

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARIA DE  
AREQUIPA**

**ESCUELA DE POSTGRADO**

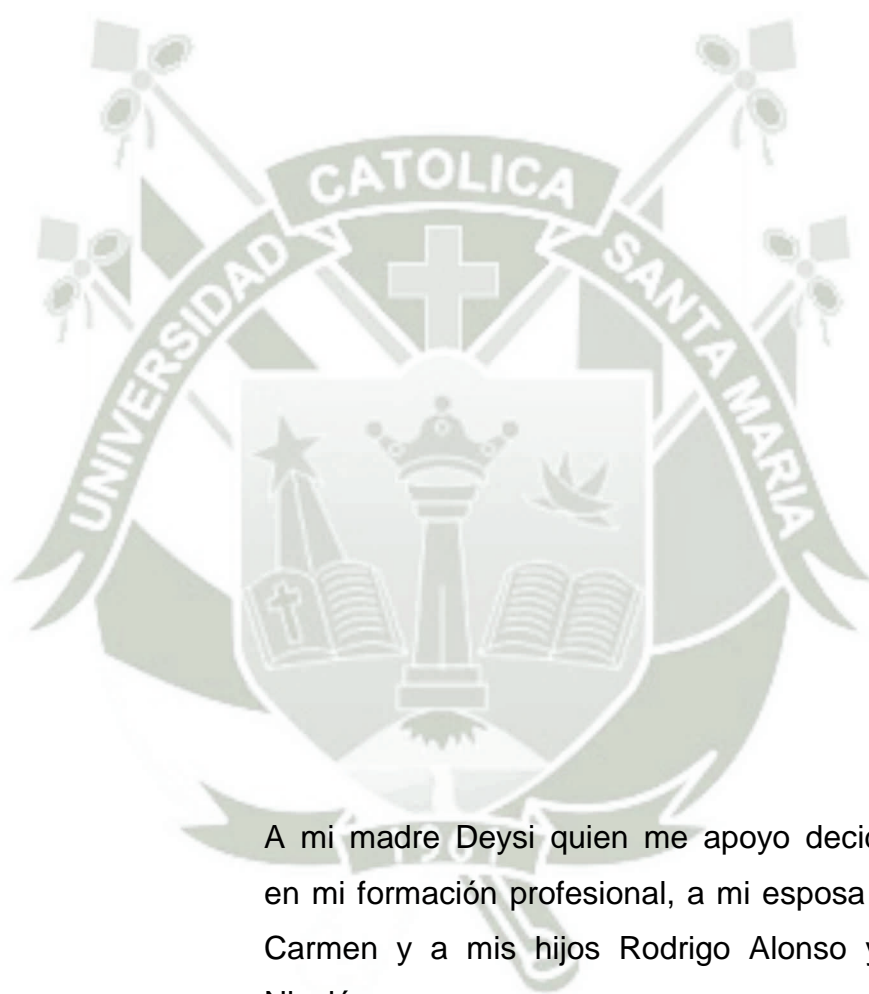
**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL**



**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

**TESIS ELABORADA POR OSCAR FREDY  
AYESTAS ARDILES PARA OPTAR EL GRADO  
DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL**

**AREQUIPA – PERU  
2010**



A mi madre Deysi quien me apoyo decididamente en mi formación profesional, a mi esposa María del Carmen y a mis hijos Rodrigo Alonso y Joaquín Nicolás.



“La responsabilidad civil de la administración pública constituye todavía, por todo lo expuesto, un laboratorio en gran actividad, donde maduran nuevas orientaciones legislativas, de derivación comunitaria y de iniciativa interna; donde se enfrentan tendencias doctrinales, que ya no admiten reparticiones según las competencias doctrinales (civilísticas y publicísticas); donde se debe proceder a ulteriores y complejas verificaciones. La erosión de los privilegios y de las inmunidades de las que sigue circundada la Administración pública -proceso que ya está en camino, en el ámbito contractual- no puede sino expandirse, de igual forma, en el ámbito extracontractual.”

Guido Alpa

## INDICE

Pág.

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

RESULTADOS

### CAPITULO I

#### LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

Título I

1.- Definición y Diferenciación entre Funcionario y Empleado Público..... 20

1.1 Introducción

1.2 Definición de Funcionario y Empleado Público

1.2.1 Funcionario Público

1.2.2 Empleado Público

1.2.3 Distinción entre funcionario y empleado público

Título II

2.- El Contrato de Empleo Público..... 29

2.1 Definición

2.2 Caracteres

2.2.1 Ejercicio personal

2.2.2 Personas físicas

2.2.3 Efectos futuros

2.3 Naturaleza jurídica del contrato de empleo público

2.4 Obligaciones, prohibiciones y derechos de los trabajadores públicos

2.4.1 Obligaciones

2.4.2 Prohibiciones

2.4.3 Derechos

2.5 Régimen jurídico especial de los empleados públicos

2.6 Responsabilidad de los trabajadores públicos

- 2.6.1 Responsabilidad civil
- 2.6.2 Responsabilidad penal
- 2.6.3 Responsabilidad administrativa funcional

Título III

- 3.- El Contrato Administrativo de Servicios..... 38**
  - 3.1 Definición
  - 3.2 Ámbito de Aplicación
  - 3.3 Características y contenido
  - 3.4 Extinción

Título IV

- 4.- Función y Administración Pública..... 43**
  - 4.1 La función pública
    - 4.1.1 Introducción
    - 4.1.2 Definición
    - 4.1.3 Régimen constitucional
    - 4.1.4 Aspectos fundamentales de la función pública
  - 4.2 La administración pública
    - 4.2.1 Introducción
    - 4.2.2 Definición
    - 4.2.3 Naturaleza jurídica de la administración pública
    - 4.2.4 Clasificación de la administración pública
    - 4.2.5 Funciones de la administración pública

**CAPITULO II**

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS  
FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

Título I

- 1.- Conceptos preliminares..... 66**
  - 1.1 Definición de responsabilidad civil
  - 1.2 Estructura de la responsabilidad civil
    - 1.2.1 La acción
    - 1.2.2 La antijuricidad
    - 1.2.3 El daño causado
    - 1.2.4 La relación de causalidad

1.2.5 El Dolo: Definición, elementos y clases

1.2.6 La Culpa: Definición, elementos y clases

1.3 El caso fortuito y la fuerza mayor: Definición y caracteres

Título II

**2.- La responsabilidad civil: Contractual y Extracontractual..... 96**

2.1 Distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual

2.1.1 Tesis dualistas

2.2.2 Tesis monistas

2.2.3 Tesis eclécticas

2.2 Aplicación de la responsabilidad civil contractual o extracontractual

2.2.1 Tesis de la incompatibilidad

2.2.2 Tesis de la compatibilidad

Título III

**3.- La responsabilidad civil de la administración pública y de los funcionarios y empleados públicos..... 116**

3.1 Introducción

3.2 Teorías sobre la responsabilidad del Estado

3.2.1 La teoría de la culpa

3.2.2 La teoría de la vicariedad

3.2.3 La teoría organicista

3.2.4 La teoría del riesgo

3.2.5 La teoría de la proporcionalidad de las cargas

3.2.6 La teoría de la difusión social del riesgo

3.3 Enfoque de la responsabilidad civil del Estado

3.3.1 La privatística

3.3.2 La publicística

3.4 Clases de responsabilidad civil del Estado

3.4.1 Responsabilidad Civil Interna

3.4.2 Responsabilidad Civil Externa

3.4.3 Responsabilidad Civil Externa de la administración pública por hecho del funcionario o empleado público.

Título IV

<b>4.- Tratamiento de la Responsabilidad Civil de la Administración Pública y de los Funcionarios y Empleados Públicos en el Perú.....</b>	<b>143</b>
4.1 Introducción	
4.2 La culpa estatal	
4.3 La responsabilidad objetiva del Estado	
4.4 Disposiciones aisladas en el ordenamiento jurídico sobre responsabilidad civil de la administración pública y de los funcionarios y empleados públicos	
4.4.1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República	
4.4.2 Ley del Procedimiento Administrativo General	
4.4.3 Código Procesal Civil	
4.5 Las responsabilidades especiales del Estado	
4.5.1 La responsabilidad por acto legislativo	
4.5.2 La responsabilidad por acto jurisdiccional	
4.6 Responsabilidad civil y embargabilidad de bienes del Estado	
<b>DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....</b>	<b>186</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>190</b>
<b>SUGERENCIAS.....</b>	<b>195</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>198</b>
<b>ANEXO I</b> Propuesta de modificación constitucional.....	<b>202</b>
<b>ANEXO II</b> Propuesta legislativa.....	<b>204</b>
<b>ANEXO III</b> Proyecto de Investigación.....	<b>210</b>

## RESUMEN

El Estado para el cumplimiento de uno de sus fines principales, es decir el de prestar servicios en beneficio de la colectividad, ha institucionalizado la administración pública la cual se halla organizada a través de los denominados sistemas administrativos. Los actores principales en la administración pública son indudablemente los funcionarios y empleados de la misma, los que actualmente se hallan sujetos a tres regímenes laborales uno el que se puede denominar el de la actividad pública propiamente dicha regulado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público Nacional aprobado por Decreto Legislativo N° 276, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, el segundo grupo de trabajadores de la administración estatal se encuentra inmerso en el denominado Contrato Administrativo de Servicios normado por el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento según Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, un tercer grupo, que es el minoritario, se trata de trabajadores que no obstante tratarse de servidores públicos, se les viene aplicando las normas del régimen laboral de la actividad privada es decir el Decreto Supremo N° 003-97-TR que es el Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su reglamento.

De la revisión de las normas vigentes sobre responsabilidad civil de la administración pública en strictu sensu y de funcionarios y empleados públicos, encontramos dispositivos legales aislados o que parcialmente se ocupan del tema o lo hacen defectuosamente.

Considerando que el tema investigado que es el de la responsabilidad civil de la administración pública y de los funcionarios y empleados públicos, el mismo se vincula con el accionar de la administración estatal y por otro lado con el ejercicio de la función pública.

El tema investigativo nos ha permitido establecer con absoluta claridad que en nuestro país existe un inadecuado tratamiento de la responsabilidad civil de la administración pública y la de los funcionarios y empleados públicos.

El contenido de la investigación no hace sino sustentar plenamente que la administración pública y los funcionarios y empleados públicos incurren en responsabilidad civil, aquella por su accionar y éstos por el incumplimiento, en el ejercicio de la función pública, de las normas legales y administrativas que conforman los sistemas administrativos, no obstante que dicha responsabilidad civil se halla inadecuadamente legislada, en consecuencia encontramos que la administración estatal puede incurrir en responsabilidad frente a terceros la misma que puede ser contractual o extracontractual, y los funcionarios y empleados públicos incurren en responsabilidad civil frente a la propia administración la que es contractual y frente a terceros, no obstante que en este último caso el Estado asume directamente la responsabilidad civil, casos que como lo dijimos anteriormente no se hallan tratados adecuadamente en el ordenamiento jurídico peruano.

Para abordar el tema que hemos investigado tratamos el contrato de empleo público, el contrato administrativo de servicios y la función y administración pública, ello como indicadores de estudio de la primera variable para luego analizar sobre la responsabilidad civil y su clásica división en contractual y extracontractual, distinguimos la responsabilidad civil de la

administración pública y de funcionarios y empleados públicos en sus formas de interna y externa, y finalmente tocamos el tema desde la óptica de la legislación peruana, ello con el propósito de abordar la segunda variable.

Nuestra hipótesis establece: Dado que la administración pública con su accionar y algunos funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio de la función pública, con dolo o negligencia, perjudican económicamente a terceros ¿Existe un adecuado tratamiento de la responsabilidad civil en nuestro país?

La ficha de observación documental ha sido el instrumento que hemos utilizado para recoger información sobre nuestras variables de estudio.

Superadas las etapas de recogida y de procesamiento de la información, se procedió a la etapa de sistematización de las mismas para lo cual se utilizaron matrices y cuadros que facilitaron e hicieron posible evidenciar nuestro postulado hipotético. En estricto rigor científico se analizaron los resultados y posteriormente procedimos a la formulación de las conclusiones y las sugerencias que permitan superar el problema planteado e investigado, cumpliéndose de esta manera con los objetivos propuestos.

Es común denominador el hecho que si bien la administración pública en su accionar, así como algunos funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio de la función pública, incurrir en responsabilidad civil, la misma no está adecuadamente regulada en la legislación peruana.

Las sugerencias para superar el problema están dirigidas a entender que debe efectuarse un adecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil de la administración pública y la de sus funcionarios y empleados. Efectivamente debe especificarse los casos en que la Administración del Estado se encuentra inmersa en responsabilidad civil, sin que ello signifique

casos únicos sino una enunciación en general es decir con carácter de cláusulas abiertas.

Igualmente debe especificarse los casos en que los funcionarios y empleados públicos incurren en responsabilidad civil frente a terceros, y por otro lado los mismos deben ser demandados directa o conjuntamente con el Estado para lograr el resarcimiento económico solidario que se pretenda, pues el Estado no puede establecer inmunidad a favor de dichas personas liberándolos de esta clase responsabilidad, o el Estado, si es que asume directamente la responsabilidad civil, debe repetir obligatoriamente contra el funcionario o empleado público que con dolo o negligencia a causado un perjuicio económico a un tercero, y no como está legislado actualmente en nuestro país en el sentido que la repetición judicial por parte del Estado es facultativa, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio, ello porque actualmente en nuestro país se demanda al Estado por responsabilidad civil pero nunca se emplaza al funcionario o empleado público para que pueda resarcir el perjuicio, y menos el Estado repite contra el funcionario o empleado involucrado

## ABSTRACT

The State to fulfill one of its main purposes, namely to provide services for the benefit of the community, has institutionalized the government which is organized through the so-called administrative systems. Key actors in the public administration are undoubtedly the officers and employees of the same, which are currently subject to a three labor which can be called the public itself regulated by the Code of Administrative Careers and National Public Sector Salaries approved by Legislative Decree No. 276, and the regulations approved by Supreme Decree No. 005-90-PCM, the second group of workers in the state is immersed in the so-called Contract Administrative Services regulated by the Legislative Decree No. 1057 and its regulations according to Supreme Decree N ° 075-2008-PCM, a third group, the minority of workers who are nonetheless treated by public servants, they are applying the rules of the scheme of work private activity that is the Supreme Decree No. 003-97-TR, which is the text of Decree Law No. 728 of Labor Productivity and Competitiveness and its regulations.

The revision of existing rules on liability of public administration in the strict sense and public servants, legal devices are isolated or partially address the issue or do poorly.

Considering that the topic is the investigation of civil liability of public administration and public servants, it is linked to the actions of state administration and in addition to the exercise of public office.

The topic of research has enabled us to establish with absolute clarity in our country there is an inadequate treatment of the liability of public administration and of public servants.

The content of the investigation only fully support the public administration and public servants are liable to civil action by his former and the latter by default in the performance of public service, the legal and administrative up administrative systems, however, that such liability is improperly legislated, therefore we find that the state administration may incur liability to third parties who may be the same contract or tort, and public officials and employees incur liability the administration itself is the contract and against third parties, however, that in the latter case, the State assumed direct responsibility civil cases as we previously were not adequately covered in the Peruvian legal system.

To address the issue we have discussed the investigation of public employment contract, the contract administrative services and the role and governance, this study as indicators of the first variable to analyze on the civil liability and its classical division in contract and tort , we distinguish the liability of public administration and public servants in their forms of internal and external, and finally played the theme from the perspective of Peruvian law, which are intended to address the second variable.

Our hypothesis states: Because the government with their actions and some public officials and employees in the exercise of public office, ilfully or negligently damaging economically to others  
Is there a proper treatment of liability in our country?

The documentary record of observation has been the instrument that we used to collect information on our study variables.

Passed the stage of collecting and processing information, we proceeded to the stage of reorganization of the same which were used for matrices and tables that facilitated and made possible to show our postulate hypothetical. In strict scientific rigor analyzed the results and then proceeded to the formulation of conclusions and suggestions for overcoming the problem posed and investigated, thus fulfilling the proposed objectives.

Common denominator is the fact that while the administration in its actions, as well as some public officials and employees in the exercise of public office, incur liability, it is not adequately regulated under Peruvian law.

Suggestions for overcoming this problem is to understand that there should be a proper legislative treatment of the liability of public administration and its officials and employees. Actually specify where the State is engaged in civil liability, although this single case but a general statement is a matter of opening clauses.

Should also specify where public officials and employees incur liability to third parties, and secondly they must be sued directly and jointly with the State to achieve the financial compensation it seeks solidarity, because the state can not establish immunity for those persons released from such liability, or the State, if it is directly assumed liability, must be repeated against a public official or employee who willfully or negligently caused economic loss to a third, and as is currently no legislation in our country in the sense that the recurrence by the state court is voluntary, taking into account the presence or absence of intent, the professional responsibility of the personnel involved and their relationship

with the production of injury, because it currently in our country demand that the State liability but never gave the public officer or employee in order to redress the injury, and fewer repeats against the state official or employee involved.



## INTRODUCCIÓN

### SEÑOR PRESIDENTE Y SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

El informe que en esta oportunidad presentamos es como consecuencia de una investigación exhaustiva, sistematizada y analítica en el campo del Derecho Administrativo y Civil, bajo el título de LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.

Nuestra investigación está dirigida a establecer si ¿Existe un inadecuado tratamiento de la responsabilidad civil en la que incurren la Administración Pública y los Funcionarios y Empleados Públicos?, y en caso que la respuesta sea afirmativa, determinar sus alcances y naturaleza.

Se ha seguido el procedimiento que empezó con la elaboración del proyecto de investigación, el mismo que reunió todos los requisitos y exigencias de una investigación científica; para luego proceder a su desarrollo y formalización.

Es conveniente subrayar que se trata de un trabajo sin antecedentes investigativos, así se manifiesta expresamente en el planteamiento teórico del proyecto, buscando precisar la naturaleza jurídica y alcances de la responsabilidad civil del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos.

La recogida de información se hace a través de la técnica e instrumentos establecidos en el planteamiento operacional, lo que nos permite presentar los resultados de la investigación en dos capítulos que desarrollan las variables y sus indicadores. Las conclusiones y sugerencias complementan los resultados presentados, así como los anexos que se incluyen al final del informe, siendo conveniente mencionar que se ha elaborado la respectiva propuesta de

modificación al texto constitucional y un anteproyecto de ley sobre la Responsabilidad Civil de la Administración Pública y de Funcionarios y Empleados Públicos.

Es necesario resaltar que el problema sobre la responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos es de carácter eminentemente bibliográfica, que a la fecha no ha sido adecuadamente dilucidada, en consecuencia el ámbito de recolección de datos ha sido estrictamente documental, es decir que nos hemos avocado a una búsqueda rigurosa de la bibliografía existente vinculada al tema investigativo considerando las variables y sus indicadores.

Por último queremos expresar nuestro reconocimiento a todos quienes han contribuido con facilitarnos parte de la bibliografía utilizada en esta investigación.

**Puno, octubre de 2010**

**OSCAR FREDY AYESTAS ARDILES**

**AUTOR**



## RESULTADOS

Los resultados los hemos tratado en dos capítulos, los cuales están referidos a la primera variable de estudio es decir Administración Pública y Funcionarios y Empleados Públicos pero enfocados en sus diversos indicadores, la presentamos a su vez en cuatro títulos que contiene los siguientes temas: Definición y Diferenciación entre Funcionario y Empleado Público, El Contrato de Empleo Público, El Contrato Administrativo de Servicios y la Función y Administración Pública. Seguidamente abordamos el tema de la Responsabilidad Civil de la Administración Pública y de los Funcionarios y Servidores Públicos, el que lo desarrollamos también en cuatro títulos que incluye los siguientes temas: Conceptos Preliminares, La Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, La Responsabilidad Civil de la Administración Pública y de los Funcionarios y Empleados Públicos y finalmente el tratamiento de la Responsabilidad Civil de la Administración Pública y de los Funcionarios y Empleados Públicos en el Perú.

## **CAPITULO I**

### **LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS**

#### **PUBLICOS**

#### **TITULO I**

### **1.- DEFINICIÓN Y DIFERENCIACIÓN ENTRE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO**

#### **1.1 INTRODUCCIÓN**

Alberto Ruiz-Eldredge Rivera afirma que “La realización de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de las personas que, en un sentido lato, son sus agentes. La administración actúa a través de una organización, pero ésta no tiene vida propia sino que requiere del concurso de las personas físicas que le dan vida y cuyos actos serán imputados al ente administrativo.

Los agentes, en su más amplia acepción, mantienen la nota común de realizar prestaciones personales para el funcionamiento del servicio público y otras actividades del Estado. Son clasificados por el autor francés Gastón Jéze en: a) Gobernantes, que son los que determinan cuáles son las necesidades que habrán de satisfacerse por el procedimientos del servicio público y cómo funcionará éste, b) Auxiliares, que son individuos que prestan de modo temporal, excepcional y ocasional su actividad personal para el aseguramiento de un servicio público..., c) Requisados, son aquellos que por voluntad unilateral del Estado son obligados a prestar un servicio..., y finalmente, d) Agentes del Servicio Público, propiamente dichos, que son quienes de modo

permanente y normal prestan su actividad personal para el funcionamiento del servicio público. En esta clasificación, el maestro francés incluye en la denominación de “Agente” tanto a funcionarios como a empleados y obreros al servicio del Estado. Igual que Duguit, Jéze considera que la calidad del agente se define, no por la naturaleza de los actos que el servidor realice, sino por su carácter de permanencia y de ayuda al funcionamiento del servicio público. Asimismo comprende tanto a los funcionarios políticos (gobernantes) como a los funcionarios administrativos.

Sin discrepar con el aserto de Duguit, creemos que resulta útil distinguir entre gobernantes y agentes individuales de la administración pública en sentido estricto; y entre éstos, no perder de vista la naturaleza diversa de la investidura y de los actos de funcionarios, empleados y obreros al servicio del Estado.”<sup>1</sup>

Sin embargo para los fines de este trabajo de investigación nos vamos ocupar solamente de los funcionarios públicos, quienes son los que toman decisiones a nombre de la administración estatal, así como de los empleados públicos, pero dentro de éste grupo de aquellos que han alcanzado el nivel que les permite tomar también decisiones al interior de la entidad y frente a los administrados, las cuales podrían originar responsabilidad civil.

## **1.2 DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO Y EMPLEADO PÚBLICO**

### **1.2.1 Funcionario Público**

Alberto Ruiz-Eldredge Rivera establece que “No existe uniformidad en la doctrina acerca de la noción jurídica de “funcionario público”, dado que como lo señala Villegas Basavilbaso ésta, depende no solo de la idea que se maneje de

---

<sup>1</sup> Ruiz-Eldredge Rivera, Alberto, Manual de Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima 2000, página 151-152

Función Pública sino también de los regímenes legales de los diversos países. Sin embargo, intentaremos aproximarnos hacia el elemento constitutivo que le caracteriza.

De modo general se ha dicho que funcionario público es el que desempeña una función pública lo cual, siendo verdad resulta insuficiente y tautológico. Para Duguit -citado por Villegas B.- el criterio determinante sería la “permanencia”. A nuestro juicio es equívoca la afirmación desde que, no sólo existe una serie de agentes cuya actividad es permanente sin tratarse de funcionarios (obreros, por ejemplo); sino que, por el contrario existen funcionarios cuya designación es a plazo determinado, como acertadamente señala Bielsa para el caso argentino: “...los Presidentes y Vocales de Entidades autárquicas duran su cargo cuatro o seis años y son típicos funcionarios, Para nuestra realidad jurídica también es válida la objeción, si pensamos en el Superintendente de Banca y Seguros, el Contralor General de la República y otros funcionarios cuyas funciones se desempeñan por un plazo predeterminado en la Constitución o la ley.

