protección policial), actividades de carácter redistributivo

²⁵⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El servicio público. Fundamentos. Lima: Palestra, 2005, pp. 308-310, quien refiere que en el caso del servicio de correos, la gestión directa por parte de la Administración sucedió con el Decreto de 27 de febrero de 1866.

²⁵⁶ Ídem, pp. 312-317.

(salud, educación, programas de emergencia) y regulación de monopolios naturales²⁵⁷.

Consiguientemente, a partir del Decreto Legislativo 674, promulgado el 25 de setiembre de 1991, se inició un proceso de liberalización y privatización en el Perú, realizándose 160 procesos de privatización, por un valor de US\$ 8.917 millones y con una inversión proyectada de US\$ 7.203 millones, entre 1991 y 1999²⁵⁸.

Debe tenerse en cuenta que el 29 de diciembre de 1993 se promulgó una nueva Constitución Política para el Perú que, a diferencia de la Constitución de 1979 que adoptaba una noción de servicio público en un marco vinculado con el proceso de estatalización y de gestión directa de determinadas actividades económicas, se enmarca en un contexto que consagra la economía social de mercado y reconoce el pluralismo económico²⁵⁹.

Podemos afirmar, por tanto, que la situación en el Perú en la década de los noventa y a inicios del siglo XXI es muy diverso al contexto español de la segunda mitad del siglo XIX (época en el que se afianza el régimen de responsabilidad patrimonial). En el plano del derecho administrativo, es precisamente en la última década del siglo pasado que el Estado peruano opta por una apertura económica de corte liberal²⁶⁰, pero moderada en un Estado Social y Constitucional de Derecho.

Bajo este modelo, lo que prevalecerá será la iniciativa de los particulares, teniendo el Estado un rol meramente subsidiario. Como consecuencia de ello, se inicia un proceso de privatización de las empresas públicas, pasando el

²⁵⁷ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. "La experiencia de privatización en el Perú, 1991-2004". En: FERNÁNDEZ-BACA, Jorge (editor). Experiencias de regulación en el Perú. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2004, pp. 37-49.

²⁵⁸ Loc. cit.

²⁵⁹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. cit., pp. 326-330.

²⁶⁰ El motivo de este cambio trascendental se debe a una crisis económica por la que atravesaba el Perú desde la década de los 80's.

Estado peruano de ser prestador de servicios públicos a ser garante de los mismos.

De este modo, los servicios públicos que anteriormente habían sido prestados directa y exclusivamente por el Estado pasan a ser prestados por particulares en términos de competencia (a través de técnicas como la concesión). Las actividades económicas, en general, se concentran en el sector privado. Por lo que, los daños ocurridos con ocasión de la prestación de servicios de interés general no son necesariamente causados por la Administración, sino, por el contrario, por privados autorizados por ésta.



IV. CUARTO CAPÍTULO: EL ORIGEN DE LOS PROBLEMAS TEÓRICOS: LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL EN EL QUE SE CONSTRUYÓ EL RÉGIMEN Y EL CONTEXTO JURÍDICO PERUANO EN EL QUE SE IMPORTÓ EL RÉGIMEN

1. Origen de la tergiversación del elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos.

Tanto la versión original como el texto vigente de la Ley del Procedimiento Administrativo General establecieron la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* como requisito para el surgimiento del deber de resarcir los daños causados por la Administración Pública. Es decir, la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* es un elemento de la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento peruano.

Como se vio en el primer capítulo de este trabajo, nuestra doctrina administrativista ha interpretado que el elemento de *la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* se refiere a la antijuricidad. Sin embargo, contradictoriamente, se sostiene al mismo tiempo que no es relevante la licitud o ilicitud de la acción administrativa, pues en ambos casos hay responsabilidad patrimonial.

Cabe señalar, adicionalmente, que nuestra doctrina también ha vinculado el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* con el principio francés de *igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*. Este planteamiento podría implicar la exclusión de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad patrimonial, explicando la posición doctrinaria que afirma la irrelevancia del carácter lícito o ilícito de la acción administrativa.

Ya en el primer capítulo mencionamos la inexistencia e inutilidad del referido principio francés en el ordenamiento peruano²⁶¹. El verdadero significado del

²⁶¹ Vid. infra Capítulo I, punto 3, epígrafe ii)

principio de igualdad ante las cargas públicas lo trataremos en el siguiente apartado. En el presente apartado resulta importante rescatar solamente que la misma doctrina que interpreta la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* como antijuricidad es la que afirma la resarcibilidad de daños lícitos e ilícitos.

¿Cómo se ha llegado a una interpretación que se contradice consigo misma?
¿Cuál es el origen de la tergiversación del elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, entendida como antijuricidad?

Ninguna respuesta nos dan las disposiciones normativas que regularon el régimen de responsabilidad patrimonial en España, que no ofrecen mayor criterio de interpretación con respecto al elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*.

Debe observarse, sin embargo, que es recién con la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se establece el límite de la responsabilidad patrimonial para los daños que el particular no tiene el deber jurídico de soportar (numeral 1 del artículo 141°).

Asimismo, con la modificación efectuada por la Ley 4/1999, se agregó al texto normativo lo siguiente: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”*.

Como puede apreciarse, el numeral 1 del artículo 141° de la Ley española 30/1992 se concibió como una cláusula eximente de responsabilidad, que fue ampliada para los supuestos de caso fortuito relacionados con el estado de la técnica.

No obstante, la concepción de que el régimen de responsabilidad patrimonial no abarcaba los daños que el administrado tenía la obligación de soportar estuvo presente en el Derecho español mucho antes de expedirse la Ley 30/1992, pudiendo encontrar su origen incluso en la misma construcción del régimen de responsabilidad patrimonial español, que aparece reflejado en los primeros trabajos que García de Enterría dedicó al tema.

En efecto, la primera obra que el artífice del artículo 121° de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 dedicó a la responsabilidad patrimonial, y a la expropiación, data de 1955. Se trata del artículo intitulado *“Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”*, publicado en el fascículo 4 del año 1955 del Anuario de Derecho Civil. El mismo artículo, con algunas modificaciones, fue publicado posteriormente en 1956, esta vez como un libro, con el título *“Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa”*, reproducido facsimilamente en la edición del año 1984, y reimpressa en el año 1989²⁶².

Ya en la primera versión que data de 1955, García de Enterría hace referencia a perjuicios cuyo titular no tiene el deber jurídico de soportar, precisamente definiendo lo que el autor llamó “perjuicio antijurídico”. Pero, ¿cómo es que el autor del régimen de responsabilidad patrimonial llega a este planteamiento?

García de Enterría comienza rechazando que la culpa sea el fundamento de todos los supuestos de responsabilidad civil:

“El intento de transformar la doctrina de la culpa, desde la ‘teoría psicológica’ al planteamiento normativo y su equiparación pura y simple con la doctrina del ilícito civil es de suyo la confesión de un fracaso [...]. La doctrina de la culpa es, sin duda, fundamental en el Derecho civil; pero está claro que no es apta para fundar sobre ella el surgimiento de la

²⁶² Se ha tenido a la vista la versión del año 1955, y la reimpresión del año 1989.

*responsabilidad, y esto tanto en los casos en que claramente no lo explica, como en aquellos que tradicionalmente viene pretendiendo explicar*²⁶³.

Una vez desacreditada la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, García de Enterría identifica un denominador común en las teorías que pretenden explicar la responsabilidad civil prescindiendo del dogma de la culpa: el dato objetivo del daño:

*“Las teorías que aspiran a ocupar el lugar central que hasta ahora ha ocupado esta vieja doctrina, no han logrado quizá una perfección definitiva; pero parece establecido que se van acercando hacia un punto común que pone el acento objetivamente en el daño, reduciendo el elemento subjetivo a lo que es su función propia, la imputación particular, que no la causa fundamental y determinante”*²⁶⁴.

Nótese que estamos en una época de ebullición de teorías objetivas que pretenden proponer un nuevo planteamiento de todo el instituto de la responsabilidad civil²⁶⁵. García de Enterría no sería la excepción a este movimiento. Con mayor razón cuando en los hechos la regla era la irresponsabilidad de la Administración Pública y sus funcionarios, en un contexto de una actividad administrativa cada vez más amplia y más productora de daños²⁶⁶.

Por el contrario, el jurista español construye una nueva teoría, que será la que luego quedaría plasmada en el artículo 121° de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954:

*“Ahora bien, si **la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa** para construir la institución de la responsabilidad*

²⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 169.

²⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 170.

²⁶⁵ Vid. infra, Capítulo II, numeral 1.1, apartado c).

²⁶⁶ Vid. infra, Capítulo II, numeral 1.1, apartado a) y numeral 1.2.

*administrativa, ¿sobre qué apoyar ésta? La misma Ley nos da un criterio: lesión*²⁶⁷.

Siguiendo a la doctrina objetivista de su tiempo, García de Enterría basa su teoría de responsabilidad de la Administración Pública en el concepto de lesión, el cual, a diferencia del criterio subjetivo de la culpa, vendría a ser un criterio objetivo²⁶⁸. Es en este punto en el que hace su aparición *la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, como una característica que acompaña al perjuicio, y que define su antijuricidad:

*“Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado **no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud**. La nota de la antijuricidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”*²⁶⁹.

El extracto citado no solo explica la presencia de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* como un elemento de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español. Se puede apreciar, también, que García de Enterría concibe dos perspectivas de la antijuricidad: i) un criterio subjetivo, que estaría referido a la conducta del autor del daño, denominado como perjuicio causado antijurídicamente (ilicitud); y ii) un criterio objetivo, que estaría referido al resultado de aquella conducta, denominado como perjuicio antijurídico en sí mismo (antijuricidad objetiva). De hecho, el jurista español prefiere usar el término antijuricidad, en lugar de ilicitud, para calificar al concepto de lesión.

²⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 175.

²⁶⁸ Este aspecto de la construcción dogmática de García de Enterría tuvo como base la tesis de la garantía patrimonial de Boris Starck. Vid. infra, Capítulo II, numeral 2.2.

²⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 176.

En ese sentido, el elemento de *la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* no es sino el aspecto negativo de la antijuricidad objetiva. En efecto, una lesión antijurídica sería aquella que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar.

Adicionalmente, el extracto citado explica el origen de la tergiversación del elemento de la antijuricidad en el régimen de responsabilidad patrimonial peruano: entender que perjuicio causado antijurídicamente es lo mismo que perjuicio causado con culpa, entender que la ilicitud está vinculada inseparablemente a la culpa. Es por ello que se hace referencia a un criterio subjetivo, precisamente porque se presupone la culpa del sujeto en su actuación antijurídica.

Como ya no se atiende a la conducta (subjetiva) sino al daño (objetivo), no interesa si la actuación del sujeto fue lícita o ilícita, bastará únicamente con identificar la antijuricidad del daño. Dicha antijuricidad objetiva consistirá en la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño, que a su vez es identificada cuando no existen causas de justificación del daño. Esta es precisamente la idea que ha recogido nuestra doctrina administrativista: No se niega el elemento de la antijuricidad, pero ello no involucra la exigencia de identificar la ilicitud de la conducta.

La idea de la doble perspectiva de la antijuricidad, así como la concepción de que ilicitud de la conducta es lo mismo que la culpa, se transmitió a la doctrina española posterior. Así, por ejemplo, Jesús Leguina afirma que:

“La ilicitud del daño, que postula su imputación a la Administración autora del mismo, no depende, pues, de una previa ilicitud en la acción u omisión de algún órgano administrativo, sino que se configura objetivamente en la incidencia del hecho dañoso sobre el patrimonio del dañado en todos los casos en que no exista causa legal alguna que, de modo expreso, obligue a éste a soportar el detrimento patrimonial”²⁷⁰.

²⁷⁰ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., p. 312.

En el mismo sentido, Avelino Blasco, comentando la jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración por actos administrativos, señala que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial implica la irrelevancia del carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa, siendo determinante, por el contrario, la verificación de la lesión:

“[...] si bien la jurisprudencia no ha hecho casi consideraciones de carácter general sobre la responsabilidad por actos administrativos, los pocos pronunciamientos existentes sobre el tema dan de lleno en la clave de la cuestión: la idea de lesión como centro de referencia de la exigencia de responsabilidad, el carácter no determinante de la legalidad o ilegalidad del acto a estos efectos y la equiparación en este tema de la actividad material a la actividad jurídica de la Administración. Estas reglas no son más que simples consecuencias de la concepción de la responsabilidad como objetiva en nuestro sistema, que implica que no puede existir una diferencia cualitativa a efectos de responsabilidad entre actuación jurídica lícita o ilícita [...]”²⁷¹.

A mediados del siglo XX era inobjetable vincular la ilicitud con la culpabilidad, precisamente porque los Códigos decimonónicos establecían como fundamento del ilícito a la culpa²⁷². Esta idea permanece consagrada hasta la actualidad en el Derecho español, donde subsiste vigente el Código Civil de 1889.

En efecto, el capítulo II del Título XVI, del Libro Cuarto del Código Civil español, se titula “*De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*”, mientras que el primer artículo de este capítulo (artículo 1902º) establece que: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

²⁷¹ BLASCO ESTEVE, Avelino. “La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos”. En: Revista de Administración Pública, no. 91, enero-abril, 1980, p. 198.

²⁷² Vid. infra Capítulo III, punto 2.2.

No obstante, no se puede sostener lo mismo en el contexto jurídico peruano actual, donde a partir del Código Civil de 1984 se sustituye la categoría de “acto ilícito” por el de “responsabilidad extracontractual”, no siendo la culpa el único criterio que sirve de fundamento al instituto resarcitorio, y en un contexto en el que no existe la necesidad de superar a la culpa como criterio subjetivo de responsabilidad, pues la Administración Pública se enmarca en una tendencia de liberalización, privatización y desregulación.

A partir del Código Civil peruano de 1984, el elemento de la antijuricidad ya no puede ser vinculado con la culpa, puesto que el artículo 1970° consagra al peligro como criterio de imputación de igual jerarquía. Más aún, no podemos ignorar que, desde la década del sesenta, ya se ha planteado de forma indiscutible la disociación entre ilicitud (antijuricidad, injusticia) y culpa (criterio de imputación) en el Derecho italiano, principal referente normativo de nuestro Código Civil.

También la doctrina civilista peruana actual considera que la antijuricidad es un requisito independiente a la culpa o al peligro, y la define como la contravención a una norma prohibitiva o a los valores del ordenamiento jurídico en general. Por lo que, mal podría afirmarse que la regla general de responsabilidad civil sea el de la resarcibilidad de los daños lícitos, vale decir, daños conformes con el ordenamiento jurídico.

Es la diferencia de contextos jurídicos la que genera el problema teórico de considerar, por un lado, que la antijuricidad es un elemento de la responsabilidad patrimonial, y, por otro lado, afirmar la resarcibilidad de los daños producidos lícitamente por la Administración.

2. Origen de la confusión de la función del *principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.*

Hemos tenido la oportunidad de constatar una interpretación particular por parte de nuestra doctrina administrativista, con respecto al régimen de responsabilidad patrimonial peruano. Se trata de la vinculación del elemento de la *ausencia de*

un deber jurídico de soportar el daño con el principio francés de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

No obstante, mediante este tipo de interpretación, se confunde la función que cumple el principio de *igualdad ante las cargas públicas* en el Derecho francés, ordenamiento en el que la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* no es un elemento de la responsabilidad de la Administración Pública.

¿De dónde proviene, entonces, esa confusión del principio de *igualdad ante las cargas públicas* que ha introducido nuestra doctrina administrativista en el ordenamiento peruano? ¿Dónde se encuentra el origen de este problema teórico?

Lo primero que se debe apreciar en la lectura normativa, tanto de las leyes peruanas como españolas, es que no hay ninguna referencia al principio de *igualdad ante las cargas públicas*. Por lo que, podemos afirmar que la influencia, para este tipo de interpretación, ha sido exclusivamente doctrinaria.