Nezard, en su “Teoría Jurídica de la Función Pública” citada por Núñez Borja, define al funcionario como “el ciudadano que bajo una denominación cualquiera recibe literalmente del Estado el poder que ejerce, de modo permanente, y para realizar actos de autoridad y concurrir en una más o menor elevada a la realización de actos materiales o intelectuales en la gestión de los negocios de una Persona Administrativa”.

Esta definición contiene dos criterios esenciales: el primero, referente a la permanencia que ha sido objetado, y el segundo, el poder que ejerce el funcionario por delegación especial de la ley. Este mismo temperamento fue

adoptado por la abrogada Constitución Política Peruana de 1933 que en su artículo 1º señalaba que “El poder emana del Pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y la Ley establecen”. Es decir que, según Nezard el funcionario siempre está investido de autoridad, de imperium. En nuestra opinión, el concepto de funcionario no implica necesariamente actos de poder ni se agota en éstos, sino que abarca otros actos de representación desprovistos de la potestad de imperium, Las Constituciones de 1979 y 1993 han omitido la alusión a los funcionarios como detentadores de poder. El artículo 4º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM de 17 de enero de 1990 en cuya virtud se aprueba el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa define al funcionario como el “...ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley.”.

Bielsa señala que el elemento constitutivo radicaría en la “delegación especial para representar la voluntad del Estado, definiendo al funcionario público como aquél que concurre a constituir y a “expresar” o “ejecutar” la voluntad del Estado de manera que trasciende los límites internos de la dependencia en la que labora. No obstante, establece una distinción entre los funcionarios que realizan actos de autoridad y los que perfeccionan actos de gestión. El Funcionario de autoridad ejercería representación investida además del factor de “Poder”, es decir, que sus declaraciones de la voluntad del Estado tienen el carácter de Actos Administrativos obligatorios para los administrados a diferencia de la manifestación de voluntad del funcionario de gestión que,

desprovistos de ius imperio, sólo “informa”, “ejecuta” o “realiza” el negocio estatal, aún cuando mantiene la Representación. Esta distinción es también compartida por Berthélemy pero cuestionada por muchos autores que señalan que, aún en el caso que se pudiera diferenciar entre actos de autoridad exclusivamente y otro sólo actos de gestión. Un funcionario realiza a cada momento actos de autoridad y de gestión indistintamente.

Bielsa insiste, frente a estas objeciones, en su diferenciación señalando que funcionario de gestión es que tiene del Estado un mandato para representarlo, aunque sin autoridad sobre los administrados, por ejemplo un apoderado del Fisco, éste obra en juicio a nombre del Estado, al que obliga en los límites de su mandato, mas no tiene autoridad administrativa ni judicial, pero en la misma Administración Fiscal en la que él actúa hay funcionarios de autoridad como por ejemplo los gerentes, directores que pueden decidir cuestiones, reclamaciones o recursos, imponer multas y realizar inspecciones, etc., que son actos de autoridad.

Nosotros pensamos que aunque todo acto de poder implica representación, no todo acto de representación está investido de imperium. En consecuencia, aún cuando la línea divisoria entre ambos conceptos aparece, la mayoría de las veces, como imperceptible, la distinción puede resultar útil tanto a nivel de abstracción académica cuanto para comprender el ordenamiento legal peruano.

En todo caso, el elemento esencial de la Función Pública, no estaría en la mayor, o menor duración del servicio ni se agotaría en el concepto de “poder”, sino en el de representación en virtud del especial encargo conferido por la Ley que puede incluir el jus imperio.

### 1.2.2 Empleado Público

Si establecer el concepto jurídico de funcionario es tarea difícil, fijar los alcances de la noción de empleado público no es lo menos, Inclusive para algunos autores -como Núñez Borja- la diferencia con el primero no es clara ni existe límite preciso que identifique rápidamente la calidad de uno y otro.

Para Duguit -en cita de Villegas B.- se trataría de aquél que participa de manera accidental y momentánea en el Servicio Público. No compartimos este criterio no sólo por las razones ya expuestas anteriormente con respecto al criterio de “duración” sino porque cada día se reconoce más en la doctrina y la legislación, la profesionalidad del empleado público. Duguit confunde el concepto de empleado público con el auxiliar del Servicio Público utilizado por Jéze para señalar justamente al servidor que, para el autor francés, no tiene la calidad de Agente del Servicio Público en el sentido estricto.

Bielsa señala que se trata de aquel que se limita a redactar, examinar documentos internos, verificar operaciones de cálculo, etc., no expresando la voluntad del Estado y menos aún autoridad externa. Para el autor argentino la superioridad jerárquica que ejerce sobre los inferiores en grado es puramente interna. Esta definición resulta algo restringida desde que la situación de empleado público puede ser ejercida por un profesional o un técnico que no sólo “verifica” operaciones de cálculo, sino que las “realiza”; que simplemente “redacta” documentos internos, sino que los “elabora” con una cierta iniciativa e informa sobre situaciones. Aún cuando Núñez Borja no admite una clara distinción entre funcionario y empleado público, señala que la actividad de este último no origina situaciones jurídicas con los particulares y que presta un

servicio de carácter profesional, permanente, remunerado y exclusivo, con el fin de obtener los medios económicos de subsistencia. Observamos con Petrozziello que resulta pleonástica esta afirmación en la que también cae Romano, ya que si el empleo es profesional, debe entenderse que es remunerado, Por lo demás, según el propio Petrozziello -en cita de Villegas- el elemento esencial del empleo público es también la profesionalidad, comprendiendo ésta cuatro elementos concurrentes: a) continuidad, b) permanencia, c) exclusividad y d) estipendio. Este criterio ha sido incorporado en nuestro derecho positivo por lo menos desde la Ley N° 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, que instituyera la carrera pública y cuyo art. 6 inc. a) define a los empleados de carrera como aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente prevista en el Estatuto. De acuerdo con la terminología utilizada desde la Constitución de 1979, el Decreto Supremo 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, se refiere al empleado como “servidor público” definiéndolo como el “...ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”.

Ahora bien, cierto es que desde un punto de vista del sujeto y su actividad, el elemento de profesionalidad señalado por Petrozziello es esencial; pero desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del vínculo que le une a la Administración, el elemento constitutivo es la subordinación jurídica, tipificándose una auténtica relación de trabajo que en poco difiere de la relación laboral común.

### 1.2.3 Distinción entre funcionario y empleado público

El empleado público es un trabajador de base, es un dependiente cuya labor no implica representación del poder público, como pretende Hauriou al incluirlo dentro del término genérico de funcionario.

Jéze y Bullrich niegan la distinción entre funcionario y empleado porque en ambos casos existe un elemento fundamental que es la prestación de un servicio permanente, remunerado y voluntario. Esto es cierto, pero hay un elemento diferencial de importancia: mientras el funcionario ejerce representación del Estado, el empleado está desprovista de aquélla. Es más, en muchos casos el empleado es sujeto pasivo del poder del funcionario. Por ello creemos útil repasar algunas tentativas de distinción, aunque es justo reconocer que no todas han sido muy afortunadas.

Se ha pretendido señalar como criterio de distinción entre funcionario y empleado el elemento de la “remuneración”. Meucci afirma que, mientras que el empleo es siempre remunerado, la función puede ser honorífica. A nuestro juicio, en principio ambos servicios son remunerados. Las funciones ad honores constituyen una excepción y no sirven de base para la distinción. Con justeza Bielsa ha dicho que de tal concepto podría colegirse el absurdo jurídico de que el “empleado es un funcionario remunerado”.

Se recurre, así mismo, a la naturaleza jurídica de la relación con el Estado. Según Mayer sería funcionario quien se vincula al estado por una relación de Derecho Público y el empleado si el vinculum iuris es de Derecho Privado. En nuestra opinión tanto el funcionario como el empleado se vinculan al Estado por una relación de Derecho Público si consideramos que su actividad concurre a la satisfacción de necesidades que, en un momento

determinado, el Estado ha definido como colectivas y que la propia relación de trabajo es de Derecho Público. Otra cuestión es el contenido mismo de los actos materia de la prestación: representación en uno y medios técnicos y auxiliares en otro.

Se ha insistido, también, en el criterio de duración, afirmándose que mientras el empleo es permanente la función tiene fijada un plazo en la ley, Sin embargo, como lo afirma Bielsa, existen diversos funcionarios cuyos cargos son permanentes. En nuestro sistema legal, la permanencia es una nota común de la función y el empleo, salvo cargos políticos o de confianza.

Luis Quiñe Arista en su “Derecho Administrativo del Perú”, parte de elementos anecdóticos, tales como la mayor remuneración percibida por el funcionario con respecto al empleado, la necesidad de identificarse este último a diferencia del primero, la importancia de las funciones de éste y la nimiedad de los actos de aquél y el -menos anecdótico, pero igualmente erróneo- criterio de la capacidad de decisión. Mientras el funcionario “decide” el empleado es mero ejecutor y subalterno. Ninguno de estos elementos explican la esencia de la diferencia entre funcionario y empleado; antes bien, obedecen a la creencia negada por la doctrina moderna de que el empleado es un elemento sin iniciativa y de poca importancia.

A nuestro juicio quien ofrece la línea divisoria entre empleado y funcionario público es el maestro argentino Rafael Bielsa. Señala que, mientras el funcionario ejerce la representación de la voluntad del Estado en virtud de una especial delegatio transmitida en principio por la ley, el empleado realiza actos, por importantes que fueren, desprovistos de aquella. El funcionario proyecta su actividad al exterior en virtud de dicha representación en tanto que

el empleado actúa por vinculación interna sin trascender los límites de la repartición en la cual labora. Este criterio es compartido por el Dr. Gabino Fraga que habla de “Trabajadores de Base y Trabajadores de Confianza” para distinguir entre uno y otro, dentro del ordenamiento de su país. De igual modo, el jurista Benjamín Villegas Basavilbaso expresa que el funcionario goza de relación externa y representatividad y el empleado no tiene atribuciones para declarar la voluntad del Estado, prestando su actividad de modo profesional.”.<sup>2</sup>

## TITULO II

### EL CONTRATO DE EMPLEO PÚBLICO

#### 2.1.- DEFINICIÓN

El Contrato de trabajo público es aquél que celebra el Estado con el personal a su servicio, ya sea en calidad de funcionario o servidor público (profesional, técnico o auxiliar), para la realización de funciones de la administración pública.

Roberto Dromi expresa que “El contrato de empleo público es una relación de empleo, de subordinación del sujeto particular respecto del Estado, que cumple las funciones asignadas al órgano institución, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe.

#### 2.2.- CARACTERES

La relación de empleo público presenta caracteres propios:

**2.2.1 Ejercicio personal.** Es una nota esencial de la relación de empleo público. El empleado público es un órgano-persona, que no puede delegar en otro el desempeño de sus funciones, Esto es así porque la competencia le ha

---

<sup>2</sup> Ruiz-Eldredge Rivera, Alberto, Ob. Cit., páginas 152-157

sido conferida expresamente al órgano-institución, siendo ejercida por el órgano individuo. Por ello la delegación, sustitución o subrogación de funciones deben estar expresamente autorizadas por el ordenamiento jurídico.

**2.2.2 Personas físicas.** A consecuencia de la condición anterior, sólo pueden ser empleados públicos las personas físicas, no las personas jurídicas, que quedan excluidas de la posibilidad de desempeñar las funciones atinentes al empleo público.

**2.2.3 Efectos futuros.** La relación de empleo público produce efectos para el futuro (ex nunc). Se rechaza la posibilidad de efectos retroactivos (ex tunc) de la designación, pues estaríamos en presencia de una persona que habría cumplido funciones en la Administración Pública sin estar regularmente designada, ejerciendo ilegítimamente la competencia en cuestión.”<sup>3</sup>

Nosotros consideramos que debe añadirse como otra característica del contrato de empleo público el de poseer un **régimen jurídico especial**, ello en razón a que quien suscribe un contrato con el Estado en su condición de Funcionario o Empleado Público tiene que cumplir con todas las norma jurídicas en general y con las normas legales y administrativas en particular que rigen en la administración pública, y que se trasuntan en los denominados sistemas administrativos.

### **2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE EMPLEO PÚBLICO.-**

Roberto Dromi expresa que “La naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es decir, de la relación entre la organización administrativa (órgano-institución) y el sujeto particular (órgano-individuo) es de carácter contractual.

---

<sup>3</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo, Ciudad Argentina Editorial – Gaceta Jurídica Editores. Lima 2005. Página 594

Distintas corrientes doctrinarias se ha manifestado sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. En principio, se sostuvo que se trataba de un acto unilateral del Estado, al cual daba validez o eficacia el consentimiento del administrado, así la situación jurídica del agente y empleado tenía forma legal o reglamentaria; por otro lado se señaló que en origen era un acto jurídico bilateral, importando la voluntad del agente pero sin formalizar un contrato, en tanto que la relación subsecuente se encuadraba en lo estatutario, pudiendo la administración modificarla unilateralmente.

Para nosotros se trata de una relación contractual, de derecho público, que guarda analogía, en cuanto al objeto, con el contrato de trabajo y con la locación de servicios, y que difiere de ellos por el régimen jurídico específico, en razón de ser el Estado el contratante y en razón de los fines del servicio contratado.

El hecho de que los empleados públicos, en algunos casos, queden comprendidos en normas de carácter legal o reglamentario, no contradice la esencia contractual de la relación de empleo público, en tanto expresa una concurrencia de voluntades (administración-administrado) de mutuo consentimiento. Los empleados que integran (como órganos-individuos) las estructuras de la Administración Pública (órganos-institución), tienen con ésta una relación contractual strictu sensu. Esa relación es contractual desde su mismo origen, se proyecta como tal a lo largo de la ejecución del contrato y se perfecciona por el acuerdo de voluntades que dan la Administración y el agente o empleado público.

El objeto de tal contrato serán las funciones que deberá desempeñar el agente, una vez integrado al órgano administrativo, quien ya en posesión

efectiva del cargo queda sujeto a un conjunto de deberes que tiene que cumplir y nacen desde ese momento un conjunto de derechos a los cuales se hace acreedor.”.<sup>4</sup>

## **2.4.- OBLIGACIONES, PROHIBICIONES Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS.-**

**2.4.1 Obligaciones.-** Robert Dromi dice que “Son deberes del agente público:

**a).- Prestación personal.** El empleado público queda obligado a dedicarse personal y directamente a su función, cumpliendo bajo los principios de eficacia, eficiencia y rendimiento laboral en su servicio, en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que las normas pertinentes indican.

**b).- Relación Jerárquica.-** La relación jerárquica implica el llamado poder jerárquico, por el cual el superior imparte órdenes o instrucciones o solicita informes de su inmediato inferior.

**c).- Deber de obediencia.-** Como consecuencia del poder jerárquico se infiere el deber de obediencia del inferior respecto de las órdenes emanadas del superior jerárquico competente para darlas, que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos del servicio que corresponden a la función del agente.

**d).- Conducta decorosa.-** El empleado debe conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal, debe tener una conducta digna, circunscripta y honrada, tanto en la función pública como en el ámbito privado; así como el deber de observar buena conducta, mantener el honor y las buenas costumbres.

---

<sup>4</sup> Dromi, Roberto. Ob. Cit. Página 594 - 595

**e).- Ética pública.-** El ejercicio de la función pública debe estar signado por la diaphanidad del obrar de sus empleados y funcionarios, fundamentalmente en el manejo de los fondos, del patrimonio y de los procedimientos de actuación y decisión gubernativas, ello también ha sido explicitado en la Convención Interamericana contra la Corrupción, entre cuyos propósitos figura el de promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción “en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Entre los deberes y pautas de comportamiento ético de cumplimiento obligatorio encontramos: los de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; desempeñarse con honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; velar en todos sus actos por los intereses del Estado, privilegiando el interés público sobre el particular; no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; proteger y conservar la propiedad del Estado y solo emplear sus bienes con los fines autorizados; abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados; abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares,

allegados o persona ajenas a la función oficial; observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad; abstenerse de intervenir en todo asunto respecto del cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación de la ley procesal.”<sup>5</sup>

Son obligaciones específicas del funcionario y servidor público: Cumplir el servicio público, cuidar los intereses y recursos públicos, puntualidad, eficiencia y capacitación ocupacional, buen trato y lealtad a todos, guardar reserva en los asuntos de tal naturaleza, informar de actos delictivos e inmorales, presentar la declaración jurada de bienes y rentas.

Nosotros consideramos que también debe incluirse como deber específico del funcionario o servidor público el de **Cumplir y respetar la Constitución y las leyes en general, así como las normas legales y administrativas propias de la administración pública.**

**2.4.2 Prohibiciones.-** Hacer actividades distintas al cargo salvo la docencia, percibir retribuciones indebidas, no practicar política partidaria, no emitir opinión sobre asuntos del estado salvo autorización, no celebrar contratos con su entidad directa o indirectamente y la demás que señale la Ley

**2.4.3 Derechos.-** A efectuar carrera pública en base al mérito y sin discriminación, A estabilidad laboral, A percibir su remuneración, a gozar de vacaciones de 30 días pudiendo acumularse hasta dos períodos, a gozar de licencias y permisos, a adquirir préstamos administrativos, a reincorporarse a la carrera administrativa, a ejercer docencia universitaria, a recibir menciones, distinciones y condecoraciones, a presentar reclamaciones, a acumular como

---

<sup>5</sup> Dromi, Roberto. Ob. Cit. Páginas 594 - 595

tiempo de servicios cuatro años de estudios universitarios, a no ser trasladado a otra entidad sin su consentimiento, a sindicalizarse, a ejercer su derecho a huelga conforme a ley a percibir una pensión y otros derechos que señale al Ley.

## 2.5.- RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Los empleados públicos tienen la siguiente regulación legal:

**a).-** Personal con carácter permanente nombrado, que se encuentran regulados por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público Nacional y su reglamento.

**b).-** Personal contratado, que se encuentran regulados por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público Nacional y su reglamento.

A estos grupos de trabajadores se les aplica propiamente el Contrato de Empleo Público que hemos tratado precedentemente.

**c).-** Personal contratado bajo el régimen del Contrato Administrativo de Servicios conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento D.S. N° 075-2008-PCM.

En los contratos mencionados anteriormente se encuentra comprendido el mayor grupo de funcionarios y empleados de la Administración Pública, y por razones de la especialidad de la investigación a continuación nos ocuparemos, además del Contrato Administrativo de Servicios.

**d).- Trabajadores a plazo indeterminado bajo el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuyo T.U.O. ha sido aprobado por D.S. N° 03-97-TR.**

**e).- Personal a plazo fijo o determinado, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, principalmente para obra o servicio específico**

Es necesario precisar que por el hecho de pertenecer a la administración pública el funcionario público debe cumplir con las normas legales y administrativas, vigentes en el Sector Público Nacional, lo mismo sucede con los empleados públicos, quienes, sea cual fuere el régimen jurídico laboral al que pertenecen, están obligados a acatar las normas legales y administrativas que son propias de la administración pública, de allí que se afirma que las mencionadas normas son de cumplimiento obligatorio es decir de carácter público.

Efectivamente la administración pública se organiza en sistemas administrativos para la adecuada atención de los servicios públicos y cumplimiento de sus fines que se resume en el interés colectivo.

El sistema administrativo se entiende como el conjunto de principios, normas jurídicas o reglas administrativas adecuadamente estructuradas, ordenadas y enlazadas entre sí sobre la administración pública.

Entre los principales Sistemas Administrativos vigentes en el Sector Público Nacional podemos mencionar las siguientes:

- Sistema Nacional de Control
- Sistema Presupuestario del Estado
- Sistema de Personal
- Sistema de Abastecimiento

- Sistema de Tesorería
- Sistema de Contabilidad
- Sistema de Archivos

## **2.6.- RESPONSABILIDAD DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS**

Los trabajadores públicos asumen responsabilidad administrativa, civil y penal frente al Estado.

**2.6.1 Responsabilidad Civil.-** Es aquella en la que incurren los empleados y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

**2.6.2 Responsabilidad Penal.-** Es aquella en la que incurren los empleados o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

**2.6.3 Responsabilidad Administrativa Funcional.-** Es aquella en la que incurren los empleados y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones,

desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.

La responsabilidad administrativa da lugar a la apertura de un proceso disciplinario a cargo de una comisión, en mérito a lo cual si se demuestran los cargos imputados al procesado administrativamente se le puede imponer sanciones disciplinarias que va desde la amonestación, suspensión hasta por 30 días, cese temporal por doce meses o destitución que implica el impedimento de reingresar a cualquier institución de la administración pública hasta por cinco años.

### **TITULO III**

## **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

### **3.1.- DEFINICIÓN**

El contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento (D.S. N° 075-2008-PCM). No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 -Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público-, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial, y tiene por objeto

garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

### **3.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN**

**1).-** El régimen legal del contrato administrativo de servicios comprende a todas las entidades de la administración pública, entendiendo por ellas al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, de acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales y las universidades públicas; y a las demás entidades públicas cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público. Las empresas del Estado no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del presente régimen.

**2).-** No se encuentran dentro del ámbito del régimen legal del contrato administrativo de servicios los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos; los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado, así como tampoco a los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial; aquellos que corresponden a modalidades formativas laborales; ni los de prestación o locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos que se realizan fuera del local de la entidad contratante.

### **3.3.- CARACTERÍSTICAS Y CONTENIDO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

El contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente:

**a).-** Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.

**b).-** Descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana.

**c).-** Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido, recibiendo el íntegro de la contraprestación. Este beneficio se adquiere al año de prestación de servicios en la entidad. La renovación o prórroga no interrumpe el tiempo de servicios acumulado. Cuando se concluye el contrato después del año de servicios sin que se haya hecho efectivo el respectivo descanso físico, el contratado percibe el pago correspondiente al descanso físico.

**d).-** Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD.

A estos efectos, la contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.

La contribución mensual correspondiente a la contraprestación mensual establecida en el contrato administrativo de servicios es de cargo de la entidad contratante, que debe declararla y pagarla en el mes siguiente al de devengo de la contraprestación. El registro, la declaración, el pago, la acreditación y otros de las personas que prestan servicios bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios están a cargo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

**e).-** La afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes ya vienen prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia.

A estos efectos, la persona debe elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

**f).-** El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal.

**g).-** Los contratados quedan comprendidos en los procesos de evaluación de desempeño y los procesos de capacitación que se llevan a cabo en la administración pública.

**h).-** Los conflictos derivados de la ejecución de un C.A.S. serán resueltos por la Dirección General de Administración o la que haga sus veces, quedando agotada la vía administrativa en dicha instancia única. Una vez agotada la vía administrativa, se puede acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso administrativo.

**i).-** Para efectos del Impuesto a la Renta, las contraprestaciones derivadas de los servicios prestados son rentas de cuarta categoría.

**j).-** La contraprestación a pagarse no puede ser menor al de la remuneración mínima vital.

### 3.4.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

El contrato administrativo de servicios se extingue por:

1).- Fallecimiento del contratado.

2).- Extinción de la entidad contratante.

3).- Decisión unilateral del contratado. En este caso, el contratado debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.

4).- Mutuo acuerdo entre el contratado y la entidad contratante.

5).- Invalidez absoluta permanente sobreviniente del contratado.

6).- Decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas.

En este caso la entidad contratante debe imputar al contratado el incumplimiento mediante una notificación. El contratado tiene un plazo de (5) cinco días hábiles para expresar lo que estima conveniente. Vencido ese plazo la entidad debe decidir, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado. Esta decisión agota la vía administrativa.

Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el

juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses.

**7).- Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.**

**8).- Vencimiento del plazo del contrato.**

## TITULO IV

### FUNCIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### 4.1.- LA FUNCION PÚBLICA

**4.1.1 Introducción.-** Roberto Dromi anota que “La función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo “administrar” significa “servir a” (administrare, ad, a, ministrare, servir). Así, la administración se presenta como una “acción” encaminada hacia un fin.

Cuando la actividad administrativa tiene en vista el “bien común” y la “justicia distributiva”, hablamos de “Administración Pública.”.<sup>6</sup>

**4.1.2 Definición.-** Es la práctica concreta del poder político por parte de los servidores de la administración pública, la que debe efectuarse con estricta observancia de las normas legales y administrativas y sobre todo cumpliendo el Código de Ética de la función pública.

**4.1.3 Régimen Constitucional.-** La Constitución Política del Estado en su título I capítulo IV regula la función pública, disponiendo en su artículo 39 que. “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de

---

<sup>6</sup> Dromi, Roberto. Ob. Cit. Página 197

Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

Asimismo en su artículo 40 establece que: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.”

#### **4.1.4 Aspectos fundamentales de la función pública**

Sobre el particular Robert Dromi determina que “De tal modo y al igual que las funciones gubernativa, legislativa y jurisdiccional, en la administrativa se pueden distinguir aspectos sustanciales, orgánicos y procesales, referidos al contenido, sujeto y forma de actuación, respectivamente.

**a).- Aspecto sustancial.** La función administrativa objetivamente es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que la realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica. Como lo señaláramos, cuando la gestión y el servicio lo son en

función del interés colectivo, estaremos en presencia de Administración Pública.

Toda vez que lo gestado y gestionado es el bien común -en tanto se trata de actividad concreta dirigida, mediante una acción positiva, a la realización de los fines de la seguridad, progreso y bienestar de la comunidad, a la integración de la actividad individual en vista al interés general- se verifica función administrativa en los tres órganos fundamentales del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y también en los órganos públicos no estatales (por autorización o delegación estatal), cumpliendo así los cometidos que el orden político y el ordenamiento jurídico asignan al Estado.

Así pues, la función administrativa cubre un amplio espectro de actividad pública, no sólo de ejecución estatal, de contenido heterogéneo, que puede consistir en:

- El dictado de normas jurídicas generales (reglamentos) o individuales (actos administrativos)
- La actuación material en la ejecución de decisiones para satisfacer necesidades públicas (hecho administrativo).
- La certificación de hechos jurídicamente relevantes, tanto a petición de particulares interesados (registros, transcripciones, certificaciones) como de oficio (actas, inspecciones, etcétera).
- La constitución, modificación y extinción de relaciones entre los particulares (inscripciones en registros públicos: propiedad, estado civil, comercio etcétera).
- La consulta (dictámenes pareceres, etc.) a fin de informar o asesorar a los órganos activos (simples actos de administración).

- El control preventivo o sucesivo de legitimidad u oportunidad de la actividad de los órganos estatales.

- La promoción de la actividad de los órganos llamados a satisfacer un interés público concreto (propuestas, peticiones).

- La efectiva realización de los intereses públicos por medio de actos, hechos contratos, etcétera.

Por otro lado, el aumento de la actividad estatal se refleja más que en ninguna parte en los dominios de la Administración Pública, porque a través de ella se logra la mayor parte de los fines estatales. La actividad teleológica de la Administración se despliega a través de tres vías principales: la *intervención* (policía, defensa del orden y seguridad pública), el *fomento* (promoción y estímulo a la actividad de los particulares y el *servicio público* (prestación técnica para la satisfacción de las necesidades públicas).

**b).- Aspecto orgánico.** Desde este punto de vista, la función administrativa implica una estructura orgánica; equivale a aparato administrativo o “Administración Pública”. Es decir, el conjunto de órganos, no sólo estatales, sino también no estatales, encargados de la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatal. Incluye todos los órganos que forman el aparato tradicionalmente llamado “Administración estatal” -órganos del Poder Ejecutivo”- y órganos integrantes de los otros poderes del Estado -Legislativo y Judicial-, en cuanto realicen esa actividad sustancial de ejecución práctica y gestión inmediata de cometidos estatales. Así, se habla de un Estado administrador, de un Estado legislador y de un Estado juez. Además, comprende a los órganos y entes públicos no estatales -es decir, los que no integran la estructura del Estado- cualesquiera que sean las denominaciones

que les dé el derecho positivo (corporaciones profesionales, personas públicas no estatales, paraestatales, etc.), que titularizan prerrogativas de poder público por autorización o delegación estatal para la ejecución de cometidos públicos. Los entes públicos no estatales integran la “Administración Pública”, aunque no la Administración del Estado, que funcionalmente dependen de ella por vínculo de “tutela administrativa”.

De allí que administración Pública (en sentido subjetivo) es la integrada por el conjunto de órganos que es centro de la función administrativa.

**b.1. Del órgano ejecutivo.** La función administrativa comprende la actividad por la cual el Estado anima y dirige los mecanismos de su organización y acción. Actividad concreta y práctica desplegada por el Estado, preponderantemente a través del Poder Ejecutivo, para el inmediato cumplimiento de sus objetivos.

A esa actividad se la califica ejecutiva o función administrativa. Los términos no son equivalentes, pues no toda la actividad administrativa es ejecutiva. La ejecución tiene un alcance más restringido; es una especie de “función administrativa”.

La actividad estatal se refleja en los dominios del Poder Ejecutivo, porque por medio de él se realiza la mayor parte de los fines estatales, en tanto la actividad de la Administración discurre por las vías de la *intervención, restricción, fomento, prestación, fiscalización*. Cabe advertir que en nuestro ordenamiento jurídico los otros “poderes” (Legislativo y Judicial) también ejercen función administrativa, al igual que los entes y órganos estatales, autorizados a tal efecto por el Estado.

La Constitución ha cristalizado normativamente este sistema, reservando competencias exclusivas al Poder Judicial y al Poder Legislativo, en cuanto ejercen funciones materialmente judiciales o sustancialmente legislativas, respectivamente y permitiendo el ejercicio de la función administrativa a todos los órganos: ejecutivo, legislativo y judicial.

Así, la función administrativa no está sólo a cargo del órgano ejecutivo, sino que también en cierta medida la realizan los órganos legislativo y judicial bajo el mismo régimen jurídico, pues no son coincidentes Poder Ejecutivo y función administrativa, ni tampoco existe ecuación entre Administración Pública subjetivamente considerada y función administrativa. La Ley y la Sentencia necesitan de la ejecución; cuando el Estado sanciona una ley o dicta una sentencia, con ellas se agota la función legislativa y la función jurisdiccional respectivamente, pero en ambos casos ni el pronunciamiento legislativo ni la resolución judicial satisfacen de suyo las necesidades jurídicas y sociales, sino que además es necesaria su ejecución, su actuación material y práctica, por vía administrativa.

En el caso del Poder Ejecutivo esta actividad administrativa se ve acentuada, como se pone de manifiesto en las atribuciones que le otorga la Constitución, en tanto y en cuanto es responsable político de la administración; expide instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes, concede jubilaciones, retiros licencias y pensiones, supervisa al jefe de gabinete en la recaudación e inversión de las rentas de la Nación y provee los empleos militares.

Pero además, se especializa la función administrativa en el ámbito del Ejecutivo a través del jefe de gabinete, que es el que ejerce la administración

general del país, expidiendo reglamentos, nombrando empleados, haciendo recaudar las rentas de la Nación y ejecutando la ley de presupuesto y produciendo informes.

**b.2. Del órgano legislativo.** La actividad administrativa del órgano legislativo es variada. De modo meramente enunciativo digamos que abarca:

**b.2.1 De control.** La actividad que realiza el Congreso a fin de controlar al órgano ejecutivo (investigaciones, pedidos de ventas, informes autorizaciones, etc.) es de naturaleza administrativa.

De igual modo, a través de la Auditoría General de la Nación, ejerce una amplia actividad de control administrativo, previo, simultáneo y posterior, de los actos del Ejecutivo.

El juicio político es la actividad administrativa que pone fin a la relación de empleo público en virtud de un procedimiento constitucional.

El congreso no ejerce funciones jurisdiccionales, ni en el juicio político, ni en los casos de corrección, remoción de sus miembros y desafuero.

No se trata en ninguno de los dos supuestos de actos jurisdiccionales, sino de actos eminentemente administrativos que ponen fin a la relación de empleo público en el primer caso, y habilitan la separación en el segundo. Creemos que en este orden es posible trazar una línea divisoria entre función administrativa y función jurisdiccional.

**b.2.2 De organización.** Determinados actos que realiza el órgano legislativo respecto de su propia organización o relativos al personal administrativo, están sujetos al régimen jurídico-administrativo. Así, por ejemplo, todo lo referente a organización y funcionamiento de bibliotecas

(compra de libros, mesas ficheros, etc.), imprentas (adquisición de materiales, edición y venta de diarios de sesiones etc.), servicios de confitería (otorgamiento de concesión, etc.), nombramiento y remoción de los empleados del Congreso, etcétera.

**b.2.3 De autorización.** También poseen naturaleza administrativa ciertos actos que, no obstante su valor formal de leyes, carecen de generalidad y tienen un contenido concreto y limitado; por ejemplo, las leyes que autorizan a la Administración central a enajenar o gravar sus bienes, a transar, o las que establecen pensiones extraordinarias.

La legislación administrativa admite en el ejercicio de actividad administrativa por el órgano legislativo, regulando la impugnabilidad judicial de los actos administrativos emitidos por el Poder Legislativo.

**b.3. Del órgano judicial.** La Constitución ha deslindado, dentro de la misma estructura organizativa del Poder Judicial, por una parte a la función jurisdiccional, que en forma exclusiva y excluyente ejercen la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores, de la función administrativa que se desarrolle en el ámbito del órgano jurisdiccional, que corre eminentemente por cuenta del Consejo de la Magistratura. Y decimos en forma eminente, porque también la Corte Suprema tiene atribuciones para desarrollar tal actividad, aunque de un modo más limitado.

De una manera enunciativa analicemos algunos casos en que la actividad del órgano jurisdiccional es administrativa.

**b.3.1 De organización.** Con el órgano judicial ocurre lo mismo que con el legislativo, en tanto nombra y remueve empleados, alquila o adquiere locales, compra libros, edita fallos, adquiere elementos de trabajo;

evidentemente, en estos casos realiza una actividad materialmente administrativa. Son actos realizados por el órgano judicial relativos a su propia organización interna y a cuestiones de personal análogas a las que ventilan os otros órganos en ejercicio de competencia administrativa.

La legislación admite el ejercicio de la actividad administrativa por el órgano judicial, regulando la impugnabilidad judicial de los actos administrativos emitidos por el órgano judicial.

**b.3.2 Jurisdicción voluntaria.** Como actividad no jurisdiccional cumplida por los magistrados judiciales tenemos la llamada jurisdicción voluntaria o no contenciosa. Constituye típicamente una actividad administrativa, aunque por la clase de relaciones jurídicas en que incide se trata de una administración judicial con un cometido estrictamente administrativo. La jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del Estado perteneciente a la función administrativa. En definitiva, se trata de una función administrativa cumplida por el órgano jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria no es materia encomendada al órgano judicial como función jurisdiccional, sino como función administrativa. La intervención estatal, que supone siempre la actividad administrativa para la tutela del interés público y para que los actos tengan cierto valor formal, está confiada en este caso al órgano judicial que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de la jurisdicción contenciosa, no resuelve sobre la pretensión de un particular respecto de otros, sino que se trata de cuestionen que atañen a individuos particulares considerados (informaciones para dispensa de la ley, declaración de fallecimiento, nombramiento de tutores, etc.). Se procura dar fuerza y autenticidad a ciertos actos, sin controversias ni partes; siendo el conocimiento

del juez simplemente informativo, su decisión no causa estado y por lo tanto no adquiere cosa juzgada.

Las materias que comprende la jurisdicción voluntaria varían según las legislaciones, pues actos que para una legislación son jurisdicción voluntaria, para otra son del orden notarial o directamente administrativo.

En el régimen legal argentino, podemos enunciar los siguientes casos de jurisdicción voluntaria, entre otros:

- La integración de la capacidad jurídica; por ejemplo, nombramiento de tutor o curador en los supuestos de la ley y venia para la enajenación de bienes de menores e incapaces.
- El cambio de estado civil de las personas; por ejemplo, declaración de ausencia por presunción de fallecimiento.
- Materia mercantil por medio de la inscripción registral obligatoria (Registro de la Propiedad, Registro Público de Comercio, etc.) de ciertos actos jurídicos para que adquieran valor y efectos frente a terceros como por ejemplo: contrato social, mandato etcétera.
- La certificación de actos; por ejemplo: rectificación de partidas, homologación de convenios, etcétera.

La polémica sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria está superada. Es una tarea administrativa cumplida en el ámbito del órgano jurisdiccional. El Estado atribuyó el conocimiento de esa materia al órgano jurisdiccional por considerar que éste puede responder a las necesidades de control y vigilancia.

Lo cierto es que en la jurisdicción voluntaria no hay ni jurisdicción ni voluntariedad; la contradicción entre la denominación y el contenido es

evidente. No existe jurisdicción porque no hay decisión de un conflicto intersubjetivo de intereses; no hay voluntariedad porque quien acude al juez necesariamente ha de hacerlo para obtener un acto auténtico o certificación que acredite un hecho o circunstancia cuya prueba le es indispensable.

Las expresiones “en cuanto proceda por derecho”, “sin perjuicio”, “en cuanto haya lugar”, son los términos utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada. Mediante ello los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es prima facie cierto, con arreglo a las pruebas que el mismo aporta.

**b.4. De organizaciones multilaterales.** El 15 de abril de 1994, más de un centenar de países firmaron, en el marco de la llamada “Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, el Acta Final en Marrakesh, Reino de Marruecos. Entre los documentos que se suscriben se encuentra el Acuerdo que da nacimiento a la Organización Mundial de Comercio (OMC). La OMC, organización multilateral, es una entidad con personalidad jurídica a la que sus miembros le confieren la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Esta Organización constituye el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales multilaterales. De este modo administra el mecanismo de examen de las políticas comerciales y, para lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, coopera con los organismos internacionales que se ocupan de las cuestiones monetarias y financieras (Fondo Monetario Internacional -FMI- y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento -BIRF-).

La OMC mantiene la práctica de la adopción de las decisiones por consenso, que se siguiera en el marco del GATT de 1947, es decir que una decisión se adopta cuando ningún miembro presente se opone formalmente a la misma.

Ahora bien, aunque la participación en la OMC no importa la delegación de soberanía por parte de los Estados miembros, su Acuerdo constitutivo prevé que en caso de conflicto entre una de sus disposiciones y una disposición de cualquiera de los acuerdos comerciales multilaterales, prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la norma del acuerdo de la OMC. En este mismo sentido, se indica que cada Estado miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes y reglamentos con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC.

Por esta causa, si bien no se prevé una administración multilateral, o universal ejecutiva “per se”, en tanto la OMC actúa a través de las administraciones estatales, podemos concluir que ejerce también función administrativa. A modo de ejemplo, citamos la decisión sobre la adhesión al Acuerdo sobre Contratación Pública. Acuerdo que forma parte del que establece la OMC para los miembros que lo hayan aceptado y que es vinculante para éstos.

**b.5 De organizaciones supraestatales.** El proceso de integración económica iniciado por las naciones europeas a partir del Tratado de la Comunidad Económica Europea -Roma 1957- y su antecedente -el Tratado de París de 1951, por el que se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero-, representa el hito de la tendencia mundial de la cooperación de los Estados que determinó la conformación de otros bloques económicos -con distintas políticas, de modo de facilitar la circulación de

personas, bienes, servicios y capitales entre los países signatarios y adoptar posturas comunes frente a terceros países. Así, en el área de América Latina se pueden mencionar las experiencias de ALALC, ALADI. Comunidad Andina, entre otras.

**b.6 De entidades y organismos regionales.** La conformación de regiones es otra vertiente de la integración económica, que generalmente se verifica en el ámbito territorial de un Estado. En algunos países la formación de regiones viene impuesta por antiguas tradiciones culturales y sociales y por ello son contempladas expresamente en sus leyes fundamentales (España Italia) y consecuentemente se les otorga facultades de orden político. En otros, la región es un recurso técnico para el desarrollo. Es en este último caso en el que se pone de relieve la función administrativa de los entes regionales. Ello así puesto que concurren a su formación unidades políticas que procuran lograr el desarrollo de un espacio que, geográficamente, les es común, y que reconoce identidades económicas, culturales y sociales que hacen aconsejable y eficiente la articulación de políticas homogéneas.

**b.7 De entes públicos no estatales.** Las personas públicas pueden ser no estatales, es decir, no pertenecer, orgánicamente hablando, al Estado, ni integrar la Administración Pública, aunque ejerzan función administrativa. Tales entidades no estatales tienen personalidad jurídica propia reconocida o concedida por el Estado y, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público; el ejemplo típico de esa clase de instituciones lo constituyen la Iglesia Católica (con personalidad jurídica reconocida) y los colegios o consejos profesionales que hayan sido creados y organizados por ley o acto estatal (con personalidad jurídica concedida)... Estas asociaciones,

de creación privada y en esos aspectos sometidas a las normas del Código Civil, concurren al ejercicio de función administrativa toda vez que teniendo un fin de bienestar general, la normativa les confiere atribuciones en orden a su cumplimiento.

Ha sido superada la doctrina clásica, que sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por y para el Estado. No toda persona pública es necesariamente estatal. En definitiva, público y estatal no se identifican. Actualmente existen entidades que no son del Estado, pero que cumplen actividades idénticas a las de éste y se regulan primordialmente por el derecho público.

**c).- Aspecto procesal.** Desde el punto de vista procesal, la Administración tiene también modos especiales de exteriorización. Son las formas jurídicas administrativas (acto, hecho, simple acto, reglamento y contrato administrativo) que se producen, preparan, emiten y extinguen por vía de los procedimientos administrativos, regulados al efecto.

El régimen jurídico de esos actos, que forman parte del contenido de la función, puede ser de derecho público o de derecho privado, aunque éste último nunca se aplica exclusivamente. En otros términos, cabe hablar de un régimen jurídico preponderante de derecho público en ambos casos.”<sup>7</sup>

## 4.2.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**4.2.1. Introducción.-** Eduardo García de Enterría y Ramón Tomás Fernández consideran que “A partir de la revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la administración pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el

---

<sup>7</sup> Dromi, Roberto. Ob. Cit. Páginas 197 - 208

marco constitucional de división de poderes. El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo.

Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania en una aportación capital, sin duda tomada en préstamo del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica (ALBRECHT, GERBER, LABAND, JELLINEK). El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho. La personificación jurídica del Estado se erige así -dice GERBER- en el presupuesto de toda construcción jurídica del Derecho Público.

En el plano que ahora nos interesa, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-persona.

El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar. La cuestión será entonces la de averiguar en

qué consiste, concretamente, esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado.

El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar, para edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina, ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles en la historia de nuestra ciencia -y también uno de los más baldíos-. Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos (esta tesis dominó la primera mitad del siglo pasado en Francia), o actuación bajo formas jurídicas peculiares (acto de autoridad primero, acto-condición y acto subjetivo en DUGUIT, actuación ejecutoria, etc.)... La Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad -que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad-, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada. Así, la Constitución, al referirse a la Administración, además de subrayar como primera nota definitoria su carácter servicial (art. 103.1: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”), extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada o sometida (art. 103.1: “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”; art. 106.1: “Los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a

los fines que la justifican”); no es simple retórica constitucional, es la esencia misma de esta realidad política.”.<sup>8</sup>

**4.2.2 Definición.-** Al respecto Gustavo Bacacorzo anota que “Fiorini, excelente trata de esta expresión, diciendo que “La Administración pública, que es sujeto y objeto del Derecho Administrativo, impone que se discrimine su contenido como actividad estatal y su ubicación en el triple encuadramiento de las funciones estatales”. Y con oportunidad afirma que “la promiscuidad en el uso de los términos y las deficiencias del lenguaje jurídico concurren para oscurecer su esclarecimiento”.

El concepto de administración pública es eminentemente dinámico, como si dijéramos el Estado en movimiento, en acción permanente, actuante en vivo. Por ello tiene una extensión variable: una amplia, referida a todo el aparato estatal íntegramente, por lo que viene hacer sinónimo de Estado; y una restringida, en la que se alude al Poder Ejecutivo, llamado entonces poder administrador.

Este defecto del léxico técnico es muy general del Derecho y ello conduce a que unas leyes, consideren al Poder Ejecutivo como Administración Pública y otros la entiendan a todo el aparato estatal.

Empero, hay tratadistas que ponen énfasis en la Administración de modo trascendente, como lo hace Baena de Alcázar, según hemos de ver.

El tratadista mencionado recuerda que la mera referencia al Poder Ejecutivo no supone la concentración total de la administración pública.

Por administración se entiende el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de prestar los

---

<sup>8</sup> García de Enterría Eduardo – Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Palestra-Temis, Lima-Bogota, 2006, páginas 28-34

servicios que el Estado atiende. Al analizar la definición aparece un aspecto instrumental orgánico (por eso se habla de órganos, aunque puede hablarse también de dependencias, oficinas, entidades, etc.); y otro finalista (el aparato administrativo existe para ejercitar la intervención estatal y para atender a la prestación de los servicios a su cargo).

Luego habla en propiedad de la administración tradicional (ministerios, gobernaciones, alcaldía) y la nueva (departamentos administrativos, los establecimientos públicos institutos descentralizados y las empresas estatales). Agrega una concepción jurídica trascendente: el régimen de cobertura de alguno de estos nuevos entes no es de derecho público sino de derecho privado (sociedades de economía mixta y empresas comerciales e industriales del Estado).

En la actualidad -grosso modo- se puede distinguir dos grandes grupos: el europeo occidental y el norteamericano.

Como Estados Unidos carece de tradición administrativa o la tiene mínimamente, su perspectiva en esencia es privatista: todo se orienta, experimenta y trata de llevarse al tímido campo público estatal.

Por el contrario, en Europa hay una fuerte tradición jurídico-administrativa, que trata los fenómenos públicos de un modo propio y distinto mayormente de los privados. Esta situación se da con claridad sobre todo en Francia, Alemania y España; no tanto en Italia y Gran Bretaña, inclinada la primera al gran país americano; y la segunda también, en razón de la fácil penetración por razones idiomáticas. Pero en Europa Oriental habría, asimismo dos grandes grupos delineados: las repúblicas de Rusia y las otras populares

(Polonia, Bulgaria, Hungría), que difiriendo del bloque occidental están mucho más cercanas a éste que a los Estados Unidos.

La desaparición formal de la órbita socialista de un lado, la poderosísima unificación de los Estados integrados en la Comunidad Económica Europea y de otro cierta declinación norteamericana por los problemas de moralidad-salud de su juventud y niñez, hacen prever la ascensión del primer núcleo que tampoco está enfrentada a la poderosa economía japonesa, que aspira a desplazar a Norteamérica del liderazgo mundial.

Y aunque la Ciencia de la Administración mantenga distancia con el Derecho Administrativo, está próxima a la Ciencia Política, es decir, a la fenomenología de manejo público y no exactamente empresarial privada.”<sup>9</sup>

Para Vidal Perdomo la administración pública: “Es el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de prestar los servicios que el Estado atiende”.

Para nosotros la administración pública: “Es el conjunto de entidades públicas que ejecutan las políticas de Estado dentro del marco legal establecido, con la finalidad de brindar servicios y acciones en beneficio de la colectividad”.