Resulta importante destacar que el artífice del régimen de responsabilidad patrimonial en España, García de Enterría, en sus primeros trabajos sobre el tema, negó la validez del principio de *igualdad ante las cargas públicas* en el Derecho español:

“La famosa doctrina de la igualdad ante las cargas públicas, iniciada en Francia por Teissier y Michoud y que alcanzó gran predicamento doctrinal e incluso jurisprudencial, se presenta como doctrina unitaria de la responsabilidad administrativa. Aunque se trata de un argumento de gran vigor plástico, no es sin duda válido como explicación jurídica, como se demuestra por el paralelo del derecho civil, en el que las cargas que generan responsabilidad (ilícitas o lícitas) no son evidentemente públicas ni se generalizan a través de una indemnización alimentada con fondos comunes. Es un argumento de los que hemos llamado más atrás ‘infraestructurales’ y absolutamente indeterminado en sus aplicaciones,

de los que la mecánica jurídica no necesita sino en las fases constituyentes”²⁷³.

No obstante, en algunos fragmentos de su trabajo, el principio de *igualdad ante las cargas públicas* parece cobrar vigencia como fundamento de la responsabilidad patrimonial:

*“En efecto, sin un sistema de responsabilidad de la Administración, la sociedad quedaría expuesta a constantes y cuantiosos daños patrimoniales que revertirían al azar, sin criterio alguno, sobre las economías individuales, que de esta manera soportarían íntegramente, de un modo desigual, la carga efectiva del régimen administrativo general”*²⁷⁴.

Cabe señalar que, similar idea aparece ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954:

*“[...] al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado, que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado”*²⁷⁵.

La concepción del principio de *igualdad ante las cargas públicas* como fundamento de la responsabilidad patrimonial fue heredada por una parte de la doctrina española (minoritaria). Así, destaca el jurista Garrido Falla, para quien el principio de *igualdad ante las cargas públicas* es el fundamento de la

²⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”. En: Anuario de Derecho Civil, 1955, p. 1123.

²⁷⁴ Ídem, p. 1116.

²⁷⁵ Exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954.

responsabilidad sin culpa para los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos²⁷⁶.

Por su parte, Cueto Pérez afirma que la solidaridad y el reparto entre los ciudadanos de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos son el fundamento de la responsabilidad objetiva global de la Administración:

“Es necesario señalar que el fundamento de este título de imputación está en último término amparado por el principio de solidaridad y de reparto entre los ciudadanos de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos; si todos se benefician de la prestación de dichos servicios, todos habrán de soportar las consecuencias dañosas que de ellos se deriven”²⁷⁷.

En el Derecho francés, el principio de igualdad ante las cargas públicas tiene su origen en el artículo 13° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pero limitado al ámbito del Derecho Tributario (igualdad ante el impuesto)²⁷⁸.

No obstante, dicho principio se extendería en diversas variantes, en las discusiones de las Asambleas Constituyentes, siendo usado como fundamento para la supresión de los privilegios del Antiguo Régimen, a propósito del modo de votación en las Asambleas, en la organización de las fuerzas armadas, en la adopción de medidas intervencionistas en el comercio ante la falta de alimentos²⁷⁹.

²⁷⁶ Vid. infra Capítulo 1, punto 2.3, epígrafe b).

²⁷⁷ CUETO PÉREZ, Miriam. Op. Cit., p. 276.

²⁷⁸ “Artículo 13.- Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común, la cual debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus capacidades”. Traducción al español disponible en el sitio web del Consejo Constitucional francés: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

²⁷⁹ BELIN, Jean. Le principe de l'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence administrative moderne. Extrait de la Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger, juillet-août-septembre 1934. Paris : Marcel Giard, 1934, pp. 12-23.

Posteriormente, el principio de *igualdad ante las cargas públicas* mantendría una aplicación de lo más diversa en las discusiones jurídicas del Derecho francés, siendo utilizado, por ejemplo: en la aplicación del régimen de policía administrativa ante un vacío legal, en la aplicación de tarifas de estacionamiento, en la extensión del derecho a usar las vías públicas, etc²⁸⁰.

La primera referencia al principio de igualdad ante las cargas públicas, en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, la encontramos en la obra de Laferrière intitulada "*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*", que data del año 1888, y cuya segunda edición fue publicada en el año 1896.

En dicha obra, Laferrière expone dos (02) clases de responsabilidad de la Administración Pública: i) responsabilidad por daños provenientes de obras públicas, y ii) responsabilidad por culpa. La primera clase de responsabilidad prescinde del requisito de la culpa, no siendo asimilable a las reglas del Código Civil. Para sostener esta diferencia, el jurista francés se vale de tres argumentos²⁸¹:

1. El Código Civil, al consagrar los derechos que todo propietario puede ejercer sobre su fundo, no ha considerado los riesgos (mucho más considerables) que implica la ejecución de grandes obras públicas.
2. Las obras públicas implican el ejercicio de prerrogativas propias de la Administración Pública.
3. Considerando que es la colectividad quien se beneficia de las obras públicas, es justo que las cargas sean igualmente repartidas entre todos.

²⁸⁰ Ídem, pp. 23-42.

²⁸¹ LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome II, 2^{ème} édition. Paris: Berger-levrault, 1888, pp. 150-151. LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome II, 2^{ème} édition. Paris: Berger-levrault, 1896, pp. 156-157.

Es decir, en la obra de Laferrière, la *igualdad ante las cargas públicas* no aparece vinculada con la antijuricidad, ni sirve como criterio para determinar una lesión resarcible. Por el contrario, dicho principio es utilizado como un argumento para defender la responsabilidad sin culpa en el ámbito de las obras públicas.

En el mismo sentido, el principio de *igualdad ante las cargas públicas* aparece limitado al ámbito de las obras públicas en la obra “*Précis de droit administratif et de droit public général*” de Maurice Hauriou, cuya primer edición data del año 1892²⁸².

Hauriou hace referencia al principio de igualdad ante las plusvalías de una obra pública, el cual consiste en que las plusvalías provenientes de las obras públicas deben ser distribuidas igualmente a todos los administrados, produciéndose dos (02) consecuencias diversas²⁸³:

1. Los terrenos que adquieran una plusvalía especial, como resultado de la construcción de una obra pública, deberán contribuir de manera especial a los gastos de su funcionamiento.
2. Los daños especiales a la propiedad, producidos como consecuencia de la existencia de una obra pública, deben ser reparados por la Administración, porque no es justo que ciertos administrados se empobrezcan por una operación que enriquece a la generalidad de administrados.

Es decir, en la obra de Hauriou, el principio de *igualdad ante las cargas públicas* aparece como fundamento de la responsabilidad de la Administración en el ámbito de los daños producidos como consecuencia de la construcción y funcionamiento de las obras públicas.

²⁸² Hemos tenido a la vista solamente la cuarta edición de este libro.

²⁸³ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4e édition. Paris : Librairie de la Société du Recueil Générale des Lois & des Arrêts, 1900, pp. 257 y ss.

Es recién con Georges Teissier, en su obra *“La responsabilité de la puissance publique”*, del año 1906, que el principio de *igualdad ante las cargas públicas* es expresado como fundamento de la responsabilidad del Estado, en todos sus ámbitos; pese reconocer que, en la práctica, el legislador y la jurisprudencia han limitado la responsabilidad al ámbito de las obras públicas.

En efecto, Teissier sostiene que el Constituyente de la época revolucionaria estableció como regla que la carga de los servicios públicos debía ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus facultades (artículo 13 de la Declaración de Derechos de 1789), teniendo como consecuencia lógica que los daños causados por el funcionamiento de un servicio público debe ser asumido por la colectividad:

“La consecuencia lógica y natural de esta declaración de principio fue que el daño causado a una persona privada por el funcionamiento de un servicio público debía ser soportado por la colectividad en cuyo interés se ha establecido el servicio, y no permanecer a cargo de la persona afectada”²⁸⁴.

A diferencia de Hauriou, Teissier no limita la validez del principio de igualdad ante las cargas públicas al ámbito de las obras públicas, sino que lo expande como fundamento para todo tipo de daños que pudiesen generar los actos de poder público o el funcionamiento de los servicios públicos.

Cabe señalar que sostener que el principio de *igualdad ante las cargas públicas* sea el fundamento de la responsabilidad de la Administración Pública no significa prescindir de la culpa. En efecto, Teissier afirma que, salvo el texto expreso de la ley, no es posible discutir la responsabilidad del Estado sino en los casos donde el poder público ha excedido sus potestades legales, o donde el servicio

²⁸⁴ Traducción libre de : « *La conséquence logique et naturelle de cette déclaration de principe était que tout dommage causé à une personne privée par le fonctionnement d'un service public devait être mis à la charge de la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service avait été établi et non point demeurer à la charge du particulier lésé* ». TEISSIER, Georges. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Paul Dupont, 1906, p. 10.

público ha funcionado incorrectamente ocasionando un perjuicio excepcional, precisando que:

“Es así como nos aproximamos al concepto de culpa del derecho civil, salvo que la culpa aquí es imputable, sobre todo, no a una individualidad, sino a una entidad: el servicio público, y que esta culpa puede consistir, únicamente, sea en la mala organización, sea en el mal funcionamiento de dicho servicio, sin que algún hecho pueda ser especialmente reprochado a cualquiera de sus funcionarios”²⁸⁵.

En el Derecho francés actual, por el contrario, el principio de igualdad ante las cargas públicas tiene una aplicación más restringida, constituyendo un régimen especial de responsabilidad sin culpa, para determinados supuestos, siendo el régimen general el de responsabilidad por culpa.

En efecto, los supuestos de responsabilidad de la Administración se dividen en responsabilidad por culpa [*responsabilité pour faute*] y responsabilidad sin culpa [*responsabilité sans faute*]; y, dentro de este último género, se tiene a la responsabilidad por riesgo [*responsabilité pour risque*] y la responsabilidad por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas [*responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*].

De estos tres (03) criterios de imputación, el que tiene un campo de aplicación más extenso es el criterio de la culpa, seguido por el riesgo, y siendo el que tiene una aplicación más reducida el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Así, Jacqueline Morand-Deville enuncia las siguientes hipótesis de responsabilidad fundada en la igualdad ante las cargas públicas: responsabilidad por el hecho de las leyes, responsabilidad por el hecho de las convenciones internacionales, responsabilidad por el hecho de los reglamentos legales,

²⁸⁵ « *Et c'est ainsi qu'on se rapproche de la notion de faute du droit civil, sauf que la faute ici est imputable, le plus souvent, non à une individualité, mais à une entité : le service public, et que cette faute peut consister uniquement, soit dans la mauvaise organisation, soit dans le mauvais fonctionnement dudit service, sans qu'aucun fait puisse être reproché spécialement à l'un quelconque de ses agents* ». Ídem, p. 178.

responsabilidad por la negativa de intervenir por el temor de alteraciones al orden público²⁸⁶.

También alguna doctrina española evidencia conocer la función del principio de *igualdad ante las cargas públicas* como régimen especial de responsabilidad en el Derecho francés actual. Así, por ejemplo, Ramón Parada expone que la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho francés comprende el régimen de responsabilidad con falta de servicio (*faute de service*) y diversos regímenes sin falta, entre los que enumera a la responsabilidad por infracción del principio de *igualdad ante las cargas públicas*²⁸⁷.

En consecuencia, el principio de *igualdad ante las cargas públicas* aparece como fundamento de la responsabilidad del Estado a inicios del siglo XX, con Georges Teissier. Sin embargo, posteriormente, dicho principio asumiría el rol de régimen especial, y sería aplicado como una especie del género responsabilidad sin culpa.

Es precisamente la desatención de esta evolución la que originó la confusión de la función del principio de *igualdad ante las cargas públicas*. En efecto, en la época de los primeros trabajos de García de Enterría y Garrido Falla, dicho principio es invocado en el Derecho francés como fundamento de toda la responsabilidad del Estado.

Por el contrario, en el Derecho francés actual, el principio de *igualdad ante las cargas públicas* no es fundamento de toda la responsabilidad del Estado, sino que su ámbito de aplicación se encuentra limitado como un régimen especial de responsabilidad sin culpa. Por lo que, no es correcto invocar dicho principio como fundamento de todo tipo de responsabilidad de la Administración Pública, y

²⁸⁶ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo. Curso. Tema de reflexión. Comentarios y análisis de fallos. Traducido por Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Peláez Gutiérrez. Traducción a la décima edición (actualizada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 857-860.

²⁸⁷ PARADA, Ramón., pp. 421-422.

menos vincularlo con un elemento proveniente de un Derecho foráneo, tales como el español y el peruano.

El contexto jurídico peruano actual es distinto al contexto jurídico español de mediados del siglo XX. La doctrina peruana jamás había sentido la necesidad de recurrir al *principio de igualdad ante las cargas públicas*. Dicho principio era inexistente en el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, el *principio de igualdad ante las cargas públicas* nunca fue un elemento de la responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, ni tampoco sirvió para orientar la interpretación con respecto a alguno de sus elementos.

Por tanto, podemos afirmar que el problema teórico consistente en la confusión de la función del principio de *igualdad ante las cargas públicas*, tiene su origen en el trasplante de ideas propias de mediados del siglo XX, sin averiguar cuál es la función que cumple este principio actualmente en el ordenamiento donde se originó.

3. Origen de la concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo.

Nuestra doctrina administrativista ha interpretado que el régimen de responsabilidad patrimonial, establecido en el artículo 238° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, es una responsabilidad de tipo exclusivamente objetivo.

El dispositivo normativo que parece haber posibilitado este tipo de interpretación es el numeral 238.1 que, en su versión original, se refería a los “perjuicios que son consecuencia del funcionamiento de la Administración”. La versión actual de dicho dispositivo hace referencia, en cambio, a los “daños causados por los actos de la Administración o los servicios públicos prestados por ésta”.

Pese al cambio en el texto normativo, efectuado por el Decreto Legislativo N° 1029, la visión de la responsabilidad patrimonial como un régimen objetivo global

ha continuado calando en nuestra doctrina administrativista; aun cuando el Derecho español ha sido testigo de fuertes críticas a un sistema de este tipo.

¿Cómo es que se empezó a concebir el régimen de responsabilidad de la Administración Pública como un sistema de responsabilidad exclusivamente objetivo? ¿Dónde se encuentra el origen de este problema teórico?

Para identificar los orígenes de este tipo de interpretación debemos remontarnos hasta la construcción misma del régimen de responsabilidad patrimonial, efectuada por García de Enterría, quien declaró estar replanteando el instituto de responsabilidad civil, y sustituir a la culpa por el perjuicio antijurídico, como fundamento de la responsabilidad de la Administración:

“Se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio, del cual surgiría el deber de reparar las lesiones causadas a esta integridad. [...] La idea consiste en fundar la responsabilidad civil directamente sobre la teoría del patrimonio y no sobre la doctrina de la conducta subjetiva”²⁸⁸.

Recuérdese que, en las primeras décadas del siglo XX, la responsabilidad subjetiva era cuestionada en el Derecho comparado por resultar insuficiente para dar solución a una serie de supuestos de daños de masas²⁸⁹. La tendencia de superación de la responsabilidad por culpa influyó también en García de Enterría, quien no desperdició la oportunidad para establecer, en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, un régimen que superara al sistema prescrito en el Código Civil²⁹⁰; más aún en un contexto fáctico de irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios frente a una actividad administrativa más amplia y más productora de daños.

²⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1955, p. 1125; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 176.

²⁸⁹ Vid. infra Capítulo II, punto 1.1, acápite c).

²⁹⁰ Loc. cit.

No obstante, en su construcción dogmática, García de Enterría no prescinde totalmente de la culpa, sino que, siguiendo a la doctrina de su época, el rol de este elemento se transforma para convertirse en un criterio de imputación adicional, y ya no como fundamento exclusivo de la responsabilidad:

“Las teorías que aspiran a ocupar el lugar central que hasta ahora ha ocupado esta vieja doctrina, no han logrado quizá una perfección definitiva; pero parece establecido que se van acercando hacia un punto común que pone el acento objetivamente en el daño, reduciendo el elemento subjetivo a lo que es su función propia, la imputación particular, que no la causa fundamental y determinante”²⁹¹.

“El concepto técnico de daño o de lesión, a efectos de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona. En este último elemento de la imputación de la imputación se integran ahora, como simples modalidades de la misma, la culpa y el riesgo; pero a su lado existen también otras formas igualmente netas de imputación”²⁹².

Es más, en los primeros trabajos, que el artífice del régimen de responsabilidad patrimonial elaboró sobre el tema, dedica un apartado específico referido a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial, en la que adopta el criterio de valoración de un *standard* medio de perfección en la realización de los servicios públicos (culpa *in abstracto*)²⁹³.

²⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1955, p. 1121; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 170.

²⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1955, pp. 1126-1127; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 178.

²⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1955, pp. 1147-1150; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, pp. 209-212.

Sin embargo, la posición de García de Enterría sería tergiversada por la doctrina posterior, que concibió la construcción dogmática del jurista español como un régimen exclusivamente objetivo, en el que la culpa no juega ningún papel, ni siquiera el de criterio de imputación. Es más, se entenderá que la culpa no es susceptible de ser apreciada en abstracto, sino que debe ser valorizada necesariamente en concreto, a través de un criterio psicológico. Por lo que, la responsabilidad subjetiva será limitada a la responsabilidad civil del funcionario.

La construcción teórica de García de Enterría se encuentra ligeramente tergiversada en los comentarios de Leguina Villa, contenidos en su obra *“La responsabilidad civil de la Administración Pública”*²⁹⁴. En efecto, en el apartado referente al Derecho español, el autor rescata el rol de la culpa como mero criterio de imputación, pero ya no de la responsabilidad de la Administración, sino del funcionario:

“[...] en el ordenamiento español, la culpa del funcionario tiene valor solamente, en cuanto criterio de imputación de un hecho dañoso, para engendrar su propia responsabilidad, en los casos en que sea posible identificar y probar tal comportamiento culposo, quedando en todo caso la culpa del mismo como elemento absolutamente extraño de la hipótesis legal que condiciona la responsabilidad del ente público”²⁹⁵.

Y es que, Leguina Villa, influenciado por la doctrina civilista española, no concibe que la culpa pueda ser predicada en relación a un ente, a una persona jurídica, ni siquiera habiendo conocido la evolución de la *faute* en el derecho francés:

« Cuando se afirma por la doctrina y la jurisprudencia francesas que el daño causado, para ser merecedor de resarcimiento, debe ser imputable no solamente al funcionamiento de un servicio, sino también a un

²⁹⁴ Se ha tenido a la vista la segunda edición de la obra de Jesús Leguina, que se diferencia de la primera en que lleva tres anexos, constituidos por tres artículos elaborados por el autor sobre temas relativos a la responsabilidad patrimonial, que datan de 1969, 1979 y 1980, respectivamente.

²⁹⁵ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., p. 170.

funcionamiento fautif, se quiere aludir no tanto a una presunta e inexistente “culpabilidad” del servicio, sino más bien a la antijuricidad del daño soportado por la víctima, antijuricidad que se traduce en el anormal funcionamiento del servicio»²⁹⁶.

Son estas premisas las que llevan a Leguina Villa a concluir que el régimen de responsabilidad patrimonial español es uno de carácter objetivo:

“En efecto, creemos que es forzoso concluir que la obligación de resarcimiento de la Administración es concebida por el ordenamiento español como responsabilidad objetiva, cuya articulación técnica en las normas positivas nos parece extremadamente coherente y adecuada a su verdadera y propia función”²⁹⁷.

Adicionalmente, puede advertirse que la tergiversación sobre el carácter objetivo del régimen de responsabilidad patrimonial se encuentra en la malinterpretación de la diferenciación de los dos criterios para determinar la antijuricidad, planteada por García de Enterría: i) criterio subjetivo y ii) criterio objetivo:

“Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuricidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado”²⁹⁸.

Si bien en su construcción del régimen de responsabilidad patrimonial, García de Enterría propugna por conferir un carácter objetivo al elemento de la

²⁹⁶ Ídem, p. 156. Obsérvese cómo el jurista español interpreta el Derecho francés a la luz del Derecho español, considerando que con la expresión *faute de service* se quiere hacer referencia a la antijuricidad del daño soportado por la víctima.

²⁹⁷ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., p. 171.

²⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 176.

antijuricidad, ello no incide en modo alguno sobre el elemento de los criterios de imputación, en el que la culpa mantiene plena vigencia²⁹⁹. Es por ello que, varios años después, el jurista español revelará que la concepción objetiva de la responsabilidad civil no está referido a la imputación al causante del daño, sino al patrimonio dañado:

*« La nota determinante está, pues, en el daño injusto, entendido como el que el dañado “no tiene la obligación de soportar”. El destacamiento de este concepto fuerza a una **concepción “objetiva” de la responsabilidad civil en el sentido no ya de la imputación al causante del daño**, que es como suele aplicarse ese calificativo a la responsabilidad, **sino en el de su consideración desde la integridad de los patrimonios de cualquier sujeto**, que cuando no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio que sufre podrá pretender que el causante del daño (por culpa, riesgo o cualquier otra causa de imputación) le repare la integridad del daño causado »³⁰⁰.*

El carácter objetivo del régimen de responsabilidad patrimonial español, que excluye completamente el elemento de la culpa, se difundió en la doctrina posterior. Así, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por actos administrativos, María Consuelo Alonso considera que la responsabilidad patrimonial es de carácter objetivo, y que, por tanto, no cabe analizar un comportamiento negligente por parte de la Administración en la emisión de un acto administrativo:

« [...] el Tribunal ha venido exigiendo para estimar la existencia de antijuridicidad que sea “manifiesta”, que provenga de “malicia” o que se derive de un comportamiento “negligente” de la Administración, no considerando que forme parte de la misma el “error administrativo” o la “nulidad simple” del acuerdo; los Jueces, al exigir para apreciar la

²⁹⁹ Responsabilidad subjetiva, en el ordenamiento jurídico peruano.

³⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a la obra de MEDINA ALCOZ, Luis. Op. cit., p. 33.

*existencia de responsabilidad estos comportamientos en la Administración actuante, están violando no sólo una de las reglas esenciales de la institución, sino **su principal característica**, es decir, **su naturaleza objetiva** »³⁰¹.*

En el mismo sentido, Cueto Pérez, resaltando la sustitución de la culpa por la lesión, como fundamento de la responsabilidad de la Administración Pública, termina sosteniendo que la responsabilidad patrimonial se ha configurado con carácter objetivo:

*“El concepto de lesión es el fundamento de la responsabilidad de la Administración, sustituyendo a la culpa, que es el fundamento de la responsabilidad civil, y esto es así porque **la responsabilidad administrativa se ha configurado con carácter objetivo**. La Administración responde por el funcionamiento de sus servicios públicos tanto si el funcionamiento ha sido anormal como si éste ha sido normal, es decir, sin que medie un mal funcionamiento por parte de las Administraciones públicas, salvo los supuestos de fuerza mayor”³⁰².*

Más recientemente, Torres López ha destacado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública:

*“[...] **la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo**; se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño (en este caso el Estado)”³⁰³.*

³⁰¹ ALONSO GARCÍA, María Consuelo. “La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo”. En: Revista de Administración Pública, no. 127, enero-abril, 1992, p. 220.

³⁰² CUETO PÉREZ, Miriam. Op. Cit., p. 274.

³⁰³ TORRES LÓPEZ, María Asunción. “La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria”. QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales, 2da edición. Tomo I. Valencia: Tirant to Blanch, 2013, p. 862.

También González Pérez y González Navarro dan por sentado el abandono del criterio de imputación de la culpa, y el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración Pública:

*“El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que, consagrado en la LE, va a constitucionalizar el artículo 106.2 de la Constitución y reiterar la LRJPA, **se aparta por completo de la idea de culpa, para implantar un sistema de responsabilidad objetiva**, que permite una reparación integral de la lesión causada por la actuación administrativa”³⁰⁴.*

Es interesante apreciar que, al igual que Jesús Leguina, González Pérez y González Navarro excluyen cualquier rol a la culpa, pese a identificar que el funcionamiento anormal del régimen de responsabilidad patrimonial español es una noción paralela a la de *faute de service* del Derecho francés:

*“Funcionamiento anormal es noción paralela de la “falta de servicio” (faute de service) que utiliza la jurisprudencia francesa y de la que **hay que excluir cualquier connotación subjetiva**, es decir, de dolo o culpa personal del agente o funcionario al que, en último lugar, sería reconducible la actividad productora del daño”³⁰⁵.*

En el mismo sentido, Fernández García sostiene que la responsabilidad patrimonial es de carácter objetivo, señalando que el funcionamiento anormal se produce en los casos en que la Administración actuó de forma “objetivamente” inadecuada:

*« En todo caso, debido a que **la regulación legal configura la responsabilidad patrimonial con carácter objetivo**, la imputación del daño podrá producirse no sólo en los casos en que la Administración al*

³⁰⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. Op. cit., p. 2010.

³⁰⁵ PARADA, Ramón. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 428.

realizar el evento dañoso haya actuado de forma objetivamente inadecuada, es decir, de manera técnicamente incorrecta con infracción de los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios (funcionamiento anormal), sino también en los supuestos de “funcionamiento normal” del servicio público »³⁰⁶.

La interpretación del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, establecido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, se vio reforzada por la idea de superación del régimen de responsabilidad por culpa contenido en el Código Civil de 1889. Así, por ejemplo, José Luis González-Berenguer, comentando el artículo 121º de la LEF, señala que:

*“[...] frente al administrado **se consagra la responsabilidad objetiva**, sin culpa, lo que supone un salto gigantesco respecto al Código Civil (que la circunscribía en un doble aspecto: en cuanto exigía culpa o negligencia, y en cuanto –según la absurda interpretación dada por el Tribunal Supremo– limitaba la responsabilidad de la Administración a los casos en que ésta obraba por medio de un agente especial)”³⁰⁷.*

Asimismo, Marcos Gómez considera que, a partir de la Ley de Expropiación Forzosa, el régimen de responsabilidad de la Administración Pública se caracteriza por ser directo y objetivo, habiéndose superado así la legislación anterior:

“El funcionamiento anormal constituyó, pues, la primera fuente de responsabilidad de la Administración, aunque poco después la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 generalizaría y extendería el instituto reparatorio a cualquier daño originado por el funcionamiento regular o irregular de los servicios públicos [...]. Desde entonces, como es sabido y

³⁰⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Hidráulica en el supuesto de inundaciones”. En: Revista de Administración Pública, no. 182, mayo-agosto, 2010, p. 131.

³⁰⁷ GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. “Función pública y acciones de responsabilidad civil”. En: Revista de Administración Pública, no. 39, setiembre-diciembre, 1962, pp. 193-194.

la Constitución vino a confirmar (art. 106.2), **nuestro ordenamiento propugna la responsabilidad directa y objetiva de la Administración** por cuantos daños se deriven del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos (art. 139 LRJ-PAC)³⁰⁸.

En el mismo sentido, Mir Puigpelat señala que la responsabilidad patrimonial prevista en la Ley de Expropiación forzosa tenía como novedad, en relación a la legislación anterior, el de caracterizarse por ser un régimen directo y objetivo global:

*“La responsabilidad administrativa prevista por la LEF presentaba dos importantes novedades respecto de la contenida, poco antes, en la legislación local: se trataba, en primer lugar, de una responsabilidad siempre directa de la Administración, nunca ya subsidiaria (sin perjuicio de la acción de repetición de que ésta disponía contra el funcionario causante del daño); y, en segundo lugar, y sobre todo, de una **responsabilidad objetiva global**”³⁰⁹.*

En el Derecho español de mediados del siglo XX no era incorrecto sostener que la culpa sólo fuese predicable exclusivamente con respecto a las personas naturales, mas no en relación a las personas jurídicas o entes públicos. Y es que, la idea de la culpa todavía aparecía impregnada de un valor moral y era apreciada en términos psicológicos.

En el Derecho comparado de principios del siglo XXI la apreciación psicológica de la culpa ya ha sido superada por una apreciación en términos objetivos, *in abstracto*, consistiendo en una valoración de la conducta del agente a través de una comparación con un estándar de conducta.

³⁰⁸ GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la Administración, 2da edición. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 819. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el autor otorga a la culpa la función de coadyuvar a la verificación del nexo causal: “Ante la dificultad de precisar el origen del daño, el anormal funcionamiento, puede, en efecto, servir de fundamento a la presunción de la existencia de una relación de causalidad directa entre aquél y la conducta administrativa, presunción tanto más firme cuanto mayor sea la probabilidad de evitar el daño mediante un funcionamiento regular”. Ídem, pp. 819-820.

³⁰⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., p. 40.

El Derecho peruano actual no puede ser ajeno a la evolución de la noción de la culpa, máxime si dicha evolución permite explicar la responsabilidad directa de las personas jurídicas, como ya lo hemos apuntado en el capítulo III de este trabajo. Por tanto, resulta erróneo sostener que la culpa sólo es atribuible a las personas naturales, y que su valoración se realiza en términos psicológicos.

En ese sentido, en el ordenamiento peruano de principios del siglo XXI, resulta totalmente viable aplicar a las personas jurídicas, y a la Administración Pública, tanto los criterios de imputación objetivos (responsabilidad objetiva), como son el riesgo y el peligro, como el criterio de imputación subjetivo (responsabilidad subjetiva), consistente en la culpa.

Por el contrario, en el ordenamiento peruano de inicios del siglo XXI, no existe la necesidad de superar el criterio de la culpa y reemplazarlo por una responsabilidad meramente objetiva. No se advierte tampoco una insuficiencia del sistema, que acoge tanto una responsabilidad subjetiva como objetiva, en la tarea de resarcir los daños producidos por la Administración Pública. Finalmente, la actividad de la Administración se ve reducida en favor de los particulares, a través de la liberalización, privatización y desregulación, optada en la década de los noventa.

En consecuencia, el problema teórico de concebir el régimen de responsabilidad patrimonial peruano como uno de carácter exclusivamente objetivo se origina en la diferencia de contextos español y peruano: el contexto español de mediados del siglo XX, en el que la doctrina mantiene una noción psicológica de la culpa; y el contexto jurídico peruano de inicios del siglo XXI, en el que, reconociendo la evolución de la culpa en el Derecho comparado, la culpa es apreciada en términos objetivos, pudiendo ser atribuida también a una persona jurídica.

Más concretamente, sin embargo, podemos identificar el origen de la concepción objetivista de la responsabilidad patrimonial en las tergiversaciones de la construcción dogmática realizada por García de Enterría; en cuyo pensamiento la culpa no era excluida totalmente, sino que su rol se transformaba a mero

criterio de imputación; y en el que el carácter objetivo era predicable en relación al elemento de la antijuricidad, pero no con respecto a los criterios de imputación, donde la culpa mantenía plena vigencia.

4. Origen de la confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas.

Nuestra doctrina administrativista ha interpretado que el régimen de responsabilidad patrimonial peruano es de tipo directo, vale decir, por hecho propio, y que resulta irrelevante identificar culpa o dolo en los funcionarios públicos. Esto implicaría que la responsabilidad de la Administración Pública es siempre objetiva, pues no es posible asignar dolo o culpa a un ente corporativo como el Estado.

Para la doctrina administrativista, esta sería lo que diferencia al régimen de responsabilidad patrimonial del régimen de responsabilidad civil. En el primero, la responsabilidad es objetiva porque no interesa identificar culpa o dolo en los funcionarios públicos. En el segundo, incluso si se tratase de responsabilidad de personas jurídicas, es siempre necesario determinar la conducta culpable del dependiente para atribuir responsabilidad vicaria al comitente.

Estas afirmaciones tienen como trasfondo un problema teórico: la confusión de la responsabilidad directa y la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas. ¿Cómo se origina este problema teórico?

En el segundo capítulo de este trabajo, se vio como el artículo 1903º, párrafo 5, del Código Civil español de 1889 fue interpretado en el sentido de establecer únicamente la responsabilidad indirecta del Estado, rechazándose su responsabilidad directa, en cuyo caso debía pretenderse la responsabilidad directa del funcionario causante del daño.

Sin embargo, la responsabilidad del funcionario fue obstaculizada por la Ley Maura de 1904, generándose un estado de irresponsabilidad por los daños generados por la actividad de la Administración. Esta situación intentó ser

corregida con la Constitución republicana de 1931 y la Ley de Régimen Local de 1950. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 se enmarcó en la misma línea de superación de la mera responsabilidad del funcionario público.