#### **4.2.3 Naturaleza jurídica de la administración pública**

Es la de ejercer sus funciones en forma dinámica, permanente y ágil con múltiples actos y acciones los cuales están legal y técnicamente coordinados entre sí para alcanzar el interés público.

#### **4.2.4 Clasificación de la administración pública**

La Administración Pública se clasifica en:

---

<sup>9</sup> Bacacorzo Gustavo, Tratado de Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima 1997, páginas 34-35

- Administración Nacional, que abarca todas las dependencias ministeriales, los organismos constitucionales autónomos, las instituciones públicas y las empresas estatales
- Administración Regional, que cubre el área de las regiones que a la fecha se encuentran en base a las circunscripciones departamentales, se rige fundamentalmente por lo establecido en la Constitución Política del Estado, en la Ley 27783, en la Ley de Bases de la Descentralización y en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N° 27867, siéndole de aplicación todas las normas de los sistemas administrativos para el Sector Público Nacional
- Administración Local, que cubre el área de las municipalidades, su norma legal básica es la Constitución Política del Estado y en la Ley Orgánica de Municipalidades gobiernos municipales N° 27972.

#### **4.2.5 Funciones de la administración pública**

En concordancia con la organización del Estado que se basa en el principio de división de poderes, el Estado cumple las siguientes funciones:

- a).- Función legislativa.-** Que esta a cargo del Poder Legislativo fundamentalmente le corresponde dar, interpretar, modificar o derogar las leyes, y ejercer el control político del Estado
- b).- Función ejecutiva o administradora.-** Corresponde al Poder Ejecutivo, al que le respecta ejecutar los mandatos contenidos en las normas legales en vigor y a prevenir las necesidades del pueblo, satisfaciéndolas convenientemente
- c).- Función judicial.-** Que la cumple el Poder judicial, cuya competencia es resolver los conflictos de intereses que se presenten y sancionar el incumplimiento de las normas vigentes.

**Cuadro Nº 01**  
**FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS**

Variable/indicador	Definición y Diferenciación entre Funcionario y Empleado Público	Contrato de Empleo Público - Contrato Administrativo de Servicios	Función y Administración Pública
Funcionarios y Servidores Públicos	<p>El funcionario público es aquél que concurre a constituir y a “expresar” o “ejecutar” la voluntad del Estado de manera que trasciende los límites internos de la dependencia en la que labora.</p> <p>El empleado público es aquel cuya actividad no origina situaciones jurídicas con los particulares y presta un servicio de carácter profesional, permanente, remunerado y exclusivo, con el fin de obtener los medios económicos de subsistencia</p> <p>El elemento esencial del empleo público es también la profesionalidad, comprendiendo ésta cuatro elementos concurrentes: a) continuidad, b) permanencia, c) exclusividad y d) estipendio. Este criterio ha sido incorporado en nuestro derecho positivo desde la Ley Nº 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, que instituyera la carrera pública y cuyo art. 6 inc. a) define a los empleados de carrera como aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente prevista en el Estatuto. De acuerdo con la Constitución de 1979, el Decreto Supremo</p>	<p>El Contrato de Trabajo público es aquél que celebra el Estado con el personal a su servicio, ya sea en calidad de funcionario o servidor público, para la realización de funciones de la administración pública. Tiene como caracteres los siguientes: Se ejerce en forma personal. Es ejecutado por persona físicas. Sus efectos son para el futuro y Tiene un régimen jurídico especial. Su naturaleza jurídica es que ésta relación entre el agente público y el Estado es de carácter contractual. Respecto a las obligaciones de los Funcionarios y Servidores Públicos es de resaltar la de Cumplir el servicio público, cuidar los intereses y recursos públicos y la de Cumplir y respetar la Constitución y las leyes en general, así como las normas legales y administrativas propias de la administración pública, y en este caso no estamos refiriendo a los Sistemas Administrativos del Sector Público Nacional. Los funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio del cargo asumen triple responsabilidad y estas son: a.- Responsabilidad Civil.- Es aquella en la que incurren los servidores y</p>	<p>La función pública es la práctica concreta del poder político por parte de los servidores de la administración pública, la que debe efectuarse con estricta observancia de las normas legales y administrativas y sobre todo cumpliendo el Código de Ética de la función pública</p> <p>La función pública en su aspecto sustancial cumple una amplia gama de actividades como son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El dictado de normas jurídicas generales (reglamentos) o individuales (actos administrativos)</li> <li>- La actuación material en la ejecución de decisiones para satisfacer necesidades públicas (hecho administrativo).</li> <li>- La certificación de hechos jurídicamente relevantes, tanto a petición de particulares interesados (registros, transcripciones, certificaciones) como de oficio (actas, inspecciones, etcétera).</li> <li>- La constitución, modificación y extinción de relaciones entre los particulares (inscripciones en registros públicos: propiedad, estado civil, comercio etcétera).</li> <li>- La consulta (dictámenes pareceres, etc.) a fin de informar o asesorar a los órganos activos (simples actos de administración).</li> <li>- El control preventivo o sucesivo de legitimidad u oportunidad de la actividad de los órganos</li> </ul>

	<p>005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, se refiere al empleado como “servidor público” definiéndolo como el “...ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”. Respecto a la diferenciación entre Funcionario y Empleado Público podemos afirmar mientras el funcionario ejerce la representación de la voluntad del Estado en virtud de una especial delegatio transmitida en principio por la ley, el empleado realiza actos, por importantes que fueren, desprovistos de aquella. El funcionario proyecta su actividad al exterior en virtud de dicha representación en tanto que el empleado actúa por vinculación interna sin trascender los límites de la repartición en la cual labora. El funcionario goza de relación externa y representatividad y el empleado no tiene atribuciones para declarar la voluntad del Estado, prestando su actividad de modo profesional.</p>	<p>funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado.</p> <p>b.- Responsabilidad Penal.- Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.</p> <p>c.- Responsabilidad Administrativa Funcional.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual</p> <p>El contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento (D.S. N° 075-2008-PCM). No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 -Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones</p>	<p>estatales.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La promoción de la actividad de los órganos llamados a satisfacer un interés público concreto (propuestas, peticiones).</li> <li>- La efectiva realización de los intereses públicos por medio de actos, hechos contratos, etcétera.</li> </ul> <p>La administración pública: “Es el conjunto de entidades públicas que ejecutan las políticas de Estado dentro del marco legal establecido, con la finalidad de brindar servicios y acciones en beneficio de la colectividad”.</p> <p>La Administración Pública se clasifica en Administración nacional, regional y local.</p> <p>La administración pública tiene funciones legislativa, ejecutiva o administradora y judicial</p>
--	---	--	--

		<p>del Sector Público-, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.</p>	
--	--	---	--

Fuente: Elaboración propia

En este cuadro podemos apreciar en primer lugar la definición y diferenciación entre funcionario y empleado público, el primero es el que representa la voluntad del Estado derivado de una especial delegación que le otorga éste, el segundo es un ciudadano que ejecuta actos pero desprovistos de representación de la voluntad del Estado su trabajo es eminentemente profesional.

Luego podemos apreciar que tanto los funcionarios y empleados públicos, se vinculan laboralmente con el Estado a través del Contrato de Empleo Público o un Contrato Administrativo de Servicios, es decir que su responsabilidad civil es de carácter contractual, que proviene de causar un daño económico a la entidad por no cumplir con sus obligaciones principalmente la de Cumplir el servicio público, cuidar los intereses y recursos públicos y la de Cumplir y respetar la Constitución y las leyes en general, así como las normas legales y administrativas propias de la administración pública que se hallan establecida en los denominados Sistemas Administrativos.

Los funcionarios y servidores públicos ejercen función pública la que comprende una serie de actos que van desde la dación de reglamentos, directivas, la adquisición de bienes, inscripciones, certificaciones, inspecciones o la resolución de conflictos de intereses entre los administrados, entre otros.

La administración pública está constituida por el conjunto de entidades que prestan servicios públicos a favor del interés colectivo y puede ser de nivel nacional regional o local, y tiene funciones legislativa, ejecutiva o administradora y judicial.

## CAPITULO II

### RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

#### TITULO I

##### 1.- CONCEPTOS PRELIMINARES

###### 1.1 Definición de Responsabilidad Civil

Sobre el particular Jorge Peirano Facio estipula que “Bucear hasta el nacimiento de la palabra responsabilidad no presenta mayores dificultades, pero tampoco es particularmente ilustrativo, por cuanto este vocablo comenzó a ser empleado para designar la materia que nos ocupa con mucha posterioridad a la elaboración de gran parte de los principios básicos de la teoría de la responsabilidad civil. En este sentido es muy elocuente la observación de Mazeaud cuando señala que Pothier sólo por excepción emplea la palabra responsabilidad, y que Domat, que como se sabe fue de entre todos los autores del antiguo derecho quien formuló una teoría más coherente y generalizada de la responsabilidad civil, no usa una vez este término en su obra.

Según acreditan los autores contemporáneos la palabra responsabilidad recién comienza a emplearse en Francia con un sentido jurídico por los filósofos y escritores del siglo XVIII, quienes sin duda lo heredaron de Inglaterra. En este país la voz responsabilidad adquirió carta de ciudadanía a partir de la publicación del “Diccionario Crítico”, de Necker y Féraud, aparecido en el año 1879.

En cuanto a su etimología, nuestra palabra se remonta a la lengua latina. La voz española responsabilidad, lo mismo que la francesa responsabilité, proviene del vocablo responsable, a su vez derivado del latín, responsus, participio pasado del verbo respondere, que aproximadamente significa algo así como “constituirse en garante”. Por otro lado, también debe traerse a colación acá que ya en el primitivo derecho romano se encuentran antecedentes perfectamente discernibles de la palabra respondere. A este respecto basta con recordar la fórmula sacramental de la antigua stipulatio romana en la que el intercambio verbal más frecuente (¿spondesme?, spondeo) tenía la eficacia de hacer surgir una obligación a cargo del interpelado, con abstracción de la causa real de dicha obligación.

Estos antecedentes etimológicos, aunque en sí mismo no poseen trascendencia a los efectos de ponernos en contacto con la auténtica naturaleza de la responsabilidad, no señalan -sin embargo- una pista que es menester recorrer para alcanzar el verdadero concepto que encierra nuestra palabra. En efecto: de estos antecedentes, ¿qué datos de interés podemos extraer a los fines que perseguimos, en el sentido de averiguar cuál es la significación de responsabilidad? El más importante se expresa diciendo que la responsabilidad no es un concepto primario, sino derivado. Aún cuando en un sentido impropio y figurado puede hablarse de responsabilidad como de un concepto puramente autónomo, que corresponde ontológicamente a un sujeto en sí mismo considerado, con prescindencia de toda noción de relación, lo cierto es, que en su sentido propio la responsabilidad no encierra un concepto autónomo, primario, sino un concepto derivado: no se es responsable por sí y ante sí, sino que se es responsable solo frente a otra persona, o respecto de

algo que no somos nosotros. Por esto, precisamente, es importante señalar que la responsabilidad lleva, como carácter esencial que su misma etimología da a entender, cierto linaje de dependencia o sujeción de un sujeto respecto de otro, el cual, en razón de dicha dependencia o sujeción, está autorizado para sindicarse y pedir cuenta de acción o incuria en obrar del primero, llamado responsable.

Por tal vía el análisis de los antecedentes del vocablo nos lleva como de la mano a definir la responsabilidad, a través de sus efectos, de la siguiente manera: hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro. La responsabilidad es, pues un concepto secundario, que supone una relación entre dos sujetos, y que se resuelve, en último análisis, en una obligación de reparación.”.<sup>10</sup>

Guillermo Cabanellas define que “La responsabilidad civil es el talión económico-jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello.”.<sup>11</sup>

Henri, León y Jean Mazeaud apuntan que “Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde ese daño.

Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación: el primero se convierte en acreedor, y la segunda, en deudora de la reparación. Uno y otra, fuera de su voluntad. Incluso cuando el responsable ha querido

---

<sup>10</sup> Peirano Facio, Jorge, Responsabilidad Extracontractual, Tercera Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia 1981. página 19 - 21

<sup>11</sup> Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1994, página 193

causar daño, la obligación nace sin que él haya consentido: ha querido el daño, no ha querido convertirse en deudor de la reparación. E incluso sí, por un imposible, lo hubiera querido, no lo obligaría a esa voluntad, sino la ley. Una vez realizado el daño, cuando su autor quiere repararlo, no es tampoco su voluntad la que crea la obligación; tiene tan sólo la intención de cumplir con una obligación que ha nacido fuera de él, desde el instante de la realización del perjuicio.”.<sup>12</sup>

Lizardo Taboada Córdova anota que “Como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.”.<sup>13</sup>

Luís Díez-Picazo apunta que “La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.”.<sup>14</sup>

## **1.2 Estructura de la Responsabilidad Civil**

Sobre el particular los hermanos Mazeaud escriben que “Por consistir el efecto de la responsabilidad civil en la reparación de un daño, no podría existir responsabilidad civil sin un daño. Por lo tanto, el perjuicio es un requisito de la

---

<sup>12</sup> Mazeaud Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires 1960, página 7

<sup>13</sup> Taboada Córdova Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil, Grijley, Lima 2005, página 29

<sup>14</sup> Díez-Picazo, Luis, Gulló, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, Madrid 2002, página

responsabilidad civil. Pero no todo perjuicio da lugar a reparación. En principio deben reunirse otros dos requisitos para que exista responsabilidad civil: una culpa, un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño; sólo la persona que por su culpa, ha causado un daño está obligada a repararlo.”.<sup>15</sup>

Como es sabido, los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la acción, la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.

### 1.2.1 La acción

Jaime Santos Briz respalda que “Ha de entenderse por acción todo obrar humano voluntario y por ello objetivamente imputable; es decir, concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho. Por consiguiente, el concepto jurídico de la acción es distinto que el filosófico, que solo comprende el obrar querido. Aquél comprende, además, la producción de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente, en tanto se dé la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad. En sentido filosófico puede aquí hablarse ciertamente de una forma previa o preliminar del obrar, pues lo que indica la acción en el sentido de su concepto filosófico es la realización de la voluntad en virtud de una actividad dirigida a un fin. Por el hecho de ir dirigida al objetivo propuesto por la voluntad se diferencia, en efecto, la situación humana del ciego acontecer causal. Sin embargo, el agente ha de responder jurídicamente también de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus acciones que no ha previsto y aun las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y por ello han de considerarse controlables por él. En

---

<sup>15</sup> Mazeaud Henri, León y Jean, Ob. Cit. Página 58

esta imputación objetiva del hecho, indispensable para la constatación de la responsabilidad, que hemos de diferenciar de la imputación por culpa, está el fundamento para incluir tales “formas preliminares” del obrar en el concepto jurídico de la acción, a las cuales no sirve de base un acto de voluntad consciente. “Objetivamente imputable” a la voluntad humana es también aquella conducta, porque se dio en definitiva la posibilidad de un control de la conciencia. En este sentido puede “obrar” también un niño o un enfermo mental. Por el contrario, los movimientos durante el sueño o en otro estado de inconsciencia no son acciones tampoco desde el punto de vista jurídico, porque en ellos falta toda la posibilidad de control de la conciencia. Igualmente los actos realizados bajo “coacción absoluta” no son tampoco objetivamente imputables, y por ello no constituyen acciones en sentido jurídico.

La medida de la imputación objetiva es decisiva también para determinar hasta donde se han de considerar los efectos alejados de la acción como “consecuencias” de la misma en sentido jurídico, que puedan imputarse al agente si se dan los demás presupuestos de la responsabilidad. Objetivamente imputables son, como veremos, todas las consecuencias más lejanas que sean todavía “adecuadas” a la acción, es decir, aquéllas que según las experiencias de la vida había que considerar como de posible realización y no completamente inverosímiles.

Son también imputables las consecuencias derivadas de una omisión, en cuanto sucesos cuya realización le fue posible impedir al agente cuando estaba obligado a intervenir.”<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Santos Briz, Jaime, La Responsabilidad Civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal, Madrid 1986, páginas 26 - 27

### 1.2.2 La antijuricidad

Lizardo Taboada Córdova estipula que “Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este concepto de la antijuricidad, en el sentido de antijuricidad genérica, no se acepta sino en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual, las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321º del Código Civil, mientras que la antijuricidad típica y atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969º y 1970º del mismo Código Civil, pues en ambos se hace

referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar; entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización. Esto es evidente, por cuanto mientras en el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación, en el ámbito extracontractual por el contrario al no estar predeterminadas dichas conductas, debe entenderse que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil, en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause un daño.”<sup>17</sup>

Jaime Santos Briz considera que “Son causas que suprimen en el acto la nota de lo antijurídico, como base de una responsabilidad civil:

1.<sup>a</sup> El obrar en el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo preestablecido a favor del agente, aunque con ello se cause perjuicio a los intereses de tercero. El Tribunal Supremo ha reconocido muy reiteradamente que el que usa de su derecho no daña a nadie. Síntesis de su jurisprudencia puede considerarse la sentencia de veintiocho de noviembre de 1967, según la cual “para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales; 1.<sup>o</sup> Uso de un derecho objetiva o externamente legal. 2.<sup>o</sup> Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. 3.<sup>o</sup> Inmoralidad o antisocialidad del mismo, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación

---

<sup>17</sup> Taboada Córdova, Lizardo. Ob. Cit. Páginas 32 - 33

de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio, es decir a un animus nocendi o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente.

2.<sup>a</sup> Cuando está autorizada la legítima defensa, el obrar en estado de necesidad o la utilización de la acción directa.

3.<sup>a</sup> “Volenti non fit injuria”. Según este principio, la antijuricidad queda excluida si el perjudicado consiente en el daño que se le causa, salvo que se trate de bienes o derechos atacados sobre los cuales carezca de disposición, ya por las calidades personales del afectado (menor de edad o incapacidad, por ejemplo), o por la naturaleza del derecho o bien jurídico atacado. Este principio justifica, en general, las lesiones causadas en la práctica del deporte.

4.<sup>a</sup> Para fundar una causa de justificación en las operaciones o tratamientos curativos aplicables a enfermos mentales o personas en estado de inconsciencia se ha acudido desde hace tiempo a la gestión de negocios sin mandato. Y lo mismo para justificar la corrección de menores bajo potestad de hecho o jurídica de personas distintas a quienes corresponde por la ley. En estos casos desaparece la antijuricidad en cuanto se actúa en interés o beneficio del ofendido o afectado y en consideración a su voluntad real o presunta.”.<sup>18</sup>

### 1.2.3 El daño causado

En este tema Cesare Salvi afirma que “La noción jurídica del “daño” se determina en estricta conexión con la del “resarcimiento”. El daño, en efecto, es

---

<sup>18</sup> Santos Briz, Jaime. Ob. Cit. Páginas 34 - 36

el fenómeno frente al cual el ordenamiento dispone ese peculiar remedio que está representado por el derecho del damnificado al resarcimiento.”.<sup>19</sup>

Lizardo Taboada Córdova escribe que “Otro aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, siendo éste el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar con mucho acierto la responsabilidad civil como “derecho de daños”. Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión. No se debe olvidar que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuanto dichas necesidades o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría jurídica de derechos subjetivos. Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado. Una vez delimitado en términos amplios el

---

<sup>19</sup> Salvi Cesare, El Daño en Estudios sobre la Responsabilidad Civil, Ara editores. Lima 2001, página 285

concepto de daño y habiendo hecho énfasis en el aspecto social de los derechos subjetivos, puede bien decirse que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal.

Ahora bien, respecto del daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: patrimonial y extrapatrimonial. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: el daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir. En lo concerniente al daño extrapatrimonial nuestro Código Civil se refiere al daño moral y al daño a la persona, existiendo en la doctrina moderna una tendencia cada vez más fuerte de hablar únicamente del daño a la persona.

Evidentemente, ambas categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad civil contractual como extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional, en lo que respecta al campo extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985<sup>o</sup> del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual sólo se reparan o indemnizan únicamente los daños directos, según lo dispone el mismo artículo 1321<sup>o</sup>.”<sup>20</sup>

#### **1.2.4 La relación de causalidad**

Luís Díez-Picazo anota que “El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil, para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar alguna razón por

---

<sup>20</sup> Taboada Córdova, Lizardo. Ob. Cit. Páginas 33 - 35

la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, de manera que se ponga a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias, para lo cual utiliza el concepto de causa el artículo 1.902 CC al imponer el deber de indemnizar a “el que causa daño a otro”; en segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza “el daño causado.”.<sup>21</sup>

Lizardo Taboada Córdova estipula que “En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985<sup>o</sup> la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321<sup>o</sup> la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías nos llevan al mismo resultado. Mas aún, en ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de la concausa y de la fractura causal, que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente fractura causal. Las fracturas causales en el ámbito

---

<sup>21</sup> Díez-Picazo, Luis, Derecho de Daños, Editorial Civitas, Madrid 1999, página 268

extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.”.<sup>22</sup>

### 1.2.5 El Dolo: Definición, elementos y clases

Giovanna Visintini escribe que “Como es sabido, la culpabilidad, cuando es relevante como criterio de imputación de la responsabilidad civil, se puede presentar en dos formas: el dolo y la culpa. Así, con respecto al dolo y la culpa, puede ser útil precisar, desde ahora, que no son dos especies de un mismo género, sino dos figuras autónomas que pueden integrar el elemento subjetivo de la “culpabilidad”. Se suele afirmar que el dolo relevante, implica la directa intención de producir el daño, mientras que la culpa se da cuando, sin intención de causar un daño a otro, se omite el uso de la diligencia que habría consistido en calcular y evitar las consecuencias dañosas de una acción u omisión propias.”.<sup>23</sup>

Mario Castillo Freyre y Felipe Osterlig Parodi respaldan que “El dolo tiene en el Derecho diversas acepciones. En sentido lato, implica una idea de mala fe, malicia, fraude, engaño, de conducta contraria al Derecho.

Así, su concepto no es único, pues se presenta desempeñando una triple función:

**(a)** El dolo, como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio.

---

<sup>22</sup> Taboada Córdova, Lizardo. Ob. Cit. Páginas 35 - 36

<sup>23</sup> Visintini, Giovanna. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires - 1999, página 47

Nótese, en suma, que el dolo como vicio de la voluntad implica siempre una mala intención en el agente, ya que con ardid éste logra una declaración y por ende la celebración de un acto que lo beneficiará, Asimismo cabe añadir que el dolo causante de la anulabilidad de un acto jurídico, puede proceder también de un tercero, siempre y cuando el engaño empleado por el tercero, hubiera sido conocido por la parte que obtuvo el beneficio de él (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil Peruano).

Ahora bien, la doctrina distingue varias clases de dolo. Así, la diferencia más importante es la que lo clasifica en *dolo determinante o causante* (artículo 210 del Código Civil Peruano) y *dolo incidente o incidental* (artículo 211 del propio Código), según sea causa de anulabilidad del acto jurídico o sólo dé lugar a indemnización de daños y perjuicios. Además, se le distingue en positivo y negativo (artículo 212 del Código Civil), según se trate de una acción o una omisión; y en directo (artículo 210, primer párrafo, 211, 212, 213 y 229 del Código Civil) o indirecto (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil), según lo utilicen las partes o un tercero.

**(b)** En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de su hecho: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento definitivo del antes denominado cuasidelito. Tal es el dolo delictual (artículos 1969 y 1986 del Código Civil Peruano).

**(c)** En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. También es denominado dolo obligacional.

La característica común de la triple función del dolo está en la “mala fe”, ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, la misma que, a decir de algunos autores, se presenta en grados diversos y con caracteres distintos. Así, por ejemplo, el dolo como particularidad de los delitos, aparece como mala voluntad, pero aplicada al hecho con la “intención de dañar”. En los vicios de la voluntad, incluye todos los procedimientos reprobados mediante los cuales se “induce” a una persona a la celebración de un acto. En las obligaciones en general, su aplicación es con respecto a la inejecución o mala ejecución de ellas. Aquí el dolo aparece como un simple “incumplimiento” o “mal cumplimiento” de la obligación, causado sin embargo, por una actitud consciente y deliberada del deudor.

Del dolo, en este sentido, es que nos ocuparemos a continuación.

La responsabilidad que procede del dolo es exigible en toda clase de obligaciones, sin que sea posible renunciar por anticipado a la acción destinada a excluir o limitar tal responsabilidad, pues dicha renuncia equivaldría a autorizar la mala fe y el fraude en las relaciones sociales y jurídicas, con lo que desaparecería la seguridad en los negocios y el sentido ético de la vida.

Tradicionalmente el dolo se entiende caracterizado por los siguientes factores o elementos:

- a) La acción positiva de incumplir.
- b) El *animus nocendi* o la intención de causar daño. Respecto de este factor o elemento existen distintas posiciones doctrinarias.

Generalmente el deudor, cuando incumple su obligación por dolo, no lo hace para causar un perjuicio al acreedor, sino para conseguir ventajas para sí mismo. Cuando el transportista, por ejemplo, no cumple su obligación de

trasladar a una persona de un lugar a otro, usualmente lo hace porque ha obtenido para la misma fecha otro contrato más ventajoso. Aquí el transportista incumple su obligación deliberadamente y no por un simple descuido o negligencia. Pero su incumplimiento doloso no está destinado a causar un perjuicio al acreedor, sino a obtener un mayor beneficio económico. Es claro que el dolo también se configuraría en caso de que el transportista incumpliera su obligación con el único propósito de causar daño al acreedor y no por haber obtenido un contrato más ventajoso. Pero también es cierto que la hipótesis resulta remota, o por lo menos poco frecuente.

Ahora bien, el dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda de las obligaciones de dar y de hacer, aunque en estos casos la destrucción de la cosa debida también puede obedecer a una acción dolosa del deudor, que origina, como consecuencia, la omisión dolosa de dar o de hacer.

Hacemos hincapié en que el carácter dominante del dolo es la intención de no cumplir. Sin embargo, la intención es un elemento subjetivo, difícil muchas veces de precisar. Puede haber negligencia con una dosis de intención. El elemento de imputabilidad, claro en el dolo, se presenta un tanto oscuro en la culpa.

Aunque llegue a exteriorizarse la orientación dolosa del proceso volitivo, ella no interesa al legislador, mientras no se irroque perjuicio o no se altere la voluntad ajena.

El factor de la intención dolosa se aprecia sólo en consideración al incumplimiento *ex profeso* o adrede de las prestaciones, pues, como se anotara en líneas precedentes, son más frecuentes los actos positivos u

omisiones para rehuir el cumplimiento de las obligaciones y proporcionarse un beneficio, que el hecho de intencionalmente no cumplir con dichas obligaciones con el propósito de perjudicar a otro. El dolo, en suma, es el incumplimiento intencional.

**(c)** Conciencia de antijuricidad en el actor de que obra contra el derecho o contra el deber, por conocer la existencia de la norma jurídica prohibitiva o por saber, cuando menos, que el acto es moralmente reprochable.

De este elemento podrían inferirse otros dos, a saber:

- El conocimiento por el autor de la concurrencia de las características (de hecho o de derecho) del supuesto de hecho, al que el ordenamiento jurídico condiciona la prohibición de ese acto; y de ahí se desprende, además, que el dolo queda también excluido por la suposición errónea de circunstancias que harían del acto un acto ilícito.

- Referirse a un resultado contrario al Derecho, es decir, que contradiga al ordenamiento jurídico; por el ejemplo, el caso de la lesión. Basta la contradicción con el derecho objetivo, pues la violación de un derecho subjetivo, si bien es frecuente, no se da en todos los casos.

Tan doloso es el incumplimiento cuando el móvil ha sido dañar al acreedor o evitar el deudor un desembolso, como cuando se ha inspirado en la misericordia, la caridad o cualquier otro sentimiento análogo, por lícito, bueno o justo que en sí mismo sea.

Se incurre en dolo cuando de intento y a sabiendas se ejecuta un hecho que, conforme a la ley o al contrato, no debe ejecutarse, o cuando se omite uno que, según éste o aquélla, debe ser ejecutado. Los motivos carecen de interés.

Toda regla jurídica o moral debe ser -por sí sola- móvil determinante suficiente de las acciones o abstenciones que prescriba.

Existe -insistimos en el concepto- tres posiciones distintas en cuanto a la concepción del dolo en el incumplimiento de las obligaciones:

(i) El dolo consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar, o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa.

(ii) El dolo en la inejecución de las obligaciones consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación, aunque no medie intención de dañar. El dolo vendría a ser, en este caso, “la conciencia de la infracción de un deber”. Para ilustrar el concepto Larenz pone el ejemplo de un taxista que no pasa a recoger al pasajero para llevarlo a la estación: si ello ocurre porque se olvidó, hay culpa; pero si lo hizo porque encontró otro pasajero que le pago más, hay dolo.

(iii) El dolo en la inejecución de las obligaciones se daría sólo cuando el deudor “mal cumple” a sabiendas la obligación con una prestación distinta de la debida.

En opinión nuestra, como ya lo dijimos, la segunda de las expuestas es la doctrina que prevalece y aquélla que, incluso, es adoptada por nuestro Código Civil en el artículo 1318.”<sup>24</sup>

### **1.2.6 La Culpa: Definición, elementos y clases**

Castillo Freyre y Osterlig Parodi determinan que “En sentido amplio, se entiende por culpa toda falta (voluntaria o no) que causa un mal o daño; es decir, causa humana de uno u otro.

---

<sup>24</sup> Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima 2008, páginas 839 a 843

La culpa resulta de la imprudencia, de la torpeza, de la negligencia del deudor. Por las mismas no cumple con sus obligaciones.

La culpa puede presentarse, actualmente en todas las obligaciones, sin tener en cuenta matices especiales. Se responde tanto por la culpa levísima como por la lata.

Los jueces pueden moderar, pero nunca excluir, la responsabilidad por culpa atendiendo a las circunstancias. Evidentemente, habrán de ponderar la intensidad de la culpa, pero cualquier moderación es judicial y se hará a *posteriori*, sin que la ley nada diga.

Según se sostiene en doctrina, la culpa es un tipo de imputabilidad que se caracteriza por dos elementos, ambos de contenido negativo:

**(a)** En primer lugar, aparece en la actividad del agente de una omisión de diligencias apropiadas.

**(b)** En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la ausencia de mala fe o mala voluntad. El deudor no se ha propuesto incumplir la obligación y si ha llegado a ello no ha mediado malicia de su parte. Es justo, pues, que esto se compute a su favor para merecerle un tratamiento más benigno o menos desfavorable que si hubiese obrado a designio el incumplimiento de la obligación.

Es de advertir que si el primer elemento de la culpa es el que da lugar a la responsabilidad del deudor, el segundo elemento permite ubicar esa responsabilidad en un grado relativamente benigno. El primer elemento de la culpa funciona contra el deudor y el segundo elemento, habida cuenta del primero, a su favor. El primero origina la responsabilidad del deudor, el segundo la limita a una cuantía definida.

Ahora bien, ahondando aún más en el concepto de culpa, podríamos agregar que *-lato sensu-* la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño, y que resulta imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. *Stricto sensu*, en cambio, además de dichos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier querer doloso. El concepto gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad.

Más aún, la culpa comprende *-sea considerada en su alcance amplio o en el restringido-* la voluntariedad de la acción, sin la cual no puede exteriorizarse.

En suma, podríamos señalar que culpa es la infracción de la ley que uno comete sin dolo ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar. Es toda conducta contraria a la que debiera haberse observado. Dicha acción u omisión perjudicial para otro, en que uno incurre, puede devenir tanto por imprudencia, negligencia o impericia, figuras que para la doctrina enmarcan las formas de culpa.

Según el aforismo latino: *imperitia culpa adnumerantur* (la impericia se considera como culpa). Se entiende por impericia a la falta de conocimiento o de práctica que cabe exigir a uno en una profesión, arte u oficio; de ahí que resultan sinónimos de ella la torpeza y la inexperiencia.

El inexperto confía “osadamente” en llegar a ejecutar bien el objeto de su obligación o bien a realizar la actividad en que está empeñado, no obstante la deficiencia de su capacidad.

La imprudencia, en cambio, tiene su esfera en toda conducta humana y aparece como un desafío de las desgracias o infortunios, en principio superfluos y casi siempre evitables; de ahí que tenga como sinónimos a la “falta de prudencia o precaución”.

Se ha anotado que la imprudencia implica una deformación voluntaria de los móviles que llevan a actuar a la persona de una u otra manera, en cuya escala de valores la buena suerte cumple un papel preponderante y exagerado. Así, si tenemos en cuenta las tres etapas del actuar humano, podría decirse que el imprudente tiene conciencia de lo que hace, pero no actúa con intención de infringir la ley o el contrato: no quiere obrar ilícitamente, confía en tener la buena suerte de evitar la infracción.

Asimismo, está el concepto de negligencia, que forma parte de la culpa, entendida como la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones, de ahí que tenga como sinónimos a las siguientes expresiones: dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones, ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor, entre otros.

Obra negligentemente quien debiendo saberlo ignora cuál es la medida exacta de su capacidad para ejecutar aquel acto o realizar otro, creyéndose más experto de lo que es en realidad.

Ahora bien, cabe anotar que sólo las personas pueden ser culpables o no serlo, pues únicamente ellas tienen voluntad o actividad consciente, elemento imprescindible de la culpa.

Pero el hecho de que ni las personas abstractas, ni los animales, ni las cosas, constituyan sujetos activos de culpabilidad, no excluye la existencia de “responsabilidad derivada” en relación con los administradores de las primeras, o con los dueños y cuidadores de aquéllos y de éstas.

Nuestro Código Civil, al establecer que la culpa es factor de atribución de responsabilidad, prescribe consecuencias jurídicas distintas de acuerdo al grado de aquélla. En tal sentido, lo reiteramos, distingue a la culpa inexcusable de la culpa leve.

- *La culpa inexcusable*: El Código Civil Peruano de 1984 ofrece la distinción de la culpa inexcusable en su artículo 1319, cuyo texto es el siguiente: “Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

La culpa inexcusable es el grado más alto de la culpa. Es lo que se conoce también con el nombre de negligencia grave, y consiste en la omisión de algunos o algún deber de diligencia.

Independientemente del elemento volitivo, en cuanto a querer incumplir con la obligación, que se halla presente en el dolo y no en la culpa inexcusable, en múltiples casos, como sabemos, la línea divisora entre el incumplimiento doloso y el que obedece a culpa inexcusable, es lo suficientemente tenue como para que el Derecho peruano haya considerado irrelevante -en materia de consecuencias jurídicas- que el incumplimiento de la obligación obedezca a una causa o a la otra.

La culpa inexcusable es un grado de culpa tan grave que el Derecho le asigna las mismas consecuencias que al incumplimiento doloso de la obligación.

El deudor de una obligación que incumple por culpa inexcusable, tiene, entonces, que indemnizar al acreedor por todos los daños y perjuicios causados que sean consecuencia inmediata y directa de dicho incumplimiento.

Parafraseando a los Mazeud, podemos decir que el Derecho considera que “Las consecuencias de la culpa inexcusable deben ser las mismas que las del dolo, para que el malvado no se haga pasar por imbécil”.

En Derecho Civil, el incumplimiento de una obligación por dolo y el incumplimiento de una obligación por negligencia grave o culpa inexcusable, tienen exactamente las mismas consecuencias. El deudor deberá indemnizar todos los daños y perjuicios causados, que sean consecuencia inmediata y directa de ese incumplimiento.

Ilustremos el tema con ejemplos.

Imaginemos que “A” va en camino a cumplir con su prestación, la que consiste en entregar un vehículo. “A”, sin embargo, tiene el desacierto de dejar el auto estacionado en un lugar relativamente peligroso con las lunas abiertas mientras entra a una tienda a comprar unas cosas que necesitaba. Cuando sale de la tienda el vehículo ha desaparecido, alguien se lo robó. Aquí no se puede exonerar al deudor argumentando que la entrega no se produjo por el hecho determinante de tercero (el sujeto que robó el auto), ya que el robo fue facilitado por la negligencia grave del deudor.

Como segundo ejemplo supongamos que “B” es un abogado que tiene que rendir un informe oral a las 9 de la mañana, pero la noche anterior decide irse a bailar y a beber alcohol, lo que ocasiona que no escuche el despertador y no abra los ojos hasta las 11 de la mañana. “B” no tuvo intención de incumplir, pero incumplió debido a su negligencia grave.

- *La culpa leve*: Por último tenemos la culpa leve, la que se define como la omisión de aquella diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

La culpa leve constituye una especie intermedia entre la culpa lata o grave y la culpa levísima o venial. Se presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra, o que, en general, pondría un buen padre de familia.

A grandes rasgos podemos afirmar que la culpa leve se trata de hechos que, aunque suponen una falta de diligencia, podrían ocurrirle a cualquier persona.

Así, la culpa leve tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, no hay en ella la intención de no cumplir, no hay mala fe del deudor. Hay tan solo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (culpa in faciendo) u omisión (culpa in non faciendo) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.

Esta clase de culpa sí tiene para el Derecho algún grado de atenuación, lo que justifica que las consecuencias que se le atribuyen no sean tan severas como las que se le asignan al dolo y a la culpa inexcusable.

El Código Civil Peruano de 1984 reconoce a la culpa leve en su artículo 1320 cuyo texto es el siguiente: “Actúa con culpa leve quien omite aquella

diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”.<sup>25</sup>

Siguiendo a Gustavo Palacio Pimentel También se admite la clasificación de la culpa en las siguientes:

“- *Culpa in eligendo*. El deudor de una obligación no siempre ha de tener que responder directamente de su culpa personal, sino puede quedar obligado a responder de “culpas personalmente ajenas”; o sea de la culpa de sus dependientes subordinados con motivo u ocasión de cumplir o ejecutar la o las obligaciones contraídas por el primero, esto es por el principal o patrón, cuando este último no las ejecuta personalmente o, al menos no lo hace en su totalidad o integridad.

- *Culpa in vigilando*. Es la que deriva de la supuesta falta de control sobre las personas que dependen de otras.”.<sup>26</sup>

### **1.3 El caso fortuito y la fuerza mayor: Definición y caracteres**

Osterling Parodi y Castillo Freyre estipulan que “El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es, pues, un motivo más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad.

---

<sup>25</sup> Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Ob. Cit., páginas 847 a 853

<sup>26</sup> Palacio Pimentel H. Gustavo, Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Huallaga Editorial, Lima 2002, páginas 481 a 482

La figura del caso fortuito y la fuerza mayor esta contemplada en el numeral 1315 del Código Civil Peruano, el mismo que prescribe lo siguiente: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

El Derecho positivo no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito o fuerza mayor, pudiendo constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos; no obstante, la doctrina sí distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y estas distinciones influyen -o podrían influir- en su aplicación. Cabe aquí advertir que la diferenciación más divulgada es atribuir el caso fortuito a hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a actos de la autoridad o, en general, a hechos del hombre.

En efecto, hay autores para quienes llevar a cabo la diferenciación conceptual únicamente obedece a fines teóricos. Pero otros consideran que tal distinción si tiene influencia sobre la responsabilidad del deudor. Este último sector doctrinal estima que la diferencia se encuentra en la importancia del acontecimiento, siendo la fuerza mayor los hechos más importantes y casos fortuitos los menos importantes. Aquí la fuerza mayor tiene un efecto liberatorio más amplio que el caso fortuito, implicando la irresistibilidad del acontecimiento. En tanto, el caso fortuito abarca la imprevisibilidad de dicho acontecimiento.

En el supuesto que nos atañe, esto es el caso fortuito o la fuerza mayor, los efectos de ambas figuras serán siempre los mismos, es decir exoneran de responsabilidad al deudor que incumple su obligación. Las delgadísimas líneas divisorias entre ambos conceptos resultan, a los fines del fundamento de

ambos, irrelevantes. Para determinar la responsabilidad contractual del deudor, el propio sistema provee de criterios subjetivos como culpa leve, culpa inexcusable y dolo. Más bien el problema del artículo 1315 del Código Civil antes transcrito, es delinear los presupuestos en que se libera o exime de responsabilidad al deudor. La idea es proporcionar una válvula de escape, un respiro al deudor cuando ocurren eventos en los que su voluntad no ha intervenido, es decir, eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impidan la ejecución de la obligación a su cargo.

Aclarado este punto, debemos señalar que el caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable. Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta. No hay autoría moral. Y como nadie puede ser obligado sino en la medida de sus fuerzas y de su libertad, los hechos acaecidos por causas extraordinarias, imprevisibles e inevitables, extrañas a la voluntad, eximen de responsabilidad al deudor.

Ahora bien, para que un evento pueda calificarse como caso fortuito o fuerza mayor, el mismo debe poseer una serie de condiciones y/o caracteres:

**a).- Que el acontecimiento sea extraordinario.**

El caso fortuito o de fuerza mayor debe revestir la característica de “anormal”, es decir, las circunstancias en que se presentan deben ser extraordinarias y no ordinarias ni “anormales”.

Algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos en que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos

de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra, Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos que este concepto va seriamente ligado a la impredecibilidad o imprevisibilidad.

Por último, no se debe confundir lo extraordinario con lo irresistible, ya que un evento puede ser imposible de resistir, pero no encontrarse al interior de la esfera de lo extraordinario.

**b).- *Que el acontecimiento sea imprevisible***

La imprevisibilidad, como mencionamos anteriormente, se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas.

El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar que constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar al terreno de la imputabilidad.

La imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado.

Esa conducta puede referirse a un patrón estándar objetivo del hombre medio (exigiendo al agente que actúe con la diligencia o prudencia común a cualquier hombre), o ser de corte subjetivo, como evaluar las posibilidades de previsión del deudor en cada caso específico, es decir, atendiendo a las condiciones personales del agente.

Creemos, en suma, que independientemente del criterio objetivo de la diligencia o cuidado estándar o común a cualquier hombre (esto como punto de partida o eje básico), también se deben evaluar las circunstancias particulares de cada caso.

**c).- *Que el acontecimiento sea irresistible***

El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga su acaecimiento.

**d).- *Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación***

Ya hemos analizado las características del evento en sí mismo, para considerarlo caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento tiene que revestir las condiciones de extraordinario, imprevisible e irresistible. Reuniendo estas calidades, el hecho configura el concepto.

Sin embargo, tiene que existir una conexión causal entre el evento y la inejecución, lo que equivale a decir que el caso fortuito o de fuerza mayor debe impedir al deudor la ejecución o determina el cumplimiento parcial tardío o defectuoso de la prestación a que está obligado, En otras palabras, la incidencia entre el acontecimiento y el incumplimiento debe ser directa. Y este impedimento debe ser absoluto, ya que si no lo impide y sólo lo obstaculiza en términos relativos, no libera al deudor de responsabilidad, pues no se produce la fractura del nexo causal de responsabilidad.

**e).- Que el acontecimiento sea actual**

El evento no debe ser potencial, o sea, no debe entrañar un peligro, sino debe ser actual, vale decir, que ya ha acontecido al momento en que corresponde al deudor ejecutar su prestación.

No basta pues, un hecho simplemente posible.

Para que se configure un impedimento, éste debe ser real, inobjetable, cierto; debe existir en el momento presente, ya que de lo contrario sólo se estaría hablando de eventualidades, de posibilidades, y hasta de suposiciones.

**f).- Que el acontecimiento sea sobreviniente**

El evento debe suceder con posterioridad al nacimiento de la obligación, es decir, debe ser sobreviniente a la constitución de ella.

La razón de este requisito es muy simple, ya que si dicho impedimento existía en la época del nacimiento de la obligación, ésta nunca se habría constituido válidamente por imposibilidad de su objeto.

**g).- Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor**

Si el acontecimiento deriva de la actividad voluntaria del deudor, es decir, si se relaciona con su persona, se ingresa al terreno de la responsabilidad, ya que sería injusto que dicho deudor pretendiese desligarse de tal responsabilidad respecto de las derivaciones de algo que le atañe o concierne.”<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Ob. Cit., páginas 826 a 833

## 2.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

### 2.1 Distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual

Luís Díez Picazo apunta que “La responsabilidad civil se clasifica tradicionalmente en contractual y aquiliana o extracontractual. La primera supone la trasgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato. La aquiliana, por el contrario, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.

La separación entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa o negligencia civil no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento último es el mismo; una acción y omisión culposa, aunque también dolosa, que daña a otro. Incluso el régimen jurídico de las primeras se aplica, según reiterada doctrina jurisprudencial, a las segundas de manera subsidiaria.”.<sup>28</sup>

Por su parte Guido Alpa apunta que “Desde el punto de vista formal es bastante fácil practicar la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, desde el momento en que la primera nace del incumplimiento de una obligación (art. 1218 del Código Civil italiano), mientras la segunda nace de la comisión de un acto ilícito (art. 2043). La doctrina tradicional agota en estos términos la descripción de las diferencias fundamentales. De manera más analítica y bajo una perspectiva mucho más

---

<sup>28</sup> Díez-Picazo, Luís, Gullo, Antonio, Ob. Cit., página 591

compleja y rica, dictada por el conocimiento histórico y la curiosidad comparatista, la distinción ha parecido un tiempo arbitraria e inexacta. Arbitraria, puesto que de acuerdo a recientes tesis, puede surgir una responsabilidad de naturaleza contractual de relaciones “pre” contractuales; inexacta, porque la distinción en la actualidad se ha esfumado, incidiendo sobre todo en la prescripción de la acción.

En otros términos, se ha observado que hoy la obligación contractual tiende a considerarse como una estructura compleja y, por lo tanto, ella envuelve también obligaciones accesorias; al mismo tiempo, la responsabilidad civil tiende a involucrar también fenómenos contractuales como ocurre en el caso de responsabilidad civil por actividades negociales (por ejemplo, la doble venta inmobiliaria). De manera que la distinción tradicional debe ser revisada.

En algunos ordenamientos se advierten, por lo demás, aspectos bastante originales. En Francia, por ejemplo, se tiende a negar la acumulación de las dos responsabilidades; en el common law la distinción entre contract y tort es bastante frágil y, a menudo, oscura e inestable.

En el curso de la descripción del instituto tendremos ocasión de volver a examinar la cuestión en sus perfiles específicos, distinguiendo unos supuestos de hecho de otros, y sus indulgencias a la pretensión de trazar una línea demarcativa neta entre los dos tipos de responsabilidad.

Es sobre todo la referencia a las experiencias jurídicas europeas que pueden ayudar al jurista a profundizar el tema.

La distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual ha sido siempre lábil en el common law, donde por razones históricas la distinción entre efectos del tort y efectos del contract y, por

consiguiente, entre daño contractual por incumplimiento y daño aquiliano no se ha acentuado jamás.

Esta vive una auténtica crisis también en Francia, ya que en los manuales más acreditados se pone en guardia al lector de las ilusiones que resultan de una clasificación tan precisa cuanto prácticamente poco utilizable. En realidad, desde hace más de un siglo que la doctrina francesa discute sobre la dualidad o unidad de las nociones de responsabilidad y muchos autores se han inclinado por la tesis intermedia que expresa, se dice, el estado del derecho positivo.

En otros términos no existiría una diferencia por “naturaleza” entre las dos obligaciones, sino sólo una diferencia de régimen.