La insuficiencia de la responsabilidad personal del funcionario es proclamada por García de Enterría, quien abordó el problema de los supuestos en los que no existe culpa del funcionario, pero en los que es justo imputar responsabilidad a cargo del Estado:

*« [...] **el sistema de responsabilidad personal del funcionario no cubriría nunca supuestos de daños en que no existe una culpa neta imputable al mismo**, supuestos que comprenden desde la negligencia impersonal no culposa [...] hasta [...] todos los casos perfectamente normales de responsabilidad sin culpa: responsabilidad por riesgo objetivo, responsabilidad por hechos legítimos, por lo que llama la nueva Ley española “el funcionamiento normal de los servicios públicos” »³¹⁰.*

No obstante, García de Enterría jamás propuso abandonar por completo la responsabilidad subjetiva, sino que planteó, por el contrario, transformar el rol de la culpa de ser el fundamento de la responsabilidad civil para pasar a ser un criterio de imputación adicional, siendo apreciada en términos abstractos, junto a criterios de imputación objetivos.

En un contexto de insuficiencia de la responsabilidad civil del funcionario público que otorgara una efectiva reparación de los daños causados como consecuencia de la actividad de la Administración; la postura de García de Enterría fue tergiversada por la doctrina española posterior, que consideró superada la responsabilidad subjetiva, y proclamó que la responsabilidad patrimonial era exclusivamente de carácter objetivo, basándose en la irrelevancia de la conducta culposa del agente. Así, por ejemplo, Jesús Leguina señala que:

³¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 160.

*“La Administración responde objetivamente frente a terceros, con entera independencia de toda idea de culpa en la producción del daño resarcible. **La culpabilidad personal del funcionario o agente físico podrá generar, además, su propia responsabilidad frente a la víctima o frente a la propia Administración, pero el deber de resarcimiento de esta última no está forzosamente vinculado a la conducta culpable de sus agentes**”³¹¹.*

De este modo, la responsabilidad objetiva se presenta, en el pensamiento de Jesús Leguina, como una consecuencia natural del carácter directo de la responsabilidad de la Administración Pública:

*“La responsabilidad de la Administración por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos es siempre directa. **El ente público titular del servicio o de la actividad productora del daño responde directamente frente a la víctima, sin necesidad de que ésta proceda a la previa identificación del funcionario o agente que con su conducta culpable haya causado materialmente el daño**”³¹².*

Las afirmaciones de Jesús Leguina son comprensibles en un ordenamiento jurídico en el que la culpa sigue siendo el principal fundamento de la responsabilidad civil, al encontrarse vigente hasta la actualidad el Código Civil de 1889. De modo que, incluso la responsabilidad vicaria era entendida como una responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal.

Esta fue precisamente la interpretación que se impuso en la aplicación jurisprudencial del artículo 1903°, numeral 5 del Código Civil español:

“En aplicación de este precepto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró reiteradamente que el Estado no era responsable de los daños

³¹¹ LEGUINA VILLA, Jesús. “La responsabilidad del Estado t de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”. En: Op. cit., p. 323.

³¹² Loc. cit.

que resulten a los particulares a consecuencia de los actos ejecutados por los empleados en el desempeño de las funciones propias de su cargo, **pues no cabe suponer culpa o negligencia por parte de aquél en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes**³¹³.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en la primera mitad del siglo XX, la doctrina mayoritaria negaba que la responsabilidad subjetiva fuera predicable con respecto a las personas jurídicas, sino que se sostenía, por el contrario, que ésta era atribuible exclusivamente a las personas naturales:

*“[...] el sistema del Código Civil significa prácticamente la negación de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que se partía de un fundamento jurídico que la hacía imposible: **el Estado, como persona pública, no puede delinquir, ni actuar culpable o negligentemente. Cualquiera de estas cosas sólo pueden hacerlas los funcionarios a título personal**”*³¹⁴.

Estos inconvenientes debían ser superados con un régimen especial de responsabilidad para la Administración Pública. De modo que, es normal que se haya interpretado que el régimen establecido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 era uno de carácter directo y objetivo.

En el Derecho comparado, si bien en un primer momento la culpa fue entendida y abordada efectivamente bajo una aproximación psicológica de la conducta del sujeto dañador, con el pasar del tiempo se ha llegado a criterios más “objetivos” para determinarla, sin que ello involucre una responsabilidad objetiva.

Incluso entendiendo la responsabilidad subjetiva como un sistema aplicable solamente a las personas naturales y nunca a las jurídicas, se ha sostenido, en

³¹³ SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit., p. 705, haciendo referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 07 de enero de 1898, 18 de mayo de 1904 y 08 de julio de 1911.

³¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. “La Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial”. En: Revista de Administración Pública, no. 119, mayo-agosto, 1989, p. 28.

Argentina, que la voluntad de los funcionarios de la Administración manifestada en el cumplimiento de sus funciones, se imputa al Estado como si de su propia voluntad se tratara:

“[...] algunos autores y ciertos fallos han sostenido que el Estado, como persona jurídica que es, no actúa con culpa, por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas.

*No debe perderse de vista, sin embargo, que **para el derecho público el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado**, considerándose como suya; es decir que **el Estado puede actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos**”³¹⁵.*

No es correcto plantear la imposibilidad de la responsabilidad subjetiva de la Administración Pública en el contexto jurídico peruano de inicios del siglo XXI, en el que la culpa ha sido objeto de una evolución progresiva desde una valoración psicológica hacia una valoración abstracta, a través del uso de un estándar de debida diligencia, perfectamente aplicable a las personas jurídicas.

En el Derecho civil peruano actual es necesario afirmar la responsabilidad directa de las personas jurídicas, pues el artículo 1981° del Código Civil que prescribe la responsabilidad vicaria no resulta suficiente para abarcar una serie de supuestos que merecen tutela resarcitoria. En ese sentido, la responsabilidad directa de las personas jurídicas puede ser subjetiva u objetiva, según los casos.

Es preciso tener en cuenta, además, que la responsabilidad contractual de las personas jurídicas es apreciada como una responsabilidad directa y subjetiva. Por lo que, no debería ser extraño que la responsabilidad extracontractual presente las mismas características.

³¹⁵ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Tomo II., 1ra edición peruana, equivalente a la 10ma edición argentina. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 369.

Por lo tanto, en el Derecho peruano actual, la responsabilidad civil de las personas jurídicas puede ser directa e indirecta, subjetiva y objetiva. En el caso de que la responsabilidad civil fuese de tipo directa, no resulta necesario identificar dolo o culpa de los dependientes de la persona jurídica, puesto que no se responde por hecho de tercero, sino por hecho propio. Si es que el criterio de imputación aplicable es el subjetivo, se deberá comparar el funcionamiento de la persona jurídica con el estándar de un funcionamiento diligente. Si es que el criterio de imputación es el objetivo, bastará con identificar que la actividad de la persona jurídica es riesgosa o peligrosa.

En consecuencia, podemos afirmar que el problema teórico consistente en la confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas tiene su origen en la diferencia de contextos jurídicos español y peruano. En el contexto jurídico español de mediados del siglo XX, se experimentó la insuficiencia de la mera responsabilidad del funcionario público. Al mismo tiempo, la responsabilidad por culpa era apreciada bajo un criterio psicológico. Por lo que, la posición mayoritaria era la de negar responsabilidad subjetiva a las personas jurídicas, siendo atribuible solamente a las personas naturales.

Por el contrario, en el contexto jurídico peruano de principios del siglo XXI, los daños provenientes de la actividad de la Administración no eran imputadas solamente al funcionario público, sino que se pretendía la responsabilidad de la propia Administración. Asimismo, la responsabilidad subjetiva ha llegado a ser formulada en términos abstractos, siendo susceptible de ser atribuida también a las personas jurídicas. La responsabilidad contractual es un claro ejemplo de ello. Adicionalmente, se ha rescatado la necesidad de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, a través del reconocimiento de la teoría del órgano. Por lo que, era viable la aplicación tanto del criterio de imputación subjetiva como de los criterios de imputación objetivos.

Si bien en la construcción dogmática de García de Enterría este problema teórico no se encuentra presente, puesto que el artífice del régimen de responsabilidad patrimonial dio el lugar debido a la culpa como criterio de imputación adicional y susceptible de ser atribuido a la Administración Pública; es la doctrina española

posterior la que tergiversa su planteamiento y proclama una responsabilidad objetiva global de la Administración bajo el fundamento de que, siendo la responsabilidad de tipo directa, ya no es relevante identificar el dolo o culpa del funcionario público.

5. Origen de la confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad.

Nuestra doctrina administrativista ha afirmado que la responsabilidad patrimonial peruana es un régimen de tipo objetivo global. No obstante, siguiendo a la doctrina española, y no bastando las implicancias de establecer un régimen exclusivamente objetivo, nuestra doctrina ha interpretado dicho régimen, más bien, como uno de pura causalidad, vale decir, uno en el que sólo es necesario identificar el daño y el nexo causal.

¿Por qué nuestra doctrina administrativista confunde la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad? ¿Cuál es el origen de este problema teórico?

Como se vio en el segundo capítulo de este trabajo, como consecuencia de las percepciones de injusticia provocadas por la revolución industrial, la doctrina comparada comenzó a realizar construcciones dogmáticas que sustituyeran al viejo principio “no hay responsabilidad sin culpa”.

Las reacciones se dieron en diversos sentidos. Algunos trataron de objetivizar la responsabilidad subjetiva con la introducción de presunciones de culpa, relativas y absolutas. Otro sector, en cambio, trató de complementar la responsabilidad subjetiva, junto a supuestos de responsabilidad objetiva. Finalmente, otro sector de la doctrina, proclamó la superación de la teoría de la culpa, y buscó su sustitución por nuevos fundamentos de responsabilidad (sin culpa).

En este contexto de nuevos planteamientos y de superación del principio “no hay responsabilidad sin culpa”, surgieron posiciones más extremas, como las de

Binding, Otto von Gierke, Giacomo Venezian, Boris Starck y Epstein, que propugnaron una responsabilidad por la pura causalidad³¹⁶.

La doctrina española no fue ajena a estos planteamientos, pudiendo identificar influencias desde la misma construcción dogmática del régimen de responsabilidad patrimonial establecido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

En efecto, García de Enterría declaró expresamente haber utilizado como herramienta de su construcción dogmática los planteamientos de Boris Starck, de quien tomó prestado la idea de concebir la responsabilidad civil como un instituto de garantía del patrimonio:

*«Acaso la tesis, que ya se apunta, de configurar un principio abstracto de **garantía del patrimonio** desde el cual explicar el deber de resarcimiento en todos los casos particulares, **sea la construcción más progresiva y coherente**, reservándose a la culpa una función moduladora de la extensión de la indemnización, un carácter, en los términos de STARK de “pena privada” que se sobrepone al objetivo deber de reparación que surge en todo caso que se afecte a aquel abstracto principio de garantía»³¹⁷.*

Los planteamientos de una responsabilidad por la pura causalidad influenciaron también a la doctrina posterior. Así, por ejemplo, Jesús Leguina sostuvo expresamente que la pura causalidad era aplicable en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos:

*“[...] existen bastantes supuestos de daños causados por un llamado funcionamiento normal del servicio (casos en los que, por definición, no es posible hallar una faute de service) que la jurisprudencia se ha mostrado inclinada a considerarlos merecedores de resarcimiento, **en***

³¹⁶ Vid infra Capítulo II, punto 1.1, acápite c).

³¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 170.

aplicación de los criterios del riesgo excepcional y de la pura causalidad³¹⁸.

Sin embargo, todo indica que la interpretación del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial como un régimen de pura causalidad, en que sería exigible únicamente la identificación de un daño y su vinculación causal con la Administración, fue elaborada por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de junio de 1972 señala que:

*“[...] nos encontramos, pues, ante un caso de **responsabilidad objetiva**; si se han producido daños que reúnan ciertos caracteres y estos daños han sido causados por la actuación de los órganos o agentes de las entidades locales, éstas quedan obligadas a indemnizarlos, y **no hay más que probar los caracteres del daño y el hecho causal entre éstos y la actuación de las entidades locales**”*³¹⁹.

Resulta interesante observar que los planteamientos de la responsabilidad sin culpa tuvieron repercusión también en el Derecho peruano. En efecto, en el proceso de reforma del Código Civil de 1936, Fernando de Trazegnies plantearía la superación de la responsabilidad subjetiva y de la responsabilidad por riesgo, proponiendo asumir la teoría de la distribución social de los riesgos.

No obstante, apagada la efervescencia inicial de tesis extremistas de responsabilidad objetiva -tal vez como consecuencia de las implementaciones legislativas especiales-, la doctrina moderó más el discurso de los fundamentos y funciones de la responsabilidad civil, sin abandonarse por completo la responsabilidad subjetiva, sino complementándola con supuestos de responsabilidad sin culpa.

Es en ese panorama más sobrio en el que se asienta el Código Civil peruano de 1984, que establece dos criterios de imputación generales: la culpa (artículo

³¹⁸ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., p. 157.

³¹⁹ El fragmento de la Sentencia es citado por BLASCO ESTEVE, Avelino. Op. cit., p. 198.

1969°) y el peligro (artículo 1970°). Es decir, el contexto jurídico de principios del siglo XXI es uno que rechaza posiciones extremistas, y que consolida la permanencia de la responsabilidad subjetiva, junto a una responsabilidad objetiva con el mismo alcance.

Para nuestra doctrina civilista actual, la responsabilidad objetiva es aquella que recoge como criterios de imputación al riesgo y al peligro. En ese sentido, atrás quedaron las tesis de responsabilidad por la pura causalidad, que no tendrían asidero en el sistema de responsabilidad civil vigente.

Por lo tanto, podemos concluir que las posiciones doctrinarias que identifican al régimen de responsabilidad patrimonial peruano con una responsabilidad por la pura causalidad, hacen eco de teorías extremistas propias de experiencias superadas, que, por otro lado, nunca han tenido reflejo en ninguna legislación.

El problema teórico de interpretar responsabilidad objetiva como una responsabilidad por la pura causalidad tiene su origen en la diferencia de contextos jurídicos, español y peruano. El contexto jurídico español que recibió influencias de las tesis de responsabilidad por la pura causalidad se encontraba afectado por una realidad que exigía la superación de la responsabilidad subjetiva, pues en la práctica primaba una casi absoluta irresponsabilidad por los daños producidos a los administrados como consecuencia de la actividad de la Administración Pública.

El contexto peruano de principios del siglo XXI, en cambio, no tenía un problema social de por medio que remediar con urgencia; por lo que, la efervescencia de las teorías de una responsabilidad por la pura causalidad no tienen arraigo legislativo. Por el contrario, la responsabilidad subjetiva y objetiva, prescritas en el Código Civil de 1984, ofrecían suficientes garantías para el resarcimiento de los daños de la Administración que se producían en nuestra realidad social. Es más, en el Perú, la actividad de la Administración tiende a reducirse desde la década de los noventa, como consecuencia de una opción por la liberalización, privatización y desregulación de la intervención estatal.

6. Origen de la confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos.

Nuestra doctrina administrativista ha interpretado el régimen de responsabilidad patrimonial peruano, por un lado, como uno de carácter objetivo, y, por otro lado, como un régimen en el que la Administración responde por los daños cometidos lícitamente, o de conformidad con el ordenamiento jurídico.

No obstante, algunas posiciones doctrinarias confunden ambos tipos de responsabilidad, como si trataran del mismo supuesto, cuando, según nuestra doctrina civilista actual, la responsabilidad objetiva está referida a los criterios de imputación y la responsabilidad por daños lícitos está referida al elemento de la antiuricidad.

La disposición normativa que ha dado lugar a una interpretación de este tipo es la que hace referencia a la actividad productora del daño. Nos referimos a la versión original del numeral 238.1 del artículo 238° de la Ley N° 27444, que hacía referencia a “los perjuicios que sean consecuencia del funcionamiento de la Administración”³²⁰.

Este texto era fiel reflejo del régimen de responsabilidad patrimonial español, en los términos recogidos en la Constitución de 1978. El artículo 139.1 de la Ley española 30/1992, al igual que el artículo 121° de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, hacía referencia, en cambio, a “la lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Sin embargo, en ninguna de las disposiciones existe referencia alguna a la responsabilidad por daños lícitos, ni a ningún componente que pudiese llevar a concluir la exclusión de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad patrimonial.

³²⁰ La modificación normativa efectuada por el Decreto Legislativo N° 1029, sustituyendo el texto normativo por la expresión “actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquélla”, no parece haber incidido en cambiar el sentido de la interpretación de la doctrina administrativista.

Cabe preguntarse, entonces, ¿de dónde proviene esta confusión entre dos tipos de responsabilidad distintos (responsabilidad objetiva y responsabilidad por daños lícitos) y tratarlos como idénticos? ¿Cuál es el origen de este problema teórico?