En la crítica contemporánea a la distinción, se sigue el método comparativo entre los dos regímenes, tratando de atenuar sus diferencias. Estas diferencias no coinciden exactamente con aquellas tradicionalmente descritas en el derecho italiano y, por lo tanto, son de extremo interés porque consienten no sólo apreciar con mayor precisión los exactos confines de la responsabilidad civil en Italia, sino también de observar bajo diversas perspectivas la misma problemática que hoy se agita entre nosotros.

Las diferencias proclamadas conciernen a:

a) el hecho sobre la base del cual se debe responder: el comportamiento de quien no cumple o del autor del ilícito son diversos;

b) la irrelevancia del “hecho de las cosas” (según la expresión animista típica del code civil) en el sector de la responsabilidad contractual, aunque recientemente ha surgido un aspecto innovador, especialmente para afirmar la responsabilidad del fabricante o del vendedor de productos defectuosos;

c) el hecho de las personas por el que se responde: mientras se tiene una interpretación extensiva en el sector contractual, restrictiva resulta la interpretación en el campo extracontractual;

d) en cuanto a los efectos, en materia contractual se responde sólo del daño previsible;

e) se considera válido el pacto de limitación y de exclusión de la responsabilidad contractual y nulo, en cambio, el pacto relativo a la responsabilidad extracontractual;

f) los intereses moratorios son legales en la responsabilidad contractual, y liquidados en vía equitativa en la responsabilidad extracontractual.

Pero se toman en consideración casos en los cuales se tiene responsabilidad extracontractual por ocurrencias que tienen por origen un contrato: por ejemplo, la inducción al incumplimiento, la ruptura de tratativas, la conclusión de un contrato nulo, la conclusión de un contrato en daño de tercero y así por el estilo.

La discusión de los últimos años en torno a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, o bien entre daño contractual y daño extracontractual se registra también bajo otros aspectos. En Francia, como se ha subrayado, no se consiente la acumulación de las dos responsabilidades y, por lo tanto, las diferencias devienen más marcadas porque el dañado debe operar, desde el inicio, una elección de campo. André Tunc parte de las incertidumbres expresadas en la doctrina inglesa y norteamericana; recuerda que ya a inicios de siglo Marcel Planiol había enunciado -de modo pionero- lo absurdo e inútil de la distinción; y documenta también el atormentado análisis de los autores franceses que en sus manuales

dedican muchas páginas a este problema y repara que, a menudo, es difícil clasificar una figura como contractual o extracontractual; los ejemplos en la actualidad, son numerosos y aluden a los errores del médico, los daños provocados por productos defectuosos, el daño causado a los parientes por fallecimiento del alimentante; y agreguemos, el daño sufrido por quien haya confiado en una carta de patronage, o en un gentlemen's agreement, en una carta de intenciones y, en fin, la lista puede continuar.

En los casos dudosos, las zonas grises, de por sí, no autorizan a tomar partido por la solución más drástica (y simplista), es decir, por la equiparación o, peor aún, por la identificación entre los dos tipos distintos de responsabilidad. En el ordenamiento italiano quedan todavía distinciones entre dos sectores ya sea por razones de fondo, es decir, por los fines que encierran; sea por los criterios reguladores que conciernen a la verificación de la imputabilidad del caso fortuito, a sus limitaciones y a la exoneración negocial de la responsabilidad, etc.

Piensa Tunc que se puede alcanzar, si bien con ciertas reservas, la unificación de los dos regímenes. Sin duda, debe acogerse esa opinión.

En verdad no puede olvidarse que en algunas convenciones internacionales -probablemente por razones de simplificación conceptual y práctica- la distinción ha sido suprimida.

La Convención de Varsovia de 1929 y la Convención de Bruselas de 1961, sobre transporte de pasajeros, unifican las acciones de responsabilidad; la directiva comunitaria en materia de productos defectuosos deja prevalecer el

favor por la responsabilidad extracontractual, pero en Francia por ejemplo se ha buscado acercar los dos sistemas.”.<sup>29</sup>

Juan Espinoza Espinoza escribe que “Un sector de la doctrina argentina sostiene que en el antiguo Derecho Romano no hubo una distinción exacta entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Doctrina uruguaya afirma que existieron dos acciones diversas: la proveniente de la Lex Aquilia y al emergente del incumplimiento del negotium. Ambas pretensiones son el hito inicial sobre el que se fundan las actuales responsabilidades contractual y extra-contractual, cuya diferencia conceptual fue elaborada por los glosadores y postglosadores, para luego ser receptada por el Código Napoleón, para culminar en las obras de los juristas clásicos franceses.

Se ha advertido que la distinción entre responsabilidad civil contractual y extra-contractual respondía a exigencias de una economía prevalecientemente agrícola y representaba un punto de mediación entre los intereses de los propietarios y de los comerciantes. Se clasifican en tres las posiciones que han surgido en la doctrina para determinar el problema de la responsabilidad contractual y extra-contractual, a saber: las tesis dualistas, monistas y, no podían dejar de faltar, los eclécticos, como veremos a continuación.

**2.1.1 Tesis Dualistas**, sobresale en esta posición Sainctelette, quien en 1884 señaló las diferencias irreductibles entre uno y otro sistema, llegando a sostener que se debía de buscar una denominación distinta para cada tipo de responsabilidad.

---

<sup>29</sup> Alpa Guido, Responsabilidad Civil y Daño, Gaceta Jurídica, Lima 2001, páginas 27-30

La dualidad fue acogida por el Código Civil francés. La doctrina francesa asumió una posición particular al respecto: de una interpretación de los artículos 1137 y 1383 del Code, se determinó la dualidad del concepto de culpa, vale decir, la existencia de una culpa contractual frente a una culpa extra-contractual y, a partir de ello sustentó el doble régimen de responsabilidad, o sea, una responsabilidad distinta para cada tipo de culpa. La doctrina francesa actual admite ahora la unidad de la culpa civil, pero sigue manteniendo el doble régimen de responsabilidad.

Esta posición sostiene que las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho pueden ser reguladas sea por la ley o por el contrato, los cuales son conceptos opuestos, por cuanto el “deber legal” no puede ser asimilado al deber que surge de una “convención”, el primero es de orden público y el último obedece a intereses privados. Es por ello que, en esta doctrina, denominada clásica, se ubica, en mi opinión, inadecuadamente, a la responsabilidad extra-contractual (dentro de las fuentes de las obligaciones) y a la responsabilidad contractual (en los efectos de las obligaciones). Esta posición ha sido acogida, a nivel legislativo, por el Código Civil peruano.

Otro sector de la doctrina francesa explica que la responsabilidad extra-contractual se manifiesta en dos aspectos: el primero se da al cumplirse las condiciones necesarias para determinar si se ha producido esta responsabilidad, lo cual se ubica perfectamente en las fuentes de las obligaciones y el segundo, se pone de relieve, una vez acreditada la existencia del vínculo jurídico, a partir del cual se va a determinar sus consecuencias, vale decir, su alcance y régimen. Este último perfil (en materia de responsabilidad extra-contractual) es desconocido para quienes abrazan la teoría clásica.

Doctrina Italiana afirma que en la responsabilidad contractual es permisible la graduación de la culpa, cosa que no sucede en la responsabilidad extra-contractual. Sin embargo, de aceptarse esta distinción (por demás, evidente, ya que, en el caso del Código Civil peruano, en materia de inejecución de las obligaciones, contamos con la culpa inexcusable -art. 1319- con la culpa leve -art. 1320- y en responsabilidad extracontractual, como regla general, no), ello no sería justificación suficiente para sostener que ambos tipos de responsabilidad tienen naturaleza distinta, por cuanto solo nos revelaría que tienen diferente tratamiento normativo, que es cosa bien diversa. Ello es tan cierto, que de aceptar, de una interpretación a sensu contrario del art. 1986 del Código Civil, que sí hay graduación de la culpa, en materia de responsabilidad extra-contractual, nos haría llegar a la (absurda) conclusión que, solo por ese motivo, ambos regímenes tienen la misma naturaleza. El problema de la naturaleza de la responsabilidad civil no puede ser confundido con el de la (discutible) graduación de la culpa.

Siguiendo con la doctrina italiana, un sector de la misma sostiene que la culpa contractual da por supuesta la pre-existencia de un vínculo jurídico (contrato), cosa que no sucede en la culpa extra-contractual, en la cual, la propia culpa hace nacer la obligación, de tal manera que el dañado deberá probar la culpa (cosa que no sucede en nuestro Código Civil, de acuerdo al art. 1969). Esta posición ha sido criticada, bajo la afirmación de que, en ambos regímenes de responsabilidad se vulnera una obligación especial, sea prescrita por la ley (responsabilidad extra-contractual) o por el contrato (responsabilidad contractual). En efecto, si el punto de referencia de la responsabilidad civil es el contrato, si bien es cierto que con ello se llega a “obtener una distinción

(aparentemente) segura de una y otra esfera de responsabilidad, esto sucede, a sacrificio de las razones del sistema y de la misma lógica del Derecho”.

Doctrina nacional sostiene que existen diferencias accidentales y sustanciales entre uno y otro tipo de responsabilidad. Dentro de las últimas están la “naturaleza de las normas violadas por cada una” y “la función que cada una de estas instituciones cumple”. Se afirma que en la responsabilidad contractual se da una “función de cooperación respecto a una expectativa que ha quedado frustrada” y en la responsabilidad extra-contractual se da una situación de “solidaridad social, que provea a la reparación, ante el conflicto dado”. Se debe tener en cuenta que más importante que el origen del daño, es la manera de repararlo: en ambas situaciones se ha lesionado una situación jurídica preexistente, la única diferencia es que en un caso medió una obligación previa y el otro no. No debería afirmarse, de manera excluyente, que en una hipótesis se ha conculcado un deber genérico y en la otra un deber específico, porque en ambas están presentes deberes genéricos y específicos. En mi opinión, el problema no se encuentra en el hecho de aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta, se centra en juzgar maniqueístamente la conducta del agente dañoso, sino en proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado.

En lo que concierne a las distintas funciones que se les pretende atribuir a los dos tipos de responsabilidades, resulta obvio que éstas no son excluyentes; más bien, se complementan. En efecto, si la cooperación es la acción de “obrar en unión de otros” y la solidaridad como “adhesión a la causa o a la empresa de otros” o “comunidad de intereses, sentimientos y

aspiraciones”, observamos que ambos conceptos se basan en una comunidad existencial de intereses que responden a la naturaleza bidimensional del hombre, en su aspecto de coexistencialidad.

**2.1.2 Tesis Monistas**, frente a la posición dualista, se alzaron los monistas, destacando Lefebvre desde 1896. Este autor criticó la idea que sustenta la dualidad de culpas, debido a que en su opinión, solo existe un tipo de culpa: la de naturaleza delictual y, por consiguiente, la responsabilidad civil giraría en torno a ella.

Uno de los defensores de esta posición, criticó a los dualistas, alegando que no existe diferencia entre la ley y el contrato, basándose en que la ley es el contrato social y el contrato es ley entre las partes. Asimismo, haciendo una inadecuada interpretación del Código Civil francés, se sostuvo que cuando se comete un acto ilícito, la obligación inicial, sea ex lege o ex contracta, se extingüía de manera automática, por perderse o devenir en imposible su objeto, aplicándose de esta manera, la normatividad relativa a la responsabilidad por el hecho ilícito. Se debe observar, aunque se peque de evidente, que la ley y el contrato no son idénticos. La ley es una norma jurídica, “un mandato con eficacia social organizadora” y el contrato es un acuerdo de voluntades que es fuente de relaciones jurídicas patrimoniales. En efecto, cuando se afirma que el contrato es ley entre las partes, solo se hace alusión -de manera metafórica- a su fuerza obligatoria, la cual se torna relativa frente a la teoría de la imprevisión.

La interpretación que se hace del art. 1302 es incompleta, debido a que la obligación a la que alude este numeral se extingue “si la cosa ha perecido o se ha perdido sin falta del deudor, y antes que hubiera sido constituido en

mora. De tal manera que la regla general que se desprende de este artículo es inversa a lo que pretende esta doctrina: el incumplimiento de un contrato no extingue la obligación objeto de éste, ésta permanece y genera, a su vez, la obligación de indemnización.

Comparto plenamente la opinión que “la contraposición entre contrato e ilícito puede no ser tanto una contraposición entre voluntad y ley, sino entre ley general y ley especial, entre deberes obtenidos por el intérprete en el contrato y deberes obtenidos en sede de interpretación de las normas del ilícito; entre deberes obtenidos utilizando cláusulas generales de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y deberes obtenidos en sede de interpretación de normas generales dictadas en tema de ilícito civil.

Como se puede observar, el juicio crítico que merece la posición monista es severo, por cuanto, si bien se puede compartir la unidad del tratamiento de ambas responsabilidades, los fundamentos que se utilizan para tal efecto, son insostenibles. Sin embargo, ubicándola dentro de su contexto histórico, esta corriente “influyó sobre los defensores de la dualidad, quienes fueron cambiando de parecer y adoptando criterios mucho menos radicales”.

**2.1.3 Tesis Eclécticas**, la posición de esta tesis es la de trata de conciliar las anteriores. Así, un sector de la doctrina francesa parte de la premisa que la responsabilidad es una sola, de tal manera que no se podrá diferenciar la responsabilidad contractual de la extra-contractual. Sin embargo, existen diferencias de régimen. Esto quiere decir, que ambas responsabilidades se identifican en sus principios mas no en sus efectos. Se sostiene, por ello, que “aun cuando la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual obedezcan a los mismos principios, sigue siendo

necesario distinguir una de otra: porque las separan algunas diferencias, accesorias, sin duda, pero diferencias reales, y pueden darle, en tal o cual pleito, un interés práctico de primer plano a la cuestión de saber si rigen las reglas de una u otra responsabilidad.

Doctrina uruguaya sostiene que entre la responsabilidad contractual y extra-contractual existe una “unidad genérica”, basada en la culpa entendida como el “hecho humano imputable” ya que entre ambos se produce la violación de un vínculo jurídico; pero admite, por otro lado, que existan diferencias específicas. En este mismo sentido, autorizada doctrina argentina afirma que “la responsabilidad civil es única, con base a presupuestos comunes, no obstante lo cual el legislador ha regulado de manera diferente determinadas cuestiones.

Cuando se analiza esta posición uno se queda con la percepción que sus defensores se han limitado a tomar una fotografía del estado de las cosas. En efecto, frente a la identidad sustancial entre ambos tipos de responsabilidad, se objeta la disparidad de tratamiento legislativo, cuando ello resulta obvio, debido a que el legislador abrazó la concepción dualista. Si la política legislativa hubiera estado orientada en el sentido opuesto, los modelos jurídicos que diseñarían ambas responsabilidades serían -por cierto- homogéneos. Creo en vez de advertir lo evidente, se debe proponer un esfuerzo interpretativo que permita aproximar (se entiende, en la medida que ello sea posible), ambos tratamientos legislativos. Como se verá mas adelante, la decisión del legislador de tratar de manera diversa lo que es lo mismo, crea no pocos problemas en los operadores jurídicos: he ahí el verdadero problema que se plantea.

Haciendo una apreciación crítica el Código Civil vigente adopta un sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta.



## CUADRO DE DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL

	CONTRACTUAL	EXTRA CONTRACTUAL
<b>Factores de atribución</b>	<p><b>Subjetivo</b> (art. 1321 c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1314 c.c.) Parámetro de la diligencia ordinaria requerida <b>Objetivo</b> (art. 1325 c.c.) Responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero (art. 1315 c.c.) Caso fortuito o fuerza mayor</p>	<p><b>Subjetivo</b> (art. 1969 c.c.) Dolo o culpa <b>Objetivo</b> (art. 1970 c.c.) Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos (art. 1976 c.c.) Responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento (art. 1979 c.c.) Responsabilidad del dueño del animal (art. 1980 c.c.) Responsabilidad del dueño del edificio (art. 1981 c.c.) Responsabilidad del principal</p>
<b>Graduación de la culpa</b>	<p><b>Culpa inexcusable</b> “negligencia grave” (art. 1319 c.c.) <b>Culpa leve</b> “omisión de diligencia ordinaria (art. 1320 c.c.)</p>	<p><b>Culpa</b> (art. 1969 c.c.) Excepto art. 1986 c.c</p>
<b>Cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad</b>	<p>(Art. 1328 c.c.) Son nulas por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se vale. Aun aquellas por culpa leve son nulas si violan obligaciones derivadas de normas de orden público</p>	<p>(art. 1986 c.c.) Son nulas por dolo o culpa inexcusable</p>
<b>Relación de causalidad</b>	<p><b>Causa próxima</b> “consecuencia inmediata y directa” (art. 1321 c.c.)</p>	<p><b>Causa adecuada</b> (art. 1985 c.c.)</p>
<b>Carga de la prueba</b>	<p>Dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (art. 1330 c.c.) Se presume la culpa leve (art. 1329 c.c.)</p>	<p>Se presume el dolo (sic) y la culpa (art. 1969 c.c.) El descargo corresponde al dañante</p>
<b>Intervención de terceros</b>	<p>El deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale. Salvo pacto en contrario (art. 1325 c.c.)</p>	<p>Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (art. 1981 del c.c.)</p>
<b>Daños resarcibles</b>	<p>Daño emergente, lucro cesante (art. 1321 c.c.) y daño moral (art. 1322 c.c.)</p>	<p>Las consecuencias que deriven (daño emergente), lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 c.c.)</p>
<b>Prescripción</b>	<p>10 años (art. 2001, inc. 1 c.c.)</p>	<p>2 años (art. 2001, inc. 4 c.c.)</p>

## 2.2.- Aplicación de la responsabilidad civil contractual o extracontractual

A poco de examinar la distinción (si se quiere, de fondo) entre ambos tipos de responsabilidad, observo que es artificiosa y confusa, por cuanto, como bien se señala “el deber genérico del *nomen laedere* probablemente es un modo de espejismo que, por mucho tiempo, ha ilusionado y continua ilusionando a los juristas. Este deber genérico no es, en realidad, más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos a cada uno con respecto a los demás sujetos. El *aliquem laedere* es paralizado por el *suo iure uti* en la fórmula elemental: *qui iure suo utitur neminem laedit*. Y el deber genérico de usar el propio derecho, vale decir, de no actuar más allá del propio derecho, es una fórmula vana en tanto no se determine cuál sea el propio derecho y cuál sea el derecho ajeno. Por consiguiente, no se puede decidir que un acto *aliquem laedit*, si no se establece por quien lo cumple, lo hace *iure suo non utitur*, y no se puede establecer esto sin establecer si se tiene, o no, una obligación de abstención. En este mismo sentido, se advierte que “un deber específico preexiste tanto en la aparición del daño extra-contractual como en el nacimiento del daño contractual; el sujeto no está vinculado solo por el deber de cumplir la obligación, sino también por otros deberes específicos que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico; en cuanto perjudica al interés de otro violando uno de tales deberes, ocasiona un daño que, en contraposición al contractual, se conoce como extra-contractual.

En atención a ello, el deber genérico del *nomen laedere* se encuentra presente, tanto en la responsabilidad contractual como en la extra-contractual. Lo que sucede con este último supuesto, es que recae en la generalidad de los

individuos. No se olvide que ambos tipos de responsabilidad tienen, desde un punto de vista funcional, la misma finalidad, vale decir, “la de ejercitar un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, tal de consentir una equitativa distribución de los recursos a través del resarcimiento del daño”. Incluso, el mismo término “responsabilidad contractual”, es inadecuado, por cuanto éste no solo se presenta en los negocios jurídicos patrimoniales contractuales, sino en otro tipo de figuras, que técnicamente no son contratos, a saber: gestión de negocios (art. 1950 del Código Civil), promesa unilateral (numeral 1956), entre otros. En efecto, aun siguiendo -como hace el formante legislativo nacional- la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, conviene aclarar que “nuestro Código Civil, en cambio utiliza un criterio de distinción diferente: la relación obligatoria. En tal sentido, el capítulo relativo a “Inejecución de Obligaciones” comprende la lesión de crédito de todas las relaciones obligatorias, sean éstas de fuente contractual como de fuente no contractual. La responsabilidad extracontractual supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación). Dentro de este orden de cosas debería hablarse, con mayor precisión, de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad no obligacional”.

Suelen presentarse “zonas grises”, vale decir, situaciones en las cuales se discute si lo que se ha producido es un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, tal es el caso del daño sufrido por el viajero durante el transporte o el cirujano que deja un bisturí en el vientre del paciente que ha operado, entre otros. Como observa una atenta doctrina argentina existen dos corrientes que pretenden resolver este tipo de responsabilidad.

**2.2.1 Tesis de la Incompatibilidad**, que sobre la base de la distinta regulación legal que tienen la responsabilidad contractual y extracontractual, se sostiene que ambas son irreconciliables y, en los casos mencionados, se tiene que resolver en función de las reglas de la responsabilidad contractual, sobre la base de la “fuerza absorbente del contrato o, más latamente, de la obligación”.

**2.2.2 Tesis de la compatibilidad**, que se basa en el hecho que, si en estos casos “concurren, al mismo tiempo, los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento y la aquiliana, no se comprende por qué la víctima no pueda escoger entre su pretensión como acreedor a realizar el interés deducido en obligación y la acción de resarcimiento que, incluso, prescindiendo del vínculo obligatorio, la ley le atribuye por el daño injusto soportado. Esta posición tiene más respaldo en la doctrina, y puede ejercerse por dos vías:

**a).- Opción**, el dañado puede elegir entre accionar la vía contractual o la extracontractual. Al respecto, se afirma que “la opción -que en el lenguaje corriente significa facultad de elegir- no es otra cosa que el derecho para un contratante víctima del daño proveniente de la inejecución de una obligación contractual, de elegir a su gusto entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual para reclamar la indemnización del perjuicio sufrido, teniendo en cuenta las ventajas que podría depararle una u otra. Ello nos hace concluir, en posición que comparto, que “al admitir la opción no se está sino reconociendo la unidad esencial del sistema de responsabilidad civil”.

**b).- Cúmulo**, aquí, se permite al dañado “la obtención de una ventaja que con el ejercicio de una de las acciones no ha sido lograda”. Así, el dañado

elige lo que más le convenga de cada una de estas vías (plazo prescriptorio, carga de la prueba, entre otras). Se critica esta posición, porque “mal se podría hablar de “cúmulo”, donde no existe acumulación de acciones” y, como se observa, “huelga comentar que esta figura híbrida no ha recibido cabida en la doctrina”. Sin embargo, esta figura es de perfecta aplicación en la experiencia jurídica italiana. Así, el cúmulo es solicitado solo si el dañado puede ganar algo por su concesión, y en su concesión se traduce siempre en un mejoramiento de la posición del dañado y, contrariamente, en un empeoramiento de la del dañante”.

Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la doctrina jurídica contemporánea, que: “la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extra-contractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el Derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa el agente dañoso, sino el dañado. Actualmente, con satisfacción, puedo comprobar que ésta es la orientación de la doctrina nacional más autorizada. Con razón, ahora se afirma que “nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos.

En conclusión se puede afirmar que, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exhorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extra-contractual, el deudor afectado tiene el derecho de optar

por la normatividad establecida en inejecución de las obligaciones o por aquella diseñada en materia de responsabilidad extra-contractual.”<sup>30</sup>

Sobre el tema Luís Díez Picazo dice “En nuestra opinión, la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la responsabilidad contractual y extra-contractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia* una vez despejado el camino a través de la llamada tesis sustancialista en materia procesal.

La tesis denominada opcional puede presentar algún tipo de utilidad práctica siempre que se tenga en cuenta estrictamente las dos consideraciones que fueron hechas más arriba; que para la definición de deberes cuya inobservancia determina la culpa, ha de tenerse en cuenta la relación contractual que exista entre las partes; y que el sistema opcional es rigurosamente inaplicable en aquellos casos en que el contrato contenga reglas de conducta que comporten especiales sistemas de distribución de los riesgos o de los daños derivados de la ejecución del contrato.”<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Espinoza Espinoza, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima 2003, páginas 40-56

<sup>31</sup> Díez-Picazo, Luís. Ob. Cit. Página 331

## Cuadro Nº 02 RESPONSABILIDAD CIVIL

Variable/Indicador	Contractual	Extracontractual
Responsabilidad Civil	Es aquélla que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un acto jurídico válido preexistente, celebrado entre el causante del daño y el que lo padece. La obligación es anterior al daño	Denominada también responsabilidad aquiliana surge, no del incumplimiento de una obligación preexistente que no hay, sino del mero hecho de haber causado el daño. La relación jurídica obligatoria nace recién con el daño causado

Fuente: Elaboración propia

Luego del análisis doctrinario de la responsabilidad civil, considerando sus conceptos preliminares y efectuando la diferenciación misma entre los tipos de responsabilidad civil sea contractual o extracontractual podemos afirmar que la corriente doctrinaria que esta ganando cada vez más aceptación es la que plantea unificar las clases de responsabilidad civil, empero a la fecha conforme está tratada la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico, el tipo de responsabilidad civil que asume el funcionario o empleado público en el ejercicio de la función pública es indudablemente de carácter contractual. Ahora bien, la administración pública frente a terceros, según el título del que nace su relación obligacional puede asumir responsabilidad civil contractual o extracontractual



### 3.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

#### 3.1.- INTRODUCCIÓN

Luís Díez-Picazo afirma que “En nuestros días, la mayor parte de los eventos dañosos no son imputables a un individuo aislado, sino a grupos a veces muy numerosos de individuos. Ello puede ocurrir de varios modos. El primero es porque el aislado individuo, en quien se materializa la causa inmediata, se encontraba sumido dentro de una organización y al servicio de ella. El fallo humano del que algunas veces se habla cuando se trata de discernir la causa de una catástrofe, ¿es el fallo del último eslabón de la cadena o es el fallo de toda la organización de que la cadena forma parte?”

La tendencia es la misma cuando se trata de personas jurídicas que no son en puridad empresarios. No es infrecuente que se declare el deber de indemnizar en razón de una mala organización o de un defectuoso funcionamiento del servicio, sin alusión al hecho individual que en algún lugar ha tenido efectivamente que existir. El sistema de responsabilidad de la Administración en el Derecho Administrativo moderno es un perfecto ejemplo.

La persona jurídica puede ser, sin duda, civilmente responsable de un hecho ajeno. El problema, sin embargo, no es ese, sino establecer en qué medida cabe hablar de una responsabilidad directa de la persona jurídica por considerarse los hechos dañosos como hechos propios de ella.

Para imputar un daño, ¿es precisa una personalización del comportamiento productor del daño? Conviene distinguir según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual. En materia contractual, parece claro que la persona jurídica es un contratante y por consiguiente un obligado.

Si se produce un incumplimiento contractual, que determina unos daños y perjuicios para el acreedor, el hecho causante del daño, que es el incumplimiento contractual, le será imputable a la persona jurídica cualquiera que sea la persona física que lo haya realizado.”.<sup>32</sup>

### 3.2.- TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sobre este tema Fernando De Trazegnies respalda que “El Estado es responsable por sus actos. La doctrina de la inmunidad soberana del Estado en materia de responsabilidad contractual o extracontractual se encuentra en franco retroceso en el mundo.

Aun en los Estados Unidos, donde la inmunidad del Estado era una doctrina fundamental del *common law*, se dio una ley denominada *Federal Tort Claims Act* en la que se establece expresamente que el Estado es responsable extracontractualmente en la misma forma y con el mismo alcance que las personas privadas. Aunque algunas provisiones de esa *Act* limitan tal responsabilidad sólo a los casos de culpa (la responsabilidad objetiva se encuentra excluida) y establecen algunas excepciones importantes que recortan sus alcances, es manifiesto que en los jueces norteamericanos existe una cada vez mayor convicción de que la inmunidad debe ser considerada como un principio obsoleto. En un caso ventilado ante la Corte Suprema del Estado de Nueva México, el Vocal informante MONTOYA manifiesta que “La justificación original de la doctrina de la inmunidad soberana era el arcaico punto de vista de que “el soberano no puede causar daño alguno”. Decididamente no es necesario que la Corte pierda su tiempo en refutar ese principio feudal”. Y, el mismo MONTOYA, citando una ejecutoría anterior de la

---

<sup>32</sup> Díez-Picazo, Luis - Gulló, Antonio, Ob. Cit., página 614

misma Corte, apunta que “es verdaderamente increíble que en esta época moderna de una comparativa ilustración sociológica, y en una república, el absolutismo medieval que se encuentra implícito en la máxima “el Rey no puede causar daño alguno (no puede estar equivocado ni ser injusto)”, deba exonerar a las diversas ramas del Gobierno de la correspondiente responsabilidad de los perjuicios que causen...”.

En Italia, Adriano de CUPIS señala que “A la responsabilidad (extracontractual) no pueden sustraerse ni siquiera las personas jurídicas de derecho público, incluido el Estado. En verdad, el carácter público de sus fines no impide que puedan ser responsables por las lesiones de los intereses privados”.

En Francia, se distingue entre actos de gestión y actos propiamente públicos. Los hermanos MAZEAUD afirman que “Cada vez que el Estado, el departamento, la comuna, el territorio de ultramar, las dependencias públicas, realizan un acto de gestión privada, se comportan como personas morales de derecho privado. Las reglas que vamos a establecer (sobre responsabilidad extracontractual de la persona jurídica) les son aplicables en esos casos. Igualmente, les son aplicables en caso de responsabilidad derivada de daños causados con vehículos. Con mayor razón, esas reglas se aplican a los servicios públicos o establecimientos públicos de carácter industrial o comercial y a las empresas nacionalizadas que han conservado su estructura de sociedad comercial.

En Argentina, el artículo 43 del Código Civil -inspirado en la teoría de la ficción planteada por Friedrich Karl von Savigny para explicar la existencia de las personas jurídicas- establecía que “no se puede ejercer contra las personas

jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”. Esto significaba que ninguna persona jurídica, sea de derecho público o de derecho privado, estaba sujeta a responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, la jurisprudencia argentina consideró que la redacción literal de esta norma -y la doctrina contenida en ella- daba lugar a una injusticia; y, consecuentemente, a través de diversas lecturas interpretativas fundadas en diferentes mecanismos de apertura del texto literal, establecieron que las personas jurídicas son responsables contractualmente. Finalmente en 1968 la ley 17.771 modificó definitivamente el texto del artículo 43 del Código Civil que quedó redactado como sigue: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen a sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

Lo interesante del caso argentino es la labor de sabotaje interpretativo que llevaron a cabo los Tribunales -guiados de manera decisiva por la Suprema Corte de Justicia- contra el artículo del Código Civil que establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas, hasta que se modificó esa norma legal. Fue una lucha de la jurisprudencia contra la ley, centrada precisamente en la convicción de que el Estado es responsable: es el caso del Estado lo que provoca una revisión de la doctrina de la responsabilidad de las personas jurídicas en general.

La doctrina tradicional de la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado estaba basada en esa irresponsabilidad de las personas jurídicas (sean públicas o privadas), establecida por la versión original del artículo 43 del Código. Adicionalmente, la Corte se apoyaba en una distinción entre la aplicación del Derecho Público y la aplicación del Derecho Privado al Estado, basándola en la diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, dentro de los lineamientos de la corriente francesa a que hemos hecho antes referencia: sólo los actos de gestión del Estado podían ser materia del Derecho Civil, con lo que quedaban fuera de la responsabilidad civil todos los actos de carácter público; pero, además, los actos de gestión tampoco podía ser responsabilizados porque el Estado es una persona jurídica y éstas eran irresponsables ante la ley, de acuerdo a la disposición citada del Código Civil. Así, habían dos argumentos para excluir de responsabilidad civil a los actos públicos (primero, la distinción entre los campos de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado y luego la irresponsabilidad de las personas jurídicas) y un argumento para excluir los actos de gestión (la irresponsabilidad de las personas jurídicas).

Sin embargo, en 1933 se produjo un vuelco importante en la opinión de las Cortes. En el juicio seguido por Tomás Devoto y Cía. Con el Gobierno de la Nación, la Suprema Corte condenó al Estado al pago de los daños y perjuicios derivados de un incendio que se había originado por la negligencia de los empleados públicos encargados de reparar la línea telegráfica. Pero esa decisión de la Corte, aún cuando modificó sustancialmente el sentido de la jurisprudencia, no contribuyó con nuevos argumentos, ya que no mencionaba siquiera el conflictivo artículo 43 del Código Civil: simplemente lo ignoró.

Tampoco hizo referencia al hecho de que, siendo el servicio de correos y telégrafos una función del poder público, dentro de la interpretación tradicional - que distinguía entre actos vinculados directamente a las funciones públicas (como era el caso) y actos de naturaleza privada- no le hubiera sido aplicable el Derecho Privado. Sin embargo, a pesar de la inopia argumentativa del precedente -a veces los gestos valen más que las razones- los Tribunales desde entonces reconocieron la responsabilidad del Estado y la fueron paulatinamente ampliando y justificando.

Esta nueva consciencia se arraigó de tal manera, aún contra el texto del Código, que el Vocal el doctor Borda, en una Ejecutoria de 1958, llegó a afirmar que “En la interpretación legal debe prescindirse del artículo 43; es una norma muerta, una curiosidad jurídica”. Es así como incluso las diferencias entre actos públicos y privados del Estado se tornaron borrosas; y sucesivas sentencias condenaron al Gobierno por daños causados por el hecho de que el Registro de la Propiedad emitió un informe erróneo (1938), por daños causados por la entrega indebida de mercadería por la Aduana a un tercero (1966), por daños por la emisión equivocada de un certificado de “libre” respecto de una finca cuyo propietario se hallaba inhabilitado, lo que le permitió gravar el inmueble perjudicando al inhabilitado (1969), etc. En todas estas Ejecutorias se ha condenado al Estado al pago de una indemnización y no se ha tenido en cuenta el hecho de que el daño se produjo en el ejercicio de una función pública y no simplemente en los actos que realiza el Estado como cualquier particular.

En 1959, en una Ejecutoria del 2 de junio de ese año, la Cámara Nacional Civil de Argentina Declaraba: “La totalidad de los tribunales del país

se inclina a sentar la regla de la responsabilidad extracontractual del Estado, aún en los casos en que actúa como Poder Público, por los daños que ocasionen sus funcionarios o empleados en el desempeño de sus funciones, de la misma manera que las personas jurídicas de Derecho privado.

Efectuado el análisis de las tendencias contemporáneas sobre la responsabilidad civil del Estado, se han identificado como teorías doctrinarias que se ocupan sobre el particular a las siguientes:

**3.2.1 La teoría de la culpa.** La antigua concepción de la responsabilidad, concebida exclusivamente como sanción de una culpa y fundada en la idea de “acto ilícito” complicaba mucho la conceptualización de la responsabilidad del Estado.

En realidad, muchas veces el Estado está obligado a pagar una indemnización por daños que causa sin cometer acto ilícito alguno, sino, como resultado de su gestión pública. Por ejemplo, para citar el caso más extremo, la expropiación no es un acto ilícito. Sin embargo, el Estado está obligado a indemnizar al expropiado, tanto por el daño emergente (valor de los bienes expropiados) como por el lucro cesante. Una resolución de la Corte Suprema Argentina, por ejemplo, declara el 3 de Agosto de 1962: “La realización de obras públicas en el cumplimiento de las funciones estatales, atinentes al poder de policía para el resguardo de la vida, salud y tranquilidad de los habitantes si bien es lícita, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que esas obras priven a un tercero de sus propiedades o lesionen sus atributos esenciales”.

La dificultad de encontrar una culpa en este tipo de situaciones, aunada a la idea de que la responsabilidad en el campo civil se basa sobre la teoría de

la culpa, perturba la construcción dentro del Derecho Civil de una teoría de la responsabilidad del Estado que pueda comprender todos los casos en que ésta se presenta. Es por ello que algunos autores, como ALTAMIRA GIGENA, prefieren arrancar del Código Civil toda responsabilidad derivada de actos del Estado y configurar esta institución de una forma diferente en el campo administrativo. Es así como sostiene que “La indemnización no se basa en las reglas del Derecho Civil, referentes a la responsabilidad por hecho ilícito. Puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y representantes del Estado, pero esto no es esencial para que la indemnización tenga lugar. Esta corresponde sin necesidad de tener aquello en cuenta y hasta por actos completamente legítimos, por lo que la indemnización surge sin necesidad de normas que expresamente lo determinen.

Sin embargo, creemos que este razonamiento no es exacto. No cabe duda de que la indemnización debe ser pagada por el Estado aún cuando no hay acto ilícito. Pero esto no significa que sea preciso abandonar el campo civil y tratar de construir una nueva figura de Derecho Público, salvo que identifiquemos (erróneamente) el Derecho Civil, como lo hace ALTAMIRA GIGENA, con el principio de la culpa y la existencia de un acto ilícito.

La posibilidad de la teoría *civil* de concebir responsabilidades sin culpa, que no provienen de acto ilícito, salva la dificultad y permite mantener toda la teoría de la responsabilidad (que conduce a una reparación material) dentro del campo civil.

Mudar esta área a una nueva morada administrativa nos parece enormemente peligroso. De un lado, el Derecho Civil es un Derecho Común, es decir, tiene principios suficientemente generales como para comprender todos

los casos aún cuando no hubieren sido establecidos en una norma específica. Esto no sucede con el Derecho Administrativo. Por consiguiente, a diferencia de lo que piensa ALTAMIRA GIGENA en la frase citada, en el campo administrativo la indemnización *no surge sin normas que expresamente la determinen*. De manera que, si la responsabilidad civil no es aplicable al Estado, en tanto que Derecho común, muchos casos de daños causados por el Estado podrían quedar sin reparación. De otro lado el Derecho Administrativo es un Derecho público que tiene miras y categorías muy diferentes a las del Derecho Civil: su principal preocupación no está en las víctimas sino en el ordenamiento de las actividades del Estado para el cumplimiento de los fines del Estado. Así las cosas, la persona se encontrará mejor protegida por el Derecho Civil.

**3.2.2 La teoría de la vicariedad.** Algunos han pretendido fundar la responsabilidad del Estado únicamente en los principios de la responsabilidad vicaria; y han intentado justificarla con los mismos argumentos.

Unos han pretendido utilizar para este efecto la idea de representación: el representado (Estado) responde por sus representantes (funcionarios). Y hay quienes discrepan sobre la base de que la responsabilidad del representante se basa en la *culpa in eligiendo* y en la *culpa in vigilando*; pero, dicen estos mismos autores, la Administración no elige ni vigila a sus funcionarios sino que son otros funcionarios quienes lo hacen. Este razonamiento es artificial en la formulación tanto de la tesis como de la antítesis. La tesis a criticar contiene una petición de principios: que la responsabilidad vicaria se basa en la idea de la culpa. Pero si este principio no es exacto (como no parece serlo en la actualidad), tanto la teoría de la representación como su crítica caen por tierra.

Por otra parte, la crítica desconoce la naturaleza de la persona jurídica y su consiguiente responsabilidad. Lo mismo podría decirse de los funcionarios que trabajan para cualquier persona jurídica pública o privada: siempre son elegidos y vigilados por otros funcionarios (el que hace de Gerente, de capataz, etc.). Pero eso no significa que las personas jurídicas no sean civilmente responsables sino únicamente sus funcionarios.

**3.2.3 La teoría organicista.** GIERKE desarrolló una teoría que atribuye la responsabilidad al Estado y no a sus funcionarios; y esta responsabilidad, dice, no es vicaria sino directa.

Para este autor, los órganos de una persona jurídica no son distintos de ella sino parte de ella misma: actúan por la persona jurídica y no por sí mismos. La mano de un hombre no es un representante o delegado de éste sino una parte misma u órgano de dicho hombre. Por consiguiente, igual como por todo lo que hace la mano responde el hombre a quien pertenece, por todo lo que hace un funcionario responde la entidad a la que pertenece, en este caso, el Estado. No es, entonces, el funcionario quien actúa y causa el daño sino que es el Estado mismo que actúa a través de ese funcionario.

La teoría es ingeniosa y, dejando de lado su aspecto metafórico, se acerca mucho a nuestras propias convicciones. En efecto, la persona jurídica es una realidad innegable: una realidad no natural sino jurídica, pero no por ello menos realidad para el Derecho. Por consiguiente, constituye un centro de imputación de derechos y obligaciones en sí misma y no sólo en la persona de sus funcionarios. Sin embargo, la formulación organicista desconoce la diferencia entre una mano y una persona, lo que no le permite ver con claridad las relaciones algo más complejas que existe entre un funcionario y la persona

jurídica para la que realiza sus funciones: mientras que la mano no tiene voluntad propia que pueda colaborar u oponerse a la voluntad del hombre a la que pertenece, el funcionario es una persona, con voluntad y con iniciativa, que puede agregar o restar causas al daño. Por consiguiente, si bien es preciso establecer las bases de una responsabilidad del Estado como tal, eso no implica exonerar a los funcionarios por la responsabilidad que les pudiera corresponder.

**3.2.4 La teoría del riesgo.** Otros autores han sostenido que el Estado es responsable por los daños que cause en razón de la teoría del riesgo creado: la administración de un servicio público puede dar lugar a que se produzcan importantes daños: por consiguiente, si esta actividad estatal crea riesgos, el Estado debe soportar sus consecuencias.

Esta tesis, que pretende sortear las dificultades tanto de carácter general como las específicas que presenta la culpa en relación con la actividad del Estado, no resulta satisfactoria desde el punto de vista teórico.

Solo queremos que la tesis fundamental que la sustenta *-ubi emolumentum, ibi onus-* se encuentra distorsionada en el caso particular del Estado. Ese principio asume una sociedad constituida por individuos, algunos de los cuales crean riesgos a terceros para obtener ventajas a sí mismos. Dentro de este contexto, dice, si uno de esos riesgos se materializa y causa un daño, aquél que pretendía obtener la ventaja debe asumir la pérdida. Sin embargo, el Estado no es un individuo más: es la representación colectiva de todos los individuos. Por consiguiente, no podemos decir que crea un riesgo en su propia ventaja, sino en la de la sociedad toda. De lo que se deduce que la carga o pérdida debe ser asumida por la sociedad toda: como en la práctica lo

es, respecto de toda obligación del Estado. Pero esto nos lleva a otra teoría, que trataremos a continuación: la difusión social del riesgo.

### **3.2.5 La teoría de la proporcionalidad de las cargas.**

Dentro del campo del Derecho Administrativo, nació otra teoría para justificar la responsabilidad del Estado.

Esta puede resumirse en la idea de que, dentro de un Estado democrático, todos deben soportar por igual las cargas que impone el Estado. Tal tesis se apoya en lo previsto en el artículo 13º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, que enunciaba "... unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en el interés de todos".

El Consejo de Estado francés adoptó esta teoría como fundamento para responsabilizar al Estado por los daños que causen los servicios públicos, aduciendo que éstos debían distribuirse dentro de la sociedad de la misma manera como se distribuyen las ventajas que prestan a la comunidad. Esta opinión fue apoyada por los célebres tratadistas de Derecho Administrativo, Marcel WALINE y Jean RIVERO.

Como puede apreciarse, esta teoría se encuentra de alguna manera a medio camino hacia la teoría de la difusión social del riesgo. En realidad, pensamos que no constituye en sí misma una tesis conceptualmente autónoma sino que es una de las manifestaciones de esta última; sin perjuicio de la originalidad histórica de su formulación.

### **3.2.6 La teoría de la difusión social del riesgo.** Desde

nuestro punto de vista, una vez más es la teoría de la difusión social del riesgo

la que mejor explica la existencia de una responsabilidad, también en el caso de los daños cometidos por el Estado.

Adoptamos como punto de partida el principio de que toda víctima tiene que ser indemnizada, salvo excepciones que tienden a ser cada vez más reducidas: los casos de ejercicio del derecho de dañar (por ejemplo, los daños comerciales causados a través de la libre competencia), el dolo o negligencia inexcusable de la propia víctima, quizá el caso fortuito cuando la sociedad no tiene la capacidad económica -que, en el fondo, se resuelve más bien en una incapacidad operativa- de afrontarlo colectivamente. Este derecho de la víctima nace de un deber de solidaridad social, que pretende -entre otras cosas- humanizar el azar y la calamidad.

Ahora bien, ¿quién debe indemnizar los daños sufridos por las víctimas? Si no ha existido una causa exclusivamente individual como el dolo o la negligencia -en cuyo caso responde quien puso esa causa exclusiva- el peso económico del daño debe ser solidariamente distribuido entre todos los miembros de la sociedad. Y los daños causados por el Estado no hacen una excepción a este principio.

Por su parte, el Estado tiene una amplia capacidad de difusión de cargas dentro de la sociedad. Toda obligación económica asumida por el Estado es necesariamente diluida en el todo social: es pagada por todos los contribuyentes. Por consiguiente, con toda razón debe responsabilizarse por los daños que cause, ya que ello conducirá inevitablemente a la dilución de la carga económica de éstos en el seno de la sociedad.

Cabe reiterar, como antes se ha dicho, que aún la teoría del riesgo creado desemboca -a través de un fundamento filosófico distinto- en la difusión social del riesgo.

El Estado es una necesidad de la vida social: no es concebible una sociedad moderna sin Estado. Por consiguiente, su actividad beneficia -en principio- a todos los miembros de la sociedad. Dentro de la línea de razonamiento de la teoría del riesgo creado, si el Estado comete daños, sea por error, por negligencia o por directa distorsión de sus funciones, es natural que el peso económico de éstos sea asumido por la sociedad toda. En estas condiciones, la responsabilidad del Estado cumple la función de diluir dentro del todo social los daños sufridos por algunos a causa de la actuación del mecanismo instaurado por todos con la intención de que todos se beneficien.

Evidentemente lo dicho va sin perjuicio de la responsabilidad personal de los funcionarios correspondientes, contra los cuales puede dirigirse también la víctima y contra quienes puede repetir el Estado, en nombre de la sociedad.”<sup>33</sup>

Nosotros también somos de la posición que la teoría que resulta más adecuada para sustentar la responsabilidad civil del Estado resulta la teoría de la difusión social del riesgo, ello en razón a que el pago del daño económico ocasionado por el Estado debe ser soportado por todos los miembros de la comunidad, pues finalmente el Estado persigue con su accionar satisfacer las necesidades colectivas en función al interés social, por eso se dice que quien asume una función pública debe estar preparado no solo profesionalmente sino psicológicamente, comprendiendo que ejecutar la función pública es con el

---

<sup>33</sup> De Trazegnies, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, cuarta edición 1990, páginas 243 - 252

propósito de servir a los demás, anteponer sus propios intereses a favor del interés colectivo. Lo afirmado es indudablemente sin perjuicio de la responsabilidad civil que le corresponde al funcionario público, que con dolo o culpa ha ocasionado el daño.

### 3.3.- ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

Guido Alpa anota que “Existen dos perspectivas para abordar el tema de la responsabilidad civil de la administración pública:

**3.3.1 La *privatística***, dirigida a aclarar la aplicabilidad de las reglas de derecho privado, entre las cuales están, ni más ni menos, las concernientes a la responsabilidad civil, a la administración pública, y;

**3.3.2 La *publicística***, dirigida a aclarar la libertad y los límites de la acción administrativa, vinculada con las funciones públicas perseguidas.