Los orígenes de este problema teórico se encuentran ya desde la construcción misma del régimen de responsabilidad patrimonial español. En los primeros trabajos dedicados a la responsabilidad de la Administración Pública, García de Enterría propone la superación de la ilicitud, con una fórmula que atribuye responsabilidad para los daños producidos tanto lícita como ilícitamente:

« El precepto lo expresa claramente: la lesión determinante puede ser “consecuencia del **funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos**”; **actuación regular o irregular, pues, lícita o ilícita** »³²¹.

Como puede apreciarse, el artífice del régimen de responsabilidad patrimonial español entiende que funcionamiento normal de los servicios públicos es lo mismo que su funcionamiento lícito. En el mismo sentido, funcionamiento anormal de los servicios públicos vendría a ser lo mismo que su funcionamiento ilícito.

Lo que está detrás de estas afirmaciones no es sino la vinculación, propia de la época, entre ilicitud y culpabilidad. En efecto, cuando más adelante el jurista español habla sobre la responsabilidad subjetiva de la Administración, la conceptualiza como aquella en la que se verifica un funcionamiento anormal del servicio público. Por lo que, es natural que se entendiera al funcionamiento anormal y a la ilicitud como conceptos sinónimos.

En ese sentido, recuérdese que Clemente de Diego sostenía que el elemento subjetivo de la responsabilidad civil, es decir, la culpa o negligencia, consistía en

³²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, pp. 174-175.

la conciencia de contravenir el derecho de un tercero, es decir, conciencia de actuar antijurídicamente:

“[...] la falta en que incurrió el autor del hecho, o porque tuvo intención de causar el daño, o porque, pudiendo o debiendo preverlo, no lo previó por negligencia imperdonable; el agente obró con conciencia de que violaba el derecho de otro o con negligencia inexcusable”³²².

Resulta sintomático que, hasta la actualidad, el Código Civil español vigente (de 1889), regule en el capítulo II del Título XVI, de su Libro Cuarto, “*De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*”, haciendo referencia a la antigua clasificación de delitos y cuasidelitos.

En esta época, entonces, el concepto de ilicitud y culpabilidad se encuentran integrados como una noción unitaria. Sin embargo, a pesar que la doctrina civilista española, influenciada por el Derecho comparado, diferencia posteriormente ambos conceptos, la doctrina administrativista siguió repitiendo que responsabilidad por funcionamiento normal del servicio público era lo mismo que responsabilidad por actuación lícita de la Administración.

Así, por ejemplo, Jesús Leguina define el funcionamiento anormal del servicio público como la actividad ilícita o culpable atribuible a un agente público o a la organización administrativa:

*“En cuanto criterio de imputación de daños a la Administración, el **funcionamiento anormal** de la actividad administrativa se refiere tanto a las actuaciones personales de los agentes administrativos que con su **conducta ilegal o culpable** hayan causado materialmente el perjuicio antijurídico, como a las actuaciones impersonales o anónimas de carácter*

³²² DE DIEGO, p. 398.

ilícito o ilegal, atribuibles a la organización administrativa genéricamente considerada”³²³.

Asimismo, Jesús Leguina define el funcionamiento normal del servicio público como la actividad lícita de la Administración Pública, a la que se aplica el criterio de imputación del riesgo:

*“Al margen de toda actuación culpable, subjetiva (dolo o negligencia del funcionario) u objetiva (ilegalidad o ilicitud del servicio), la Administración responde también de los daños ocasionados por el **funcionamiento normal** de los servicios públicos, es decir, de los daños incidentales o eventuales causados por **acciones lícitas de la Administración**. Se aplica aquí el **criterio del riesgo creado** por la Administración en cuanto actividad organizada potencialmente dañosa para terceros (cuius commoda eius et incommoda)”³²⁴.*

También Avelino Blasco asimila las nociones de responsabilidad objetiva, responsabilidad por funcionamiento normal y responsabilidad por actos lícitos:

*« [...] la sentencia de 6 de diciembre de 1969 sostiene que para que exista lesión es preciso “que el perjuicio sea antijurídico, pues ha de rechazarse por absurdo que de un acto administrativo ajustado a derecho pueda derivarse responsabilidad de clase alguna para la Administración”. Pero si esta afirmación es cierta, estamos negando el **carácter objetivo de la responsabilidad** entre nosotros. Porque entonces estamos predicando que sólo cabe responsabilidad cuando el **acto causante del daño es ilegal**, es decir, cuando **el servicio público ha funcionado anormalmente** »³²⁵.*

³²³ LEGUINA VILLA, Jesús. “La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”. En: Op. cit., pp. 344-345.

³²⁴ Ídem, p. 345.

³²⁵ BLASCO ESTEVE, Avelino. Op. cit., p. 203.

En el mismo sentido, pero esta vez reconociendo la necesidad de la responsabilidad subjetiva para los supuestos de inactividad de la Administración, Marcos Gómez asimila las nociones de funcionamiento anormal, culpabilidad e ilicitud:

*“Que la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por **funcionamiento anormal de los servicios públicos** y que para la determinación de ésta no es posible prescindir de la idea de **culpabilidad o ilicitud** de la Administración parece, pues, fuera de duda. Y es que, en realidad, cuando se trata de pasividad, omisiones o inactividad, no es admisible la nota de objetividad que, con carácter general, se predica de la responsabilidad administrativa”³²⁶.*

Por lo tanto, podemos afirmar que la doctrina española identificó responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, responsabilidad subjetiva y responsabilidad por daños causados ilícitamente, precisamente por la vinculación que existía entre ilicitud y culpabilidad.

En el mismo sentido, la doctrina española identificó responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, responsabilidad objetiva y responsabilidad por actividad lícita de la Administración, como natural consecuencia de dicha vinculación (entre ilicitud y culpabilidad).

No obstante, en el ordenamiento peruano de principios del siglo XXI, la doctrina civilista diferenció a la antijuricidad y la culpa como dos elementos distintos de la responsabilidad civil. Y ello, en buena medida, porque con el Código Civil de 1984 la culpa no sería el único criterio de imputación aplicable en la responsabilidad civil, sino que el riesgo y el peligro se erigirían como criterios de imputación objetiva igualmente válidos. Asimismo, nuestro Código Civil ya no regulaba más el acto ilícito, sino que se refería, más bien, a la responsabilidad extracontractual.

³²⁶ GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la Administración, 2da edición. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 821.

En ese sentido, en el derecho peruano actual es tangencialmente diferente hablar de responsabilidad objetiva y hablar de responsabilidad por actos lícitos. Lo primero está referido a los criterios de imputación, mientras que lo segundo está referido a la antijuricidad. Es decir, estamos ante dos momentos distintos del juicio de responsabilidad.

En efecto, habrá responsabilidad objetiva cuando los criterios de imputación que entran en juego son el riesgo o el peligro. Por otro lado, habrá responsabilidad por actos lícitos cuando el hecho dañoso no tenga el carácter de antijurídico, es decir, cuando no contravenga el ordenamiento jurídico en general e incluso cuando el comportamiento dañoso esté previsto legalmente³²⁷.

En consecuencia, podemos afirmar que el problema teórico consistente en la confusión entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por daños lícitos, tiene su origen en la diferencia de contextos jurídicos, español y peruano. En el contexto español de mediados del siglo XX, la culpa y la ilicitud constituían una unidad; por lo que, es normal que la doctrina de la época los vinculara y los tratara como sinónimos. En el contexto jurídico peruano de principios del siglo XXI, por el contrario, culpa e ilicitud se encuentran separados, ya que el Código Civil peruano de 1984 establece, complementariamente, una cláusula general de responsabilidad subjetiva y una cláusula general de responsabilidad objetiva, dejando de regularse el hecho ilícito, para regular, en cambio, la responsabilidad extracontractual.

³²⁷ En este sentido, podrán haber comportamientos dañosos lícitos que hagan entrar en juego, al mismo tiempo, las reglas de la responsabilidad subjetiva. En sentido contrario, podrán haber comportamientos antijurídicos que sean susceptibles de ser catalogados como actividades riesgosas o peligrosas.

REFLEXIONES FINALES

1. Sobre la responsabilidad por daños lícitos

Aun cuando hayamos podido identificar que, al proclamar una responsabilidad de la Administración por daños lícitos, se está tergiversando el elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, en realidad el problema práctico continúa sin respuesta. Y es que, es latente la pregunta: ¿la Administración tendría que responder incluso en los casos en los que los daños producidos son lícitos, esto es, acordes a derecho?

En el primer capítulo de este trabajo, se veía que la Administración tiene deberes especiales con respecto a los ciudadanos, obligaciones de velar y garantizar el respeto de sus derechos e intereses legítimos. Por lo que, el régimen de responsabilidad de la Administración debía ser uno favorable al administrado, uno que pudiera resarcir la mayor cantidad de daños causados por la Administración.

Sin embargo, la experiencia española nos obliga a actuar con cautela, puesto que el régimen de responsabilidad patrimonial fue llevado al extremo de ser considerado incluso como un seguro social contra todo tipo de daño³²⁸, produciendo el riesgo de una crisis presupuestaria al Estado español³²⁹.

Un régimen de responsabilidad patrimonial, en un estado constitucional de derecho, debe ser lo suficientemente amplio como para resarcir los daños que sufran injustamente los administrados, pero no por ello debería convertirse en un régimen de difusión social de todo tipo de riesgos. No es aceptable un régimen extremista que cargue sobre las espaldas de todos los ciudadanos la carga de los daños lícitos producidos por la Administración. Es propicio, en cambio, un

³²⁸ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Op. cit., 1994, pp. 239-253.

³²⁹ ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho Administrativo, 3ra edición. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 294-296.

régimen razonable que excluya el resarcimiento de los daños causados legítimamente para el necesario funcionamiento de la Administración.

El elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, bien entendido, debería ser suficiente para garantizar una correcta aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial. Por el contrario, interpretar que *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño* da lugar a que hayan daños lícitos que deben ser reparados porque el administrado no tiene la obligación de soportarlos nos parece un contrasentido.

Si es que no existe causa de justificación que exonere la reparación de un determinado daño, entonces el daño ha sido producido antijurídicamente, ilícitamente, injustamente. Esto es lo que en realidad significa que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar dicho daño.

Por el contrario, cuando la Administración produce un daño justificable según nuestro ordenamiento jurídico en general, esto es, previsto en una causa de justificación, ello implica que el daño es lícito, jurídico, justo, acorde a derecho. Es decir, el administrado tiene el deber jurídico de soportar dicho daño.

En consecuencia, es totalmente contradictorio decir que un daño es lícito, y que, al mismo tiempo, el administrado no tenga el deber jurídico de soportarlo. Es necesario esclarecer la situación dañosa, ¿había causa de justificación o no? Si es que la había, entonces no hay reparación; y, si es que no la había, entonces el daño era ilícito y, por lo tanto, da lugar a reparación.

Excluir el elemento de la antijuricidad en el régimen de responsabilidad patrimonial, permitiendo la responsabilidad por daños lícitos, sería un exceso. Sin embargo, hay ocasiones en las que, por la importancia del derecho afectado (aunque no prevalente), debería permitirse su resarcimiento, incluso ante supuestos de daños lícitos.

Y es que, la discusión sobre la aceptación del resarcimiento por daños lícitos no es un tema exclusivo del derecho público, sino que también viene generando

debate en el derecho privado. En ambos ámbitos, se debería aceptar la responsabilidad por daños lícitos de manera excepcional.

¿Cuál sería el criterio para determinar la resarcibilidad de un daño lícito? Campos García, haciendo referencia a un juicio de resarcibilidad del daño, señala que, como consecuencia de una ponderación de intereses contrapuestos, hay ocasiones en que el interés subordinado merece una tutela mediata: la tutela resarcitoria³³⁰.

A lo señalado por el autor, consideramos pertinente agregar que no en todos los casos el interés subordinado debe ser resarcido, en aras de dar prevalencia al interés contrapuesto. Por el contrario, por regla general, sólo se dará cabida al interés prevalente, quedando desatendido el interés subordinado.

El resarcimiento del interés subordinado deberá ser permitido, de manera excepcional, en los casos donde el ordenamiento jurídico le dé tal importancia, que no baste con haber quedado subordinado ante un interés prevalente, sino que, precisamente por su importancia, dicho interés merezca una protección subsidiaria ante la prevalencia del interés contrapuesto.

Finalmente, cabe señalar que, definir a la antijuricidad como aquello que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar parecería ser una fórmula inofensiva. Sin embargo, tal expresión conduce a concluir que existen daños que el administrado sí tiene el deber jurídico de soportar. El problema es que la norma no ofrece ningún criterio a efectos de determinar cuándo estamos ante un daño resarcible.

En la doctrina peruana se ha afirmado que, por el contrario, la regla general es que todo sujeto debe soportar todo perjuicio del que sea víctima, y,

³³⁰ CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. "El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho". En: *Ius et veritas*. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no. 45, diciembre, 2012, pp. 210-227.

excepcionalmente, la carga del perjuicio sería trasladada a un sujeto distinto, siendo el instituto de la responsabilidad civil aquel que determinaría cuándo los costos del daño deben ser trasladados a un sujeto distinto del que los padeció³³¹.

Si la regla general es que todo sujeto debe soportar todos los daños que se produzcan en su esfera jurídica, y sólo la aplicación del instituto de la responsabilidad civil o patrimonial podrá determinar que un daño concreto sea soportado por un sujeto distinto del que lo padeció, entonces lo que se define como un elemento termina representando la aplicación de todo el régimen.

Bajo estas consideraciones, la expresión “deber jurídico de soportar el daño” termina siendo una fórmula vacía, pues al momento de identificar si el daño debe ser o no soportado por el administrado que lo padeció, se deberá atender al régimen de responsabilidad patrimonial en general. Es decir, uno de los elementos del régimen (*ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*) nos termina reenviando nuevamente a la aplicación del régimen en general (verificación de todos los elementos de la responsabilidad patrimonial).

³³¹ « Siempre hemos escuchado decir en las clases de Derecho en la Universidad o en una conferencia que “Aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo”. Parecería que este es el principio base de lo que se conoce como sistema de Responsabilidad Civil. Pero ello no es cierto. No existe ninguna ley o norma que sostenga tal principio. Existen otras normas que atribuyen responsabilidad, pero ninguna se limita a decir “Aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo”, sino que dicen que: “Aquel que por su culpa causa un daño a otro (...)” o “Aquel que por el uso de un bien riesgoso causa un daño a otro (...)”. Es decir que se requiere algo más que el simple hecho de causar un daño para poder solicitar una indemnización. Parece entonces que en nuestro sistema, al igual que como lo ha sostenido Holmes para el common law, la regla es precisamente la contraria: “La pérdida en un accidente es soportada por la víctima”. En general, si hay un accidente, es la víctima quien debe soportar el costo del daño, salvo que una norma la autorice, por alguna razón, a solicitar una indemnización a otra persona ». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, 2da edición. Lima: Palestra, 2009, pp. 701-702.

Esta regla ha sido expresada también en el derecho foráneco. Así, por ejemplo, en el derecho español, Gullón Ballesteros: “Fundada la responsabilidad en la culpa, no hay duda de la bondad del clásico axioma: la irresponsabilidad es la norma, la responsabilidad es la excepción”, citado por ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid: Civitas, 1993, p. 53. En el derecho estadounidense, Oliver Wendell Holmes: “Sound policy lets the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference”. En el mismo sentido, Deutsch: “el titular de un bien jurídico ha de soportar los daños que resultan de su titularidad: casum sentit dominus”. Ambas referencias citadas en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 1999, p. 42.

2. Sobre la responsabilidad objetiva absoluta

Pese a demostrar que caracterizar a la responsabilidad de la Administración como un régimen objetivo y absoluto, constituye una confusión del elemento de antijuricidad y los criterios de imputación, el problema práctico sigue sin solución: ¿Es necesario un régimen objetivo absoluto para todos los casos de responsabilidad de la Administración?

La respuesta debe ser rotundamente negativa. En un estado constitucional de derecho, el erario público no debe convertirse en un fondo público para todo tipo de riesgo proveniente de la función de la Administración, haya o no haya culpa, haya o no haya uso de un bien o ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa.

En los hechos, se ha verificado que el criterio de la culpa es todavía necesario para poder responsabilizar a la Administración en una amplia diversidad de supuestos; a saber, daños generados en la prestación del servicio de salud, daños producidos en ejercicio de la función de seguridad pública y represión del delito en estado de flagrancia, daños derivados de actos administrativos, entre otros. Más aún, la culpa es el criterio de imputación por antonomasia en los regímenes de responsabilidad del Estado en el derecho comparado; mientras que la responsabilidad objetiva tiene un alcance, más bien, subsidiario.

Estamos de acuerdo en que el régimen de responsabilidad de la Administración debería ser más favorable para los administrados, en comparación con el régimen común aplicable a los privados. No obstante, implantar un régimen objetivo absoluto no es la solución, puesto que solo trae más problemas que soluciones.

En efecto, un sistema de responsabilidad objetivo no genera incentivos para que los funcionarios, y la propia Administración, direccionen sus conductas a parámetros socialmente deseables. Por el contrario, un sistema objetivo de responsabilidad tiende a disminuir una actividad entendida como riesgosa. ¿Es que, acaso, la función de la Administración es entendida como riesgosa?, o, peor aún, ¿Es favorable que la Administración reduzca sus actividades?

El administrado debe tener a la mano una herramienta que le permita obtener un resarcimiento, aún a falta de culpa, en los casos de actividades riesgosas o peligrosas de la Administración, casos en los que la actividad acarree producción de daños inevitablemente, sin que éstos puedan disminuirse aún con diligencia media e incluso alta.

Pero, extrapolar esa misma herramienta a toda la actividad de la Administración, y por todo tipo de daño, es claramente un exceso, y refleja una mala comprensión del porqué de la existencia del mismo instituto de responsabilidad objetiva.

3 ¿Régimen autónomo o régimen especial?

En el primer capítulo del presente trabajo se mencionó que nuestra doctrina administrativista interpretó que el régimen de responsabilidad patrimonial era un régimen autónomo de derecho público, distinto e independiente al régimen de responsabilidad civil.

Luego de haber precisado el contexto jurídico en el que se elaboró el régimen de responsabilidad patrimonial español, y de haber localizado las bases de este sistema en el derecho francés, es momento de emitir pronunciamiento sobre la naturaleza del régimen de responsabilidad patrimonial establecido en el artículo 238° de la LPAG, considerando los antecedentes peruanos del régimen de responsabilidad de la Administración Pública.

La doctrina administrativista peruana advirtió que el régimen de responsabilidad patrimonial era un régimen autónomo. Así, por ejemplo, Loretta Monzón señala que la diferencia del resarcimiento en el derecho privado y en el derecho público, es la exigencia de voluntad (culpabilidad) en el primero, mientras que en el segundo la responsabilidad es objetiva³³². Para redondear la idea, la jueza afirma, más adelante, que:

³³² MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. Op. cit., pp. 11-12.

*“En la actualidad, se sabe bien que el **derecho administrativo** es la disciplina jurídica que explica la Responsabilidad Patrimonial del Estado, porque allí es donde se encuentra el sustento jurídico y el sentido teleológico de los fines de justicia que persigue”³³³ (resaltado agregado).*

La opinión de la jueza del Quinto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima es clarísima: la responsabilidad patrimonial constituiría un régimen autónomo de derecho público, no asimilable al resarcimiento en el derecho privado.

La posición de Juan Carlos Morón puede ser adscrita en el mismo sentido, principalmente cuando menciona que: “[...] cuando se incluyó en la Ley del Procedimiento Administrativo General una norma sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración se buscaba promover su funcionamiento a partir de un tratamiento desde la **perspectiva netamente administrativista separándola de la responsabilidad civil ordinaria**”³³⁴ (resaltado agregado).

También Juan Felipe Isasi parece apuntar en la misma línea al referir que: “[...] independientemente de las responsabilidades en las que pudiera incurrir el Estado y particularmente la administración pública con arreglo a las normas del derecho común, el artículo 238 mencionado pretende regular la responsabilidad del Estado en la función administrativa”³³⁵.

Si bien esta última referencia podría entenderse en el sentido de considerar que los daños producidos en el ejercicio de la función administrativa se rigen bajo un régimen especial de responsabilidad civil regulado en el artículo 238° de la LPAG, el mismo autor afirma en un trabajo posterior que:

³³³ Ídem, p. 14.

³³⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit., p. 820.

³³⁵ ISASI CAYO, Juan Felipe. “Responsabilidad del Estado en la Función Administrativa”. En: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad de Lima, no. 32, 2001, p. 138.

“[...] aunque existen factores comunes entre el régimen jurídico de responsabilidad civil extracontractual y el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en función administrativa, este último encuentra fundamentos particulares que lo diferencian del derecho común”³³⁶.

De este modo, Juan Felipe Isasi deja en claro que el régimen de responsabilidad patrimonial se diferencia del régimen de la responsabilidad civil extracontractual, basándose en diferentes fundamentos, lo que lo hace un régimen autónomo.

Por su parte, Luis Alberto Huamán sostiene que la proclama del *neminem laedere* del derecho civil no es la misma, en su aplicación, que en el derecho público; afirmando luego que:

“Es de verse, entonces, que un estudio ligado al tema indemnizatorio, con especial referencia a la responsabilidad extracontractual –según la doctrina, responsabilidad civil de la Administración- de los poderes públicos, necesita ser estudiado al abrigo de sus reglas particulares, dotadas de un aire peculiar distinto al del derecho civil, del cual toca abstraerlas para entender la lógica indemnizatoria donde el imputado es la organización administrativa”³³⁷.

Es decir, la doctrina entiende estar tratando la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, pero el autor afirma que debemos abstraernos de las reglas del derecho civil para entender la lógica de la indemnización de los poderes públicos.

No es del todo clara la posición de Christian Guzmán, quien pareciera alinearse a la corriente autónoma, al afirmar que la responsabilidad aplicable a la Administración Pública no puede ser la misma que la que se aplica a los

³³⁶ ISASI CAYO, Juan Felipe. Tratado de Derecho Administrativo. Estado y función administrativa. Teoría del acto administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 234.

³³⁷ HUAMÁN ORODÑEZ, Luis Alberto. Op. cit., p. 12.

particulares, puesto que la existencia de prerrogativas a su favor justifica el establecimiento de mecanismos de protección a favor de éstos, debiendo considerarse también la obligación del Estado de proteger los derechos e intereses de los administrados³³⁸.

Non obstante, a renglón seguido, el autor trata como sinónimos a la responsabilidad patrimonial y a la responsabilidad civil de la Administración Pública:

“Hablamos de responsabilidad civil o patrimonial cuando el daño originado es de naturaleza civil y puede ser resarcido a través del pago de una indemnización que por naturaleza es pecuniaria. Ahora bien, el término de responsabilidad civil hace referencia directa al hecho de que la responsabilidad resulta ser patrimonial, mas no a que pueda emplearse en forma directa elementos del derecho civil para imputar responsabilidad a la Administración Pública”³³⁹.

Si bien Guzmán Napurí hace la salvedad de no estar predicando la aplicación de los elementos del derecho civil, termina reconociendo que la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial es la misma: el pago de una indemnización -entiéndase, naturaleza resarcitoria.

Este tipo de perspectiva (corriente autónoma) tiene como fuente de influencia directa al Derecho francés, cuya jurisprudencia fue la creadora del régimen autónomo de responsabilidad del Estado. El derecho francés conoció por vez primera la responsabilidad del Estado como un régimen autónomo en el fallo del Tribunal de Conflictos de fecha 20 de mayo de 1850 (caso Manoury)³⁴⁰; pero el fallo más famoso es el que fue pronunciado por el nuevo Tribunal de Conflictos,

³³⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit., 2003, p. 564.

³³⁹ Ídem, p. 565.

³⁴⁰ La misma doctrina fue aplicada por el Consejo de Estado en su fallo del 06 de diciembre de 1855, en el caso Rothschild, y en su fallo del 06 de agosto de 1861, en el caso Dekeister, entre otros.

con fecha 01 de febrero de 1873, en el Caso Agnès Blanco³⁴¹. Este último, de forma casi idéntica al fallo de 1850, señala lo siguiente:

“[...] Considerando que la acción promovida por el señor Blanco tiene por objeto declarar al Estado civilmente responsable, de conformidad con los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, por los daños resultantes de la lesión que su hija habría demostrado por el hecho de los trabajadores empleados por la administración de tabaco;

Considerando que la responsabilidad que puede recaer en el Estado por los daños causados a los particulares por los hechos de las personas que él emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular;

Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ésta tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados; Que, en consecuencia, en virtud de las leyes antes mencionadas [leyes del 16-24 de agosto de 1790 y del 16 de fructidor del año III, la ordenanza del primero de junio de 1828 y la ley del 24 de mayo de 1872), la autoridad administrativa es la única competente para conocer de estos casos”³⁴².

³⁴¹ Según Marcel Waline, la sentencia del caso Blanco tiene una importancia excepcional, debido precisamente a que no fue expedida por el Consejo de Estado (un tanto tendencioso), en el cumplimiento de sus funciones de tribunal de conflictos, sino por el nuevo Tribunal de Conflictos, compuesto esta vez, en la mitad de sus miembros, por representantes del orden judicial, quienes reafirman esta jurisprudencia. Prólogo de Marcel Waline a la obra de CHAPUS, René. Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire. Collection de la Faculté Jean Monnet. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. Réimpression de l'édition de 1954, pp. 8-9.

³⁴² Traducción libre de: « *Considérant que l'action intentée par le sieur Blanco a pour objet de faire déclarer l'État civilement responsable, par application des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'administration des tabacs; / Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; / Que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés; / Que dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître* ». Fallo del Tribunal de Conflictos, del 08 de febrero de 1873, N° 00012, publicado en la colección Lebon.

Por nuestra parte, no compartimos la idea de que el régimen de responsabilidad patrimonial, prescrito en el artículo 238° de la LPAG, constituya un régimen autónomo de derecho público. Por el contrario, consideramos, y proponemos, que la responsabilidad patrimonial es un régimen especial de responsabilidad civil, adecuado al tipo de actividad productora de daños: la actividad de la Administración Pública.

En la doctrina peruana, ningún autor ha sostenido esta posición. Sería forzado interpretar que Víctor Sebastián Baca considera que la responsabilidad patrimonial constituye un régimen especial de responsabilidad civil sólo por el hecho de apoyar parte de sus reflexiones en doctrina sobre responsabilidad civil extracontractual³⁴³.

Visto el estado de la cuestión en nuestro medio, cabe preguntarse ¿cuál es la diferencia de considerar la responsabilidad patrimonial como un régimen autónomo o un régimen especial? ¿Hay alguna utilidad en plantearse esta interrogante?

Sostener que la responsabilidad patrimonial es un régimen autónomo de derecho público implica considerar que ésta se trata de una institución distinta e independiente (autónoma) de la responsabilidad civil, con diferentes funciones, y, consiguientemente, diferentes elementos. Cualquier similitud sería meramente contingente.

Por el contrario, asumir que la responsabilidad patrimonial es un régimen especial de responsabilidad civil implica entender que la responsabilidad patrimonial comparte la misma naturaleza jurídica que la responsabilidad civil, teniendo las mismas funciones; por lo que, tienen también elementos comunes.

Bajo esta perspectiva, no existe una mera proyección de los elementos de la responsabilidad civil para construir una institución nueva y distinta en el seno del

³⁴³ BACA ONETO, Víctor Sebastián. Op. cit., pp. 233-248.

derecho público; sino que se asiste a una adaptación de los mismos, a efectos de dar una solución más apropiada que tome en cuenta las especiales circunstancias de la actividad productora de daños.

Si bien para nuestra doctrina es pacífico considerar que la responsabilidad patrimonial es un régimen autónomo de derecho público, en realidad ésta no parece haberse planteado la posibilidad de considerar que se trata de un régimen especial de responsabilidad civil.

Las razones que se han esgrimido a favor de considerar la responsabilidad de la Administración como un régimen autónomo son rebatibles, y los verdaderos motivos de la aceptación de esta corriente son del todo contingentes. A continuación, expondremos los argumentos a favor de un régimen autónomo de responsabilidad de la Administración Pública, explicando seguidamente la insostenibilidad de los mismos en nuestro ordenamiento:

- i) La responsabilidad de la Administración se rige por normas autónomas y diferentes al Código Civil.

A finales del siglo XIX, en Francia, Édourad Laferrière defendió el régimen autónomo de responsabilidad administrativa buscando desacreditar la aplicación de las normas del Código Civil al Estado³⁴⁴, basándose en la voluntad del legislador napoleónico³⁴⁵ y la distinta naturaleza de la relación entre el Estado y sus funcionarios³⁴⁶. Nos

³⁴⁴ Parte de la doctrina y jurisprudencia francesa sostenían la aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Code civil al Estado. Véase: LAFERRIÈRE, Édourad. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tome 1, 2^e édition. Paris: Berger-Levrault, 1896, pp. 675-677; quien cita a Marcadé, Sourdat, y las sentencias expedidas por la Corte de Casación con fecha 01 de abril de 1845 y 19 de diciembre de 1854.

³⁴⁵ « [Les auteurs du Code] faisaient un Code civil et que, pendant toute la durée de leur œuvre, ils avaient maintes fois manifesté leur volonté de ne tracer que des règles de droit civil et privé, et de ne les rendre applicables aux administrations publiques qu'en vertu de dispositions expresses » : Ídem, pp. 677-678.

³⁴⁶ « [...] le fonctionnaire n'est, en réalité, ni un mandataire ni un préposé de l'État dans le sens des articles 1988 et 1384 du Code civil. Les rapports qui existent entre lui et cet être impersonnel qu'on appelle l'État ou la puissance publique, sont des relations d'une nature toute spéciale qui diffèrent notablement de celles que le Code civil a prévues » : Ídem, pp. 678-679.

encontramos en una época donde la materialización, y máxima expresión, del derecho civil se encuentra legislado precisamente en el *Code Napoleon*.

Sin embargo, la aplicación de las normas del Código Civil fue finalmente aceptada para los casos denominados de “*ius gestionis*”, en los que el Estado actuaba como un privado más, y, sometido, por lo tanto, a las normas que regían las relaciones entre privados.

En el actual estado del derecho civil peruano, sería vano sostener la inaplicación del Código Civil al Estado. De hecho, las normas sobre responsabilidad civil previstas en el Código Civil han sido aplicadas pacíficamente al Estado y a la Administración Pública, sin ser objetadas, desde la vigencia del Código Civil de 1936.

Por otro lado, la responsabilidad civil en el Perú no se restringe solamente al Código Civil, sino que se extiende a un cúmulo de normas especiales, que no son considerados regímenes autónomos de responsabilidad para cada supuesto, sino regímenes especiales de responsabilidad civil; a saber: responsabilidad por accidentes de tránsito, responsabilidad por daño ambiental, responsabilidad por accidentes de trabajo, responsabilidad por el manejo de residuos sólidos, etc.

Del mismo modo, consideramos que la responsabilidad patrimonial puede ser considerada como un régimen especial de responsabilidad civil aplicable a la Administración Pública en el ejercicio de su función administrativa.

- ii) La especial naturaleza del Estado reclama una disciplina distinta, separada de los principios del Derecho privado.

En un primer momento, la especial naturaleza del Estado fue invocada a efectos de negar su responsabilidad, haciéndose referencia a su

autoridad soberana y sus exigencias políticas. Así, en la penúltima década del siglo XIX, en Italia, resurgió una corriente que proclamó la irresponsabilidad del Estado, apoyándose en la peculiar índole del sujeto público³⁴⁷.

No obstante, en un momento posterior, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la doctrina administrativista italiana construyó, sobre la base de la peculiar personalidad del Estado, un régimen más garantista comparado con el régimen previsto en el Código Civil, buscando erradicar los espacios de inmunidad que la jurisprudencia otorgaba al Estado, y basado en el Derecho público, en particular en la legislación sobre expropiación forzosa³⁴⁸.

Esta postura fue superada en Italia sobre la base de que la responsabilidad de la Administración Pública no podía concebirse como algo sustancialmente distinto de la responsabilidad civil, señalándose que las insuficiencias de la teoría de la culpa no era un problema aislado de la responsabilidad del Estado sino, más bien, un problema del régimen de responsabilidad civil para dar solución a una serie de supuestos distintos entre sí³⁴⁹.

³⁴⁷ En este sentido, Mantellini sostuvo que: *“la giustizia civile non può consultare che il codice per applicare il testo quale è e come dispone; la giustizia amministrativa non ha invece che il criterio dei suoi agenti per bilanciare la somma degli interessi, ai quali deve per proprio istituto provvedere, anche a scapito di interessi reputati minori. E nel modo che non si processa il Giudice, nè il denaro pubblico paga i danni della sentenza giusta o ingiusta, non può essere processato il Governo, nè il denaro pubblico paga i danni del cattivo, e men che mai del buono provvedimento”*. La misma posición fue asumida por Saredo: *“lo Stato, che è il diritto organizzato, non commette, non può commettere violazione del diritto: a lui come al Sovrano nella monarchia costituzionale, si applica la regola che “non può far male”: “cannot do wrong”. È una presunzione “iuris et de iure”, imposta dalla natura dai fini dello Stato”*. Ambos citados por MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Madrid: Civitas, 2005, pp. 48-50.

³⁴⁸ Ídem, pp. 56-58. Medina Alcoz cita, bajo esta línea de pensamiento, a Meucci, Chironi, Vacchelli, Ranelletti, Forti y Cammeo.

³⁴⁹ Así, para Orlando, el sentimiento de insuficiencia de la responsabilidad civil “non è speciale alla materia nostra [responsabilidad del Estado] ma comune ad altre manifestazione di índole affatto diversa e che sussiste altresì comunità di ragioni”. Asimismo, el autor señaló que: “non è già, dunque, il diritto pubblico che abbia creato, in antitesi al diritto comune privato, la figura della responsabilità diretta dello Stato, ma è l’istituto di diritto

Como se verá más adelante, también en el derecho español hubo la preocupación de superar las insuficiencias del sistema culpabilístico de responsabilidad civil, distinguiendo, de este modo, al régimen de responsabilidad patrimonial.

No obstante, en el derecho civil peruano establecido con el Código Civil de 1984, la culpa no es el único criterio de imputación que da lugar a la responsabilidad civil, sino que se establece también una cláusula general de responsabilidad objetiva. Por lo que, el sistema de responsabilidad civil actual era lo suficientemente flexible para dar solución al problema de la responsabilidad del Estado.

Por tanto, a comienzos del siglo XXI no había punto de distingue entre el régimen de responsabilidad patrimonial y el régimen de responsabilidad civil. Como mucho, estamos ante una adecuación de los elementos de la responsabilidad civil, que no originan un sistema autónomo, sino un régimen especial de un unitario sistema de responsabilidad civil.

- iii) A diferencia de la responsabilidad civil de tipo equitativa, la responsabilidad de la Administración debe considerar la inequitativa relación Administración – administrado, y la obligación del Estado de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Este fundamento ha sido proclamado, entre la doctrina peruana, por Orlando Vignolo, para quien el criterio de la culpa resulta desequilibrado para un régimen de responsabilidad de la Administración Pública, sosteniendo que el motivo de un sistema objetivo es la relación dispar entre Administración y administrado:

comune privato che è venuto trasformandosi in maniera da comprenderé anche quella figura speciale di responsabilità”, Ídem, pp. 60-62.

*“Este régimen es una verdadera respuesta frente a las carencias que plantea la responsabilidad civil (o aquiliana) por daños, construido sobre la base de la **culpa o negligencia** del causante, pues esta última resulta desequilibrada para atender las afectaciones patrimoniales causadas por las actividades propias de la Administración Pública, marcadas en toda su extensión por las potestades y privilegios habilitados por el ordenamiento a esta organización del poder público, los cuales son completamente distintos al ejercicio de derechos y libertades presentados en las acciones de los particulares”³⁵⁰.*

Si bien resulta atendible promover reglas favorables para resarcir a las víctimas que se encuentran en una situación desigualitaria frente a la Administración Pública que produce los daños, este hecho no implica establecer un régimen autónomo de derecho público, diferente al instituto de responsabilidad civil.

De hecho, ya a inicios del siglo XIX, se discutió en el ámbito del Derecho civil la necesidad de prescindir del principio “no hay responsabilidad sin culpa”, originándose así la teoría del riesgo-beneficio³⁵¹. Es sobre la base de esta teoría, en su versión riesgo empresarial, que comenzó a explicarse los supuestos de responsabilidad vicaria, que anteriormente se había explicado de forma incoherente en una presunción de culpa³⁵².

La doctrina civil actual es unánime en identificar la responsabilidad vicaria como un supuesto en el que el principal responde de forma objetiva. Es más, incluso nuestra jurisprudencia ha llegado a

³⁵⁰ VIGNOLO CUEVA, Orlando. Op. cit., pp. 382-383.

³⁵¹ Vid. infra Capítulo II, punto 1.1, apartado c).

³⁵² Vid. infra Capítulo III, punto 2.4.

interpretar que la responsabilidad del comitente abarca los daños cometidos por el agente en ausencia de culpa, y no precisamente basándose en los criterios de riesgo o peligro³⁵³.

El intento de identificar en la responsabilidad patrimonial un régimen objetivo según el cual la Administración debe responder por los hechos de sus funcionarios y agentes, haya habido o no culpa por parte de éstos, confirma que la naturaleza de esta responsabilidad es la misma que en el Derecho privado. Es decir, queda confirmado que la responsabilidad patrimonial es un régimen especial de responsabilidad civil.

Por el contrario, existen importantes razones para considerar que el régimen de responsabilidad patrimonial establecido en el artículo 238° de la LPAG regula, en realidad, la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, constituyendo un régimen especial de responsabilidad civil:

- i) Responsabilidad patrimonial: Construcción de una teoría general de la responsabilidad civil

Desde el primer momento, el artífice del régimen de responsabilidad patrimonial, García de Enterría, declaró estar formulando las bases para una teoría general de la responsabilidad civil, válida tanto para el derecho público como para el privado³⁵⁴.

Es más, con respecto a las posiciones autónomas, o teorías substantivas, que pretendían encontrar las bases de la responsabilidad del Estado exclusivamente en el Derecho Público, García de Enterría expresa que:

³⁵³ Dictámenes Fiscales citados por TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Op. cit., Tomo I, pp. 528-530.

³⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit., 1989, p. 178.

“Este planteamiento del problema puede considerarse hoy como definitivamente superado. La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas”³⁵⁵.

También la doctrina española posterior reconoce estar tratando la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública. Así, por ejemplo Leguina Villa³⁵⁶, Pantaleón Prieto³⁵⁷, Martín Rebollo³⁵⁸, Mir Puigpelat³⁵⁹, Medina Alcoz³⁶⁰.

La única razón del porqué la responsabilidad de la Administración se legisló en una ley especial, fue por la urgencia de dar solución a la fáctica irresponsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos, a través de la interpretación del Código Civil y de la Ley Maura. De modo que, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 no podía dejar pasar la oportunidad para regular también la responsabilidad civil de la Administración en el mismo cuerpo normativo.

³⁵⁵ Ídem, pp. 166-167.

³⁵⁶ LEGUINA VILLA, Jesús. Op. cit., siendo el título de su obra bastante expresivo: “La responsabilidad civil de la Administración Pública”.

³⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Op. cit., 1994, quien desde un principio refiere que la responsabilidad patrimonial es, en estricto, responsabilidad civil extracontractual de la Administración.

³⁵⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis. Op. cit.

³⁵⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit..

³⁶⁰ MEDINA ALCOZ, Luis. Op. cit., quien, destacando la importancia de la perspectiva histórica en su investigación, afirma que: “[...] el sistema de la LPC es un subsistema perteneciente a un único instituto, el de la responsabilidad civil [...]”. Ídem, p. 42.

Las razones del surgimiento del régimen de responsabilidad patrimonial en España son, entonces, meramente contingentes. De igual forma ocurrió en Francia. La razón de la existencia de una *responsabilité administrative* “distinta” de la responsabilidad civil, se debió a la separación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa³⁶¹. Fue la jurisdicción administrativa la que formuló, jurisprudencialmente, un régimen autónomo de responsabilidad, donde no eran aplicables las normas del Código Civil, y que no era general ni absoluto (guardando ámbitos de irresponsabilidad para la Administración).

La desacralización de ese régimen supuestamente autónomo y distinto de la responsabilidad civil fue propugnada, principalmente, por Just Luchet, en su tesis de doctorado “*L'Arrêt Blanco: la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'état*” (1935), y por René Chapus, con su obra “*Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*” (1954).

- ii) La responsabilidad patrimonial tiene las mismas funciones que la responsabilidad civil

El instituto de la responsabilidad civil cumple las mismas funciones, ya sea en su regulación general en el Código Civil o en su regulación especial en la LPAG. En la doctrina española, dedica tempranamente un estudio de las funciones de la responsabilidad de la Administración

³⁶¹ Si una determinada controversia era conocida por la jurisdicción administrativa, ello implicaba necesariamente que el derecho aplicable era uno distinto y autónomo del derecho civil. De hecho, en un primer momento, El Consejo de Estado francés defendió la competencia de la jurisdicción administrativa alegando la necesidad de apreciar las relaciones del Estado y sus funcionarios, y que era de su conocimiento toda controversia donde se pretendiese declarar al Estado deudor. Sobre el particular, véase: LAFERRIÈRE, Édourad. Op. cit. Tome 1, 1896, p. 680.

en los distintos ordenamientos Leguina Villa³⁶². No obstante, es Mir Puigpelat quien aborda el tema de manera más completa.

En efecto, Mir Puigpelat encuentra que las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración son las mismas que la responsabilidad civil de los particulares; a saber, función resarcitoria (reparar los daños causados por la Administración), preventiva (incentivar que la Administración como organización evite la producción de daños), control social (la responsabilidad patrimonial como instrumento de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos) y demarcatoria (la responsabilidad patrimonial define el ámbito de actuación libre, sin carga indemnizatoria, de la Administración)³⁶³.

En el Derecho peruano, Christian Guzmán identifica que las funciones de la responsabilidad patrimonial son la función de resarcimiento de la víctima del acto dañoso, función preventiva de generación de incentivos adecuados para que los posibles agentes eviten la realización de actos potencialmente dañosos, y función de distribución de los efectos económicos del daño entre los entes que componen la Sociedad³⁶⁴. Es decir, la responsabilidad patrimonial cumpliría las mismas funciones que el de la responsabilidad civil.

Por tanto, tratándose de la misma institución jurídica, que trasciende los límites del Código Civil y queda complementado con una serie de leyes especiales, con las mismas funciones y la misma naturaleza en

³⁶² LEGUINA VILLA, Jesús. "El fundamento de la responsabilidad de la Administración". Op. cit. Apéndice II.

³⁶³ MIR PUIGPELAT, Oriol. Op. cit., pp. 129-152. "*¿Satisface y -sobre todo- debe satisfacer la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración las funciones que, como acabamos de ver, corresponde a la institución general de la responsabilidad civil, de la que procede? La respuesta sólo puede ser afirmativa*". Ídem, p. 143.

³⁶⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit., 2003, pp. 563-564. Esta última función se encontraría presente en la obligación de contratar seguros, en la existencia de responsabilidad por productos defectuosos y en la responsabilidad objetiva de la Administración.

el Derecho Privado y en el Derecho Público, debemos concluir que la responsabilidad patrimonial es un régimen especial de responsabilidad civil para la Administración Pública.

iii) Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad implica, con respecto al instituto de la responsabilidad civil, un tratamiento igualitario para las víctimas, la aplicación de un mismo régimen de resarcimiento, que no puede contener distinciones en razón de las cualidades de los sujetos, sino solamente con motivo de razones objetivas que así lo ameriten.

Es posible una distinción de regímenes, de responsabilidad subjetiva y objetiva, por ejemplo; pero atendiendo a la diferente situación objetiva que se regula. Así, la responsabilidad objetiva encontrará su fundamento en la necesidad de dar solución a los supuestos donde existe la creación de un riesgo, o peligro, superior al normal.

En el mismo sentido, Reglero Campos, en el Derecho español, ha afirmado que:

“[...] el hecho de que los diferentes ámbitos de responsabilidad puedan regularse de distinta manera no debe ocultar que si bien hay ciertos elementos del régimen de responsabilidad que admiten ese trato diferenciado, hay otros en los que debe primar la igualdad. Puede considerarse razonable que en las actividades de riesgo la norma establezca un régimen objetivo de responsabilidad, y mantenga la culpa con carácter general”³⁶⁵.

³⁶⁵ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coordinador). Tratado de Responsabilidad Civil, 2da edición. Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 105-106.

En esa línea de pensamiento, no podría establecerse un régimen de responsabilidad distinto basándose exclusivamente en que los daños fueron provocados por la Administración. Dicho en otros términos, no existe justificación alguna para dar un trato distinto a las víctimas de un mismo tipo de daño, y ejerciéndose la misma actividad, sólo porque en un caso dicho daño fue producido por un privado, o porque en otro caso el daño fue producido por la Administración.

Es basándose en este principio que en el Derecho italiano se empezó a hablar de una responsabilidad precontractual de la Administración Pública, basándose precisamente en supuestos como los de responsabilidad médica, donde se infiere el mismo tipo de daño en el desenvolvimiento de la misma actividad, pero donde la solución parecía ser distinta cuando el servicio era prestado por la Administración (responsabilidad civil extracontractual) o por una Clínica privada (responsabilidad civil contractual).

Es por estas razones que debemos concluir que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, regulada en el artículo 238° de la LPAG, es un régimen especial de responsabilidad civil, y, por lo tanto, es natural que compartan la misma naturaleza, las mismas funciones y los mismos elementos.

La misma conclusión ha sido anunciada por la Segunda Sala Civil de Arequipa, en dos de sus resoluciones. La primera, es la Sentencia de fecha 02 de julio 2012, recaída en el expediente N° 4001-2002, sobre indemnización por los daños derivados de una duplicidad de partidas registrales. En la parte final del Considerando Quinto se señala que:

“[...] ha quedado proscrita la idea de que El Estado no debe responder por los daños que ocasionen sus instituciones o sus funcionarios o agentes y sea que exista norma expresa o no, las personas deben tener la posibilidad de recurrir contra El Estado para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial cuando las entidades que la conforman y sus funcionarios incurran en algún acto que ocasione algún perjuicio

resarcible (pero no cualquier daño), no escapando los sistemas que implementa el Estado mientras se asientan y establecen idóneamente estos y aun cuando ya establecidos pueden ocasionar algún daño, pues la denominada Responsabilidad Patrimonial del Estado no deja de ser una responsabilidad civil; aunque con principios propios y matices particulares y tiene como base el hecho de que la administración pública está dirigida a lograr beneficios colectivos, pero que deben también ser asumidos por toda la colectividad”.

La segunda, es el Auto de Vista de fecha 08 de agosto de 2008, recaída en la causa N° 2003-00143-0-040101-SS-CI-02, sobre indemnización por error registral. El Considerando Quinto de la resolución señala que:

« Que, siendo esto así, estamos frente a lo que es la responsabilidad patrimonial civil o económica de la Administración Pública, cuya previsión legal la hallamos en la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro (Ley del Procedimiento Administrativo General) en cuanto señala que “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” ».

CONCLUSIONES

Luego de haber abordado el instituto de la responsabilidad de la Administración Pública en el ordenamiento español y peruano; puntualizando el contexto jurídico de cada uno, al momento de la construcción del régimen de responsabilidad patrimonial y de su traslado al ordenamiento peruano; y habiendo repasado las interpretaciones recogidas por nuestra doctrina administrativista, sobre cada elemento del régimen de responsabilidad patrimonial; hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. La interpretación de los elementos del régimen de responsabilidad patrimonial (artículo 238° de la LPAG), recogida por nuestra doctrina administrativista, contrasta con la interpretación de los elementos de la responsabilidad civil (artículos 1969° y ss del CC), consolidada por nuestra doctrina civilista; dando lugar a una serie de problemas teórico-jurídicos, concretamente en la interpretación del elemento de la antijuricidad y del hecho dañoso; a saber:
 - a. Tergiversación del elemento de la *ausencia de un deber jurídico de soportar el daño*, afirmando la posibilidad de responsabilidad por daños lícitos.
 - b. Confusión de la función del principio de igualdad ante las cargas públicas.
 - c. Concepción del régimen de responsabilidad patrimonial como uno de carácter exclusivamente objetivo.
 - d. Confusión de la responsabilidad directa e indirecta de las personas jurídicas.
 - e. Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por la pura causalidad.
 - f. Confusión de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por daños lícitos.
2. Estos problemas teóricos tienen su origen en la interpretación de nuestro régimen de responsabilidad patrimonial, de conformidad con las

interpretaciones elaboradas por la doctrina española para el régimen de responsabilidad patrimonial español, sin considerar las diferencias entre el contexto jurídico español en el que se construyó el régimen y el contexto jurídico peruano en el que se le importó; a saber:

- a. Contexto jurídico español de mediados del siglo XX: irresponsabilidad de la Administración y sus funcionarios, sobre la base de la interpretación del Código Civil y la Ley Maura; sentimiento de superación de la responsabilidad por culpa; planteamiento del criterio jurisprudencial francés de la *faute de service* y la teoría de la garantía patrimonial; actividad administrativa cada vez más amplia y dañosa.
- b. Contexto jurídico peruano de inicios del siglo XXI: sistema de responsabilidad sobre la base de dos cláusulas normativas generales, de responsabilidad subjetiva y objetiva; individualización de la antijuricidad como elemento independiente con respecto a la culpabilidad; tendencia a una apreciación abstracta de la culpa; reducción de la actividad de la Administración, por efecto de la liberalización y privatización de la década de los noventa.

ANEXOS:

ANEXO A:

Ley N° 27444 (versión original)	Ley N° 27444 (versión modificada por el Decreto Legislativo N° 1029)	Ley de Expropiación Forzosa de 1954	LRJ-PAC de 26 de noviembre de 1992 (versión modificada por la Ley 4/1999)
238.1 Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda <u>lesión</u> que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor , siempre que el perjuicio sea consecuencia del <u>funcionamiento de la administración.</u>	238.1 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 <u>daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos</u> directamente prestados por aquéllas. 238.2 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	121.1 Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda <u>lesión</u> que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del <u>funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos,</u> o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio	139.1 Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda <u>lesión</u> que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor , siempre que la lesión sea consecuencia del <u>funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.</u>

	<p>mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.</p>	<p>de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo [...].</p>	
<p>238.2 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.</p>	<p>238.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.</p>		<p>142.4 La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5.</p>
<p>238.3 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e</p>	<p>238.4 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.</p>	<p>122.1 En todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a</p>	<p>139.2 En todo case, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e</p>

individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.		una persona o grupo de personas.	individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
238.4 Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el <u>deber jurídico de soportar</u> de acuerdo con la ley.	238.2 [...] 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 <u>deber jurídico de soportar</u> de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.		141.1 Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el <u>deber jurídico de soportar</u> de acuerdo con la Ley.
238.5 La cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo.	238.5 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.		141.3 La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de lo dispuesto, respecto de los intereses de demora, por la Ley General Presupuestaria.
238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados,	238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir		145.2 La Administración correspondiente, cuando hubiere

<p>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.</p>	<p>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.</p>		<p>indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.</p>
--	--	--	---

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR DIAS, José de. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Traducción de Juan Agustín Moyano e Ignacia Moyano. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr, 1957.

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen segundo. Barcelona: Bosch, 1985.

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen primero, 10ma edición. Barcelona: José María Bosch, 1997.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo. "La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo". En: Revista de Administración Pública, no. 127, enero-abril, 1992, pp. 211-240.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid: Civitas, 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)". En: AA.VV. El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 17-54.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

BACA ONETO, Víctor Sebastián. "¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa". En: Revista de Derecho Administrativo, año 5, no. 9, 2010, pp. 233-248.

BELIN, Jean. Le principe de l'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence administrative moderne. Extrait de la Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger, juillet-août-septembre 1934. Paris: Marcel Giard, 1934.

BIANCA, Cesare Massimo. "La negligencia en el derecho civil italiano". En: AA.VV. Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Traducción y edición de Leysser Luigi León Hilario. Lima: ARA, 2001, pp. 341-369.

BLASCO ESTEVE, Avelino. "La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos". En: Revista de Administración Pública, no. 91, enero-abril, 1980, pp. 195-241.

BRAVO CUCCI, Jorge. Fundamentos de Derecho Tributario, 4ta edición. Lima: Jurista editores, 2010.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, 2da edición. Lima: Palestra, 2009.

BUSNELLI, Francesco Donato. "La parábola de la responsabilidad civil". En: AA.VV. Responsabilidad civil contemporánea. Lima: ARA Editores y Ius et veritas, 2009, pp. 103-155.

CALLE, Juan José. Código Civil del Perú. Anotado con las modificaciones que contendrá el Proyecto de Nuevo Código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora, creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Lima: Gil, 1928.

CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. "El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho". En: Ius et veritas. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no. 45, diciembre, 2012, pp. 210-227.

CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. “La responsabilidad civil derivada de actos lícitos dañosos en el Derecho Privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos”. En: *Ais Ars Iuris Salmanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. Volumen 3, no. 2, diciembre, 2015, pp. 75-108.

CASSETTA, Elio. *L'illecito degli enti pubblici*. Torino: Giappichelli, 1953.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*, 2da edizione. Extracto traducido por Leysser L. León Hilario. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 33-77.

CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Collection de la Faculté Jean Monnet. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. Réimpression de l'édition de 1954.

CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil Español*. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral, y Antonio Gullón Ballesteros. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Diario de los Debates*. Periodo Legislativo 2000-2001. Comisión Permanente, 20ª Sesión (Vespertina). Jueves 15 de marzo de 2001. Presidencia de los señores Henry Pease García, Manuel Alejandro Masías Oyanguren y Carlos Ferrero Costa.

COLEMAN, Jules L. “Teorías del Derecho de Daños”. En: FABRA, Jorge y ORTEGA, Santiago. *Hacia una nueva Teoría de la Responsabilidad Extracontractual*. Memorias del Primer Seminario Internacional de Teoría del Daño y la Responsabilidad Civil. Lima: Jurista Editores, 2012, pp. 23-64.

CORSARO, Luigi. "Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano". En: AA.VV. Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Traducción y edición de Leysser Luigi León Hilario. Lima: ARA, 2001, pp. 135-186.

CUETO PÉREZ, Miriam. "Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/92". En: RAP, no. 152, mayo-agosto, 2000, pp. 269-287

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 17-33.

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 37-78.

DE LA VALLINA, Juan Luis. "La responsabilidad civil de la Administración Pública". En: Revista de Documentación Administrativa, no. 78-79, 1964, pp. 25-30.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Sistema de Derecho Civil, volumen II, 4ta edición. Madrid: Tecnos, 1985.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 1999.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. "Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos". En: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (director). Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. Madrid: La Ley, 2010.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Tomo II., 1ra edición peruana, equivalente a la 10ma edición argentina. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho Administrativo, 3ra edición. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Responsabilidad Objetiva de la Administración en el Perú: Entre la erosión de un modelo y la posible configuración de una alternativa mixta”. En: Derecho y Debate.

Consulta: 25 de agosto de 2015.

<http://derechoydebate.com/admin/uploads/544521d8ba8e4-espinoza-saldae-loy-responsabilidad-objetiva-de-la.pdf>

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Sobre la importancia de considerar como supuesto de hecho autónomo a la responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes”. En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COAGUILA (dir). Instituciones de Derecho Privado. Responsabilidad civil. Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales. Responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado. Tomo 5. Lima: Grijley, 2006, pp. 447-517.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones no inscritas. Tomo II, 6ta edición. Lima: Grijley, 2012.

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. “La experiencia de privatización en el Perú, 1991-2004”. En: FERNÁNDEZ-BACA, Jorge (editor). Experiencias de regulación en el Perú. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2004, pp. 37-49.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “De la culpa ética a la Responsabilidad Subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)”. En: Themis. Revista de Derecho, no. 50.

FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Hidráulica en el supuesto de inundaciones”. En: Revista de Administración Pública, no. 182, mayo-agosto, 2010, pp. 123-158.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. “Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales”. En: Revista de Administración Pública, no. 67, enero-abril, 1972, pp. 147-196.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. “Tercero civil en el proceso penal. Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat”. En: Diálogo con la Jurisprudencia, no. 96, setiembre, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”. En: Anuario de Derecho Civil, 1955, fascículo 4, pp. 1023-1166.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración, reedición que reproduce facsimilarmente la de 1956. Reimpresión de la edición de 1984. Madrid: Civitas, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo II, 9na edición. Madrid: Civitas, 2005.

GARRIDO FALLA, Fernando. “La Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial”. En: Revista de Administración Pública, no. 119, mayo-agosto, 1989, pp. 7-48.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, 10ma edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Amministrativo, Volume Primo, Terza Edizione. Milano: Giufrè, 1993.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. “Función pública y acciones de responsabilidad civil”. En: Revista de Administración Pública, no. 39, setiembre-diciembre, 1962, pp. 187-219.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Madrid: Civitas, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, 7ma edición. Madrid: Civitas, 2015.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad de la Administración, 2da edición. Navarra: Aranzadi, 2000.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”. En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444. Segunda Parte. Lima: ARA, 2003, pp. 559-599.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Pacífico Editores, 2013.

HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public général : à l’usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques, 4e édition.

HUAMÁN ORODÑEZ, Luis Alberto. Responsabilidad civil de la Administración, pretensión indemnizatoria y proceso contencioso-administrativo. Lima: ECB Ediciones, 2015.

ISASI CAYO, Juan Felipe. “Responsabilidad del Estado en la Función Administrativa”. En: Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad de Lima, no. 32, 2001.

ISASI CAYO, Juan Felipe. Tratado de Derecho Administrativo. Estado y función administrativa. Teoría del acto administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

JORDANO FRAGA, Jesús. “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas”. En: Revista de Administración Pública, no. 149, mayo-agosto, 1999, pp. 321-336.

LAFERRIÈRE, Édourad. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Tome 1, 2e édition. Paris: Berger-Levrault, 1896.

LAFERRIÈRE, Édourad. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Tome 2, 2e édition. Paris: Berger-Levrault, 1896.

LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores, 2004.

LE TOURNEAU, Philippe. “El verdor de la culpa en la responsabilidad civil (o de la relatividad de su ocaso). En: Advocatus, época 2, no. 27. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2012, pp. 159-176. Traducido por José Luis Gabriel.

LEGUINA VILLA, Jesús. La responsabilidad civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español, 2da edición. Madrid: Tecnos, 1983.

LEÓN BARANDIARÁN, José. “Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual”. En: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Código Civil. Volumen VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Compilado por Delia Revoredo de Debakey. Lima: Grafotécnica, 1988.

LEÓN HILARIO, Leysser L. “Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas”. En: Estudios sobre el contrato en general: por los sesenta años del Código civil italiano. Lima: ARA, 2004.

LEÓN HILARIO, Leysser. La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, 3ra edición corregida y aumentada. Lima: El Jurista Editores, 2011.

LOMBARD, Martine, DUMONT, Gilles, y SIRINELLI, Jean. Droit administratif, 10e édition. Paris: Dalloz, 2013.

MARTIN TIRADO, Richard. “La responsabilidad de la Administración Pública y del personas a su servicio”. En: AA.VV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444, 2da edición. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 307-323.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”. En: Revista de Administración Pública, no. 150, setiembre-diciembre, 1999, pp. 317-371.

MARTÍN REBOLLO, Luis. Leyes Administrativas: Manual y Normas básicas. Madrid: Civitas, 2015.

MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo: aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema. Madrid: Civitas, 2005.

MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas, 2002.

MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRÍA, Loretta. La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo. Lima: Ediciones Legales, 2009.

MORALES HERVIAS, Rómulo. "Persona jurídica como civilmente responsable. Una infeliz o feliz vinculación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal". En: Diálogo con la Jurisprudencia, no. 96, setiembre, 2006, pp. 65-71.

MORALES HERVIAS, Rómulo. "La responsabilidad de la Administración Pública y el derecho del resarcimiento del administrado", 2013. En: Prometheo. Consulta: 09 de julio de 2015.

<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=43>.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo. Curso. Tema de reflexión. Comentarios y análisis de fallos. Traducido por Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Peláez Gutiérrez. Traducción de la décima edición (actualizada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición, actualizada y revisada. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuricidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo". En: Revista de Administración Pública, no. 187. Madrid, 2012, pp. 97-139.

NIETO GARCÍA, Alejandro. "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado". En: Revista Española de Derecho Administrativo, no. 4, enero-marzo, 1975, pp. 90-95.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "La responsabilidad objetiva". En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea. Lima: MOTIVENSA, 2011.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. "La responsabilidad civil de la Administración Pública". En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Época 2, no. 32, 1995, pp. 17-22.

ORTIZ DÍAZ, José. “El horizonte de las Administraciones Públicas en el cambio de siglo. Algunas consideraciones de cara al año 2000”. En: SOSA WAGNER, Francisco. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo I. Valencia: Tirant to blaanch, 2000, pp. 63-117.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes”. En: Revista Jurídica del Perú, año LIII, no. 47, junio, 2003, pp. 3-16.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas). Madrid: Civitas, 1995.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. En: Revista de Documentación Administrativa, números 237-238, enero-junio, 1994, pp. 239-253.

PARADA, Ramón. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Madrid: Marcial Pons, 1993.

PAZOS HAYASHIDA, JAVIER. “Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: hechos dañosos justificados”. En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo X, 3ra edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 107-113.

PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo sexto. Las Obligaciones. Primera Parte. La Habana: Cultural, 1927.

PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil español. Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 2. Barcelona: Nauta, 1966.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. «La teoría del riesgo profesional: “expresión militante de la economía contemporánea”». En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coordinador). Tratado de Responsabilidad Civil, 2da edición. Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 45-162.

REGLERO CAMPOS, Fernando. “Los sistemas de responsabilidad civil”. En: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coordinador). Tratado de Responsabilidad Civil, 2da edición. Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 163-200.

ROPPO, Vincenzo. Diritto Privato, 2da edizione. Torino: G. Giappichelli, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración”. En: Revista Española de Derecho Administrativo, no. 7, octubre-diciembre, 1975, pp. 646-653.

SANTOS MORÓN, María José. La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos. Madrid: lustel, 2007.

SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal, 4ta edición, actualizada y revisada. Madrid: Montecorvo, 1986.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Tome I. Deuxième édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SCHLESINGER, Piero. “La injusticia del daño en el acto ilícito civil”. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León Hilario. Lima: ARA, 2001, pp. 41-61.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "El proceso de reforma del Código Civil peruano de 1984. La necesidad de su actualización para el siglo XXI". En: AA.VV. Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

STARCK, Boris. Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Thésis. Paris: L. Rodstein, 1947.

STARCK, Boris. Droit civil: obligations. 1. Responsabilité délictuelle, 2e edition. Paris: Libraries techniques, 1985.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "¿Es la antijuricidad un requisito fundamental de la Responsabilidad Civil Extracontractual?". En: Advocatus. Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Época I, no. 6, año 4, 1994, pp. 54-58.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Reimpresión de la 3ra edición. Lima: Grijley, 2015.

TEISSIER, Georges. La responsabilité de la puissance publique. Paris: Paul Dupont, 1906.

TORRES LÓPEZ, María Asunción. "La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria". QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales, 2da edición. Tomo I. Valencia: Tirant to Blanch, 2013, pp. 853-894.

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. La responsabilidad extracontractual, Tomo I, 7ma edición. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. La responsabilidad extracontractual, Tomo II, 7ma edición. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.

TRIMARCHI, Pietro. Rischio e reponsabilità oggettiva. Milano: Giuffrè, 1961.

TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato, 12ma edizione. Milano: Giuffrè, 1998.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana”. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004.

VIGNOLO CUEVA, Orlando. “La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas peruanas”. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Víctor Sebastián BACA ONETO (Coordinadores). La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima: Palestra, 2011, pp. 377-404.

VINEY, Geneviève. “Évolution de la signification et du rôle de la faute en droit de la responsabilité civile”. En : LEQUETTE, Yves y Nicolas MOLFESSIS (dir.). Quel avenir pour la responsabilité civile? Paris: Dalloz, 2015.

VISINTINI, Giovanna. Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

WALINE, Jean. Droit administratif, 25e édition. Paris: Dalloz, 2014.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. El servicio público. Fundamentos. Lima: Palestra, 2005.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito. A propósito de la sentencia del caso Crousillat". En: Diálogo con la Jurisprudencia, no. 96, setiembre, 2006, pp. 55-73.