Estas dos perspectivas son divergentes, pero no contrapuestas, porque la primera tiende a considerar a la administración pública, y, en general, a todos los organismos que persiguen finalidades predominantes públicas, como un sujeto no disímil de los sujetos de derecho privado, pero que, sin embargo, es merecedor de un tratamiento en particular.

En cambio, la segunda perspectiva tiende a considerar al sujeto que ejerce funciones públicas como estructuralmente precedente a los sujetos de derecho privado, y, por ello, titular de un *status* que hace legítimo su régimen especial, incluso en el ámbito del derecho privado. En tal sentido, se habla, comúnmente, de *privilegios* gozados por la administración pública, y en el ámbito de la responsabilidad civil se habla, más propiamente, de *inmunidades* frente a la regla o a la obligación resarcitoria, o frente a la responsabilidad por los daños provocados a los particulares. Así, se reconoce valor a la tesis según

la cual, las reglas generales en materia de responsabilidad civil constituyen un simple tejido conector respecto de múltiples regímenes especiales que atañen a la naturaleza de la actividad ejercida, a la calidad del dañador, a las modalidades de producción del daño, al tipo de daño. En tal sentido, también la responsabilidad civil de la Administración pública se encuentra sujeta a un *régimen especial*, justificado por la especial naturaleza del dañador.

Hasta el momento, las dos perspectivas se encuentran apoyadas en un sólido basamento jurídico-formal. La primera se vale de la cláusula normativa general de la responsabilidad o de la regla general de la responsabilidad, la cual, a pesar de no distinguir a los sujetos responsables del daño en función de su *status*, soporta, sin embargo, amplias excepciones, debidas a la singularidad de la posición del dañador. La segunda se vale de la noción de “daño injusto”, contenida en aquella misma cláusula normativa general, para fundamentar su interpretación restrictiva, y, ligándola con la construcción teórica de la noción de *interés legítimo*, predica su no aplicabilidad a la administración, en todo los casos en que el daño provocado por su comportamiento afecte, no un derecho subjetivo, sino, justamente, un interés legítimo.

Ambas perspectivas se ilustran recurriendo a criterios, a menudo, homólogos en el campo del derecho privado y en el campo del derecho público.

Los criterios ordenantes del discurso concerniente a la administración pública son muchos. En este punto hay que recurrir:

(i) A la identificación de los *sujetos* a los cuales sea imputable el daño. Por lo tanto, se distingue una responsabilidad civil del Estado, de la administración pública, de los entes públicos, de las autoridades, del funcionario, de las autoridades administrativas independientes, etc.

(ii) A la identificación de los *intereses* afectados (derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses difusos, intereses simples); en el ámbito de los intereses legítimos se distinguen, además, los intereses “pretensitos” de los intereses “opositivos”.

(iii) A los tipos de *daños* ocasionados (daño “ilícito”, daño “lícito”).

(iv) A los tipos de *actos* de los cuales deriva el daño (actos legislativos, actos políticos, actos administrativos), y al tipo de *actividad* de la que deriva el daño (actividad materia, actividad de derecho privado, actividad discrecional y actividad vinculada; actividad comitiva y actividad omisiva o inercia).

(v) A los tipos de *normas* aplicables (normas de *acción* y normas de *relación*).

(vi) A los *requisitos* del acto ilícito, atendiendo particularmente, a la relación causal entre acto o actividad y daño.

A fines del siglo XX, las dos perspectivas indicadas parecen perder las características esenciales que constituyen la premisa para su contraposición, pero siguen llevando a la conclusión de que, en materia de responsabilidad civil, la administración pública no puede ser considerada como un sujeto privado.

Así pues, el proceso de revisión de los criterios con los cuales se construye teóricamente la responsabilidad de la administración pública en los años recientes se puede descomponer en dos fases:

(i) En la primera, se tiende a la superación de la distinción de perspectivas, pero manteniéndose el resultado que comporta un área circunscrita de responsabilidad.

(ii) En la segunda, se tiende a la negación del fundamento de un régimen especial de responsabilidad de la administración, y, por lo tanto, a la extensión a ella de la regla (o cláusula normativa) general del Código Civil.”.<sup>34</sup>

Como sabemos a la fecha en nuestro país no existe un tratado sistemático y ordenado de la Responsabilidad Civil de la administración estatal que involucra indudablemente el tratamiento de los daños ocasionados como consecuencia de culpa o dolo en desempeño de la función pública por parte de los funcionarios y empleados públicos, por lo que como lo dijimos al iniciar este trabajo nuestro objetivo es precisamente contribuir a formar una teoría doctrinaria sobre el particular.

### **3.4.- CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO**

Del estudio hasta aquí efectuado se colige que puede existir una diversidad de casos de responsabilidad civil del Estado, originados por un lado por el daño económico por acción u omisión que en el ejercicio de sus funciones incurren los servidores y funcionarios públicos, contra su Entidad o el Estado, sea por dolo o culpa, en este caso no hay duda que la obligación de resarcimiento es de carácter contractual y solidaria. Por otro lado puede darse el caso del daño económico ocasionado por el funcionario o servidor público frente a un tercero usuario de la administración estatal, derivado del pleno ejercicio de sus funciones, en este segundo caso la obligación del resarcimiento de la Entidad o el Estado frente al tercero afectado debe ser de carácter contractual y solidaria, este último aspecto equivale a que debe darse la posibilidad que el agraviado demande tanto al Estado como persona jurídica y responsable indirecto del daño, como al funcionario o servidor público como

---

<sup>34</sup> Alpa, Guido, Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil, Jurista Editores, Lima 2006, páginas 668 - 671

autor directo del daño. Por último puede darse el caso de que el Estado ocasione un daño a un tercero que no siendo usuario de la administración pública es afectado por acción u omisión de la Entidad estatal considerada como persona jurídica y como resultado de su gestión pública, en este punto existe discusión para determinar que clase de responsabilidad civil se aplica, nos inclinamos porque se trata de una responsabilidad extracontractual en la cual el Estado asume el pago del daño ocasionado al tercero, asumiendo responsabilidad por hecho de su funcionario o servidor público, llamada también responsabilidad indirecta, en este caso el Estado podría repetir contra el funcionario o servidor público, si es que el daño ha sido por su acción u omisión directa en ejercicio de sus funciones y por dolo o culpa, salvo que se trate de un acto ilícito resultado de la gestión pública propiamente del Estado en cuyo caso es única y exclusivamente éste quien debe indemnizar.

En consecuencia, siguiendo a Guido Alpa “Se determina como clases de responsabilidad civil del Estado las siguientes:

#### **3.4.1.- Responsabilidad Civil Interna**

**a) Definición.** Es aquella en la que se consideran los comportamientos o actos realizados por el funcionario que generan una responsabilidad directa del Estado frente a los terceros, pero debido al funcionario; y, la responsabilidad del funcionario frente a la Administración Pública por los daños resentidos por ésta a causa del comportamiento o de los actos del funcionario.

Es decir que se refiere a la responsabilidad que se puede imputar al funcionario frente al ente al cual pertenece por daños causados a terceros o al propio patrimonio del ente o al interés público.

Surge cuando un funcionario, en el ámbito del ejercicio de sus funciones, ocasiona al ente al cual pertenece, culposa o dolosamente un daño económico. En tal caso, el funcionario responde patrimonialmente.

**b) Casos de Responsabilidad Civil Interna.** Son los siguientes:

- La responsabilidad por incumplimiento de las normas legales y administrativas que rigen los sistemas administrativos
- La responsabilidad por incumplimiento de funciones
- La responsabilidad derivada de la disponibilidad directa de valores o bienes que pertenecen a la Administración Pública
- La responsabilidad por el cumplimiento de actos de la administración en violación de normas de la ley

#### **3.4.2.- Responsabilidad Civil Externa**

**a) Definición.** Es aquella en la que se consideran todos los supuestos de hecho, heterogéneos entre sí, de daños a terceros provocados por hechos, comportamientos y actos imputables a la Administración Pública.

**b) Casos de Responsabilidad Civil Externa.** Son los siguientes:

- *La responsabilidad de la Administración Pública por el mantenimiento vial y la ejecución en general de obras públicas;* a este respecto es de corriente aplicación el principio del *neminen laedere*, como límite a la discrecionalidad de la administración, impone a ésta mantener las vías en las condiciones tales que no derive a los usuarios que han confiado en la aparente transitabilidad de éstas, una situación diferente a la aparente, la cual constituye un peligro oculto, sea por el carácter objetivo de la no visibilidad del peligro, sea

por aquel subjetivo de la no previsibilidad, principio del *neminen laedere* que se aplica también en el caso de la colocación de señales erróneas o contradictorias, se incluye en este rubro la *responsabilidad por el defectuoso mantenimiento de los servicios públicos en general;*

- *La responsabilidad de la Administración Pública por el ejercicio de actividad peligrosa;*

- *La responsabilidad por cosas en custodia,* los casos considerados se refieren a los bienes del Estado que no han sido dados en concesión;

- *La responsabilidad por ruina de edificio;*

- *La responsabilidad por el hecho de los dependientes;*

- *La responsabilidad por ocupación ilegítima que se transforma en ocupación adquisitiva;*

- *La responsabilidad por retardos en la emisión de resoluciones;*

- *La responsabilidad por daños a terceros en la ejecución de una obra pública;*

- *La responsabilidad por daño a la propiedad por acto intencional del Estado, es decir se reconoce la existencia de una acción indemnizatoria en contra del Estado cuando éste causa daños por acto directo e intencional; sobre todo cuando la acción indemnizatoria es una forma de garantizar la propiedad privada frente a abusos del Estado;*

- *La responsabilidad por actos ilegítimos de la Administración Pública, en este caso se incluye la responsabilidad por perjuicio por acto arbitrario de la Administración, aún cuando este acto no implicara en forma*

*directa un atentado contra la propiedad sino simplemente afectara un interés privado;*

- *La responsabilidad por daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado*, en este caso no estamos ya ante la violación directa de la propiedad ni ante el acto directo de la Administración, realizado mas allá de sus facultades, que vulnera un interés privado: se trata más bien de actos autorizados por los reglamentos (y, en algunos casos, ordenados por ellos), pero cuya ejecución ha sido negligente

- *La responsabilidad por falta de colaboración de la fuerza pública.*

### **3.4.3 Responsabilidad externa de la administración pública, por el hecho del funcionario o servidor público**

Según la cual todo comportamiento o acto del funcionario es imputable al ente en cuyas dependencias el funcionario opera sobre la base de la *relación orgánica* existente entre el ente y el funcionario.

Se ha admitido recientemente que el Estado como todo otro ente, actúa a través de sus propias oficinas y sus propios órganos y los sujetos que allí son nombrados no representan al ente sino son el ente mismo.

No obstante, se ha relevado que el argumento recurrente en jurisprudencia, que excluye la referencia al ente de los comportamientos o de los actos realizados con *dolo* en cuanto habrían interrumpido el nexo de causalidad, no es lógicamente fundado. Se releva, de hecho que no es posible sostener que la relación orgánica sería interrumpida sólo por el surgimiento de un estado psicológico (para el caso, el dolo) ni se podría justificar el restablecimiento de la relación orgánica al momento en el que había cesado aquel estado psicológico. Se sostiene contrariamente que, operando el

funcionario en el ámbito de la relación de preposición y empleando instrumentos de la administración, “la relación de identificación permanece” y no tendría, por consiguiente, algún relieve el estado psicológico con el cual el comportamiento o el acto han sido realizados.

Recientemente, y sobre la base de los argumentos desarrollados en su tiempo por Presutti, se ha observado que para resolver la cuestión es necesario partir de una distinción de fondo: en el caso en el que está en juego un interés patrimonial del Estado, el resarcimiento directo es admitido; si han sido violadas posiciones subjetivas del privado elevadas a derechos públicos objetivos, el hecho ilícito del funcionario daña también el interés del Estado; en todo caso el daño debe ser resarcido por la Administración, pero el funcionario debe resarcir el daño resentido por el Estado.

Sin embargo, quedan en pie tanto la tesis que excluye el resarcimiento, en todo caso, cuando la administración haya hecho uso de un poder discrecional, en cuanto el juez ordinario no podría hacer asumir a la administración la propia ineficiencia, como la tesis que acredita la distinción entre normas de acción y normas de relación, admitiendo sólo para las primeras que su violación culposa (o dolosa) involucre responsabilidad para la Administración, así como la tesis que vincula la culpa a la comisión de un exceso de poder.

El recurso a la justificación del uso de discrecionalidad por parte de la Administración, sin posibilidad de algún control externo, también ha sido criticado. Se ha dicho que en caso de despliegue de la discrecionalidad técnica, el juez ordinario puede sindicar las opciones de la Administración y, por consiguiente, indagar sobre el estado psicológico; mientras quedaría excluida

la responsabilidad en caso de ejercicio de pura discrecionalidad, siempre que no existan negligencias e impericias imputables a la administración. Negligencias e impericias involucran un control sobre la actividad de la administración que no puede ser obstaculizado por el ejercicio de discrecionalidad.

En cuanto a los límites que tradicionalmente se ponen a la responsabilidad directa de la Administración por hecho del funcionario, se postula dos normas: una, que establece el principio de la responsabilidad por cuenta de las personas que actúan como órganos de la Administración Pública; la otra, que determina la responsabilidad de la misma Administración Pública para los actos ilícitos cometidos por los funcionarios dependientes, responsabilidad que se dice tener naturaleza “directa en virtud de la denominada relación orgánica, que identifica la actividad de los órganos con aquéllos del ente público”. Se sostiene que, en todo caso, se aplican las reglas del derecho común en materia de comisión del acto ilícito. Queda a salvo, sin embargo, cualquier limitación que derive de la ley o que subsista una “incompatibilidad” con la naturaleza subjetiva del ente público o con su actividad.

En este sentido, se ha excluido la responsabilidad del ente en el caso del daño ocasionado por el dependiente que haya operado para fines estrictamente personales, el principio contiene racionalidad, pues no existe un nexo de “ocasionalidad necesaria” entre las obligaciones confiadas al dependiente y el hecho productor del daño.

Se ha admitido, sin embargo el resarcimiento del daño por parte de la Administración Pública en el caso de dolo.”<sup>35</sup>



---

<sup>35</sup> Alpa Guido, Responsabilidad Civil y Daño, páginas 486 - 513

**Cuadro N° 03**  
**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS**  
**FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

Variable/Indicador	Interna	Externa
<p>Responsabilidad Civil del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos</p>	<p>Es aquella en la que se consideran los comportamientos o actos realizados por el funcionario que generan una responsabilidad directa del Estado frente a los terceros, pero debido al funcionario; y, la responsabilidad del funcionario frente a la Administración Pública por los daños resentidos por ésta a causa del comportamiento o de los actos del funcionario.</p> <p>Es decir que se refiere a la responsabilidad que se puede imputar al funcionario frente al ente al cual pertenece por daños causados a terceros o al patrimonio del ente o al interés público.</p> <p>Surge cuando un funcionario, en el ámbito del ejercicio de sus funciones, ocasiona al ente al cual pertenece, culposa o dolosamente un daño económico. En tal caso, el funcionario responde patrimonialmente.</p>	<p>Es aquella en la que se consideran todos los supuestos de hecho, heterogéneos entre sí, de daños a terceros provocados por hechos, comportamientos y actos imputables a la Administración Pública.</p> <p>Sin embargo respecto a la responsabilidad externa de la administración pública, por el hecho del funcionario o servidor público, según la cual todo comportamiento o acto del funcionario es imputable al ente en cuyas dependencias el funcionario opera sobre la base de la relación orgánica existente entre el ente y el funcionario, se ha observado que para resolver la cuestión es necesario partir de una distinción de fondo: en el caso en el que está en juego un interés patrimonial del Estado, el resarcimiento directo es admitido; si han sido violadas posiciones subjetivas del privado elevadas a derechos públicos objetivos, el hecho ilícito del funcionario daña también el interés del Estado; en todo caso el daño debe ser resarcido por la Administración, pero el funcionario debe resarcir el daño resentido por el Estado.</p>

Fuente: Elaboración propia

Del cuadro precedente se colige que puede existir una diversidad de casos de responsabilidad civil del Estado, originados por un lado por el daño económico por acción u omisión que en el ejercicio de sus funciones incurren los servidores y funcionarios públicos, contra su Entidad o el Estado, sea por dolo o culpa, en este caso no hay duda que la obligación de resarcimiento es de carácter contractual y solidaria. Por otro lado puede darse el caso del daño económico ocasionado por el funcionario o servidor público frente a un tercero usuario de la administración estatal, derivado del pleno ejercicio de sus funciones, en este segundo caso la obligación del resarcimiento de la Entidad o el Estado frente al tercero afectado debe ser de carácter contractual y solidaria, este último aspecto equivale a que debe darse la posibilidad que el agraviado demande tanto al Estado como persona jurídica y responsable indirecto del daño, como al funcionario o servidor público como autor directo del daño. Por último puede darse el caso de que el Estado ocasione un daño a un tercero que no siendo usuario de la administración pública es afectado por acción u omisión de la Entidad estatal considerada como persona jurídica y como resultado de su gestión pública, en este punto existe discusión para determinar que clase de responsabilidad civil se aplica, nos inclinamos porque se trata de una responsabilidad extracontractual en la cual el Estado asume

el pago del daño ocasionado al tercero, asumiendo responsabilidad por hecho de su funcionario o servidor público, llamada también responsabilidad indirecta, en este caso el Estado debe repetir contra el funcionario o servidor público, si es que el daño ha sido por su acción u omisión directa en ejercicio de sus funciones y por dolo o culpa, salvo que se trate de un acto ilícito resultado de la gestión pública propiamente del Estado en cuyo caso es única y exclusivamente éste quien debe indemnizar.



## 4. TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS EN EL PERÚ

### 4.1 INTRODUCCIÓN

En el Perú no existe un tratamiento sistemático e integral de la responsabilidad civil de la administración pública, incluida la responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos, pues siguiendo a Fernando De Trazegnies “Ha existido una cierta tradición estatista, que ha llevado a pensar que contra el Estado sólo es posible actuar por los canales políticos; mientras que los canales judiciales, aquellos que permiten que el ciudadano movilice los mecanismos de control sin necesidad de intervención de un Ministerio o del representante a Congreso, parecen reservados a los asuntos entre particulares. Se ha asumido que todo lo que se refiere a los servicios que debe prestar el Estado se encuentra sometido únicamente a la esfera del control periodístico, legislativo, administrativo o de contraloría; esferas donde el ciudadano corriente no puede usualmente apersonarse sino que tiene que actuar por interpósita persona y donde los sistemas de control no se caracterizan por su transparencia y menos por su efectividad desde el punto de vista de ese ciudadano común, empero sólo hay verdadera democracia cuando el individuo no se resigna ante la arbitrariedad o la ineficiencia del Estado sino que lucha contra ella; y esta convencido también de que tal lucha no puede limitarse a una protesta ante el “representante” de su Provincia, ni a una queja ante los Poderes Públicos o a una carta a un semanario, sino que debe

consistir en un verdadero derecho individual, accionable sin necesidad de patronazgo alguno.”<sup>36</sup>

Apunta Fernando De Trazegnies que “Quizás esta tradición renuente a determinar responsabilidad civil al Estado, se remonta al Código Civil de 1852, donde primó la convicción de que al Estado, en principio, no puede exigírsele responsabilidad civil porque sus actos están protegidos por la inmunidad soberana, tesis que excluía también la responsabilidad vicaria por los actos de sus subalternos, ya que ésta tiene su fundamento en el Código civil y el Estado no es sujeto de Derecho Privado sino Público y excepcionalmente se reconocía el derecho a una indemnización a quienes han sufrido daños directos e intencionales por parte del Estado.

No obstante que ni en el Código Civil de 1936 ni el vigente Código de 1984 existe disposición específica sobre la responsabilidad civil del Estado y menos respecto a la responsabilidad Civil de Funcionarios y Servidores Públicos, la jurisprudencia peruana a partir del Código Civil de 1936 ha sido muy variada y en algunos casos contradictoria entre sí, precisamente porque no existe un tratamiento sistemático e integral de la responsabilidad civil de la administración pública y de los servidores y funcionarios públicos, lo importante del avance es que las Ejecutorias ya no consideran al Estado como irresponsable civilmente, sino que intentan más bien precisar los alcances de su responsabilidad.

**4.2 LA CULPA ESTATAL.** El principio de la responsabilidad por culpa contenido en el artículo 1969 del Código Civil, puede presentar una

---

<sup>36</sup> De Trazegnies, Fernando, Ob. Cit., páginas 221 - 222

variante interesante en el caso del Estado, con clara tendencia a la objetivación.

En efecto, la actividad administrativa del Estado es esencialmente una actividad *reglamentada*. Por tanto, todo acto de la Administración que contraviene un reglamento o que no está facultado por una norma legal y que causa daños, da lugar a responsabilidad. En estos casos, estamos ante una negligencia “objetiva”, *prima facie*, que aparece de la simple confrontación del acto ejecutado con la norma que lo reglamentaba.

Pero muchas veces el reglamento otorga facultades *discrecionales* a la Administración. Es importante notar que la tendencia actual se inclina a establecer amplios campos de discrecionalidad; incluso la política de organizar las empresas públicas bajo formas societarias privadas, no es sino una forma de otorgarles mayor discrecionalidad. Ahora bien, otorgado el poder de discreción por una norma legal, cualquier acto discrecional estaría dentro del reglamento.

¿Significa esto que ningún acto discrecional de la Administración da lugar a responsabilidad, aunque haya producido daños a particulares? Ciertamente no. La discreción supone siempre evaluación, sopesamiento de fines, circunstancias y medios. Por consiguiente, si bien los actos discrecionales no dan lugar a responsabilidad *prima facie* porque no infringen ningún reglamento, tampoco puede decirse que están exentos *prima facie* de responsabilidad. Es preciso que el Juez verifique en cada caso la evaluación realizada por la Administración y, si es razonable (aunque haya producido daño), puede determinar que no hay culpa y rechazar la aplicación del artículo 1969. En cambio, si fue un acto imprudente o determinado por una falta de la

adecuada diligencia para tomar la decisión, si no reunió toda la información necesaria, si no previó aspectos que razonablemente debió haber previsto, hay negligencia y el Estado debe ser responsabilizado.

**4.3 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO.** Tratándose de daños causados mediante bienes peligrosos o en la realización de actividades riesgosas, el Estado peruano responde objetivamente de acuerdo al artículo 1970 del Código Civil.

Para citar los casos más caricaturescos, el escape de radiactividad de una planta nuclear del Estado, la explosión de depósitos de municiones del Ejército, el incendio derivado de un accidente ocurrido en una refinería de petróleo estatal, son situaciones en las que el Estado responde por los daños sin que pueda liberarse demostrando la ausencia de culpa; la realización de este tipo de actividades implica siempre asumir todos los riesgos inherentes a ellas. El artículo 1972 del Código Civil exonera de esa responsabilidad cuando media caso fortuito o hecho determinante de tercero. Sin embargo, tratándose de actividades ultrarriesgosas como las mencionadas, el Código no debió haber exonerado de responsabilidad al que las realiza, salvo el caso de culpa de la propia víctima; es tal el riesgo que engendran que el Estado, al desarrollarlas, debe calcular entre sus costos de operación incluso la incidencia de eventuales daños que cause con el riesgo creado aunque medie caso fortuito.

Ahora bien, además de esas actividades de extremo riesgo, existe una zona de penumbra entre el riesgo y la actividad normal en la que los jueces tendrán que establecer los límites, quedando obligados a la fundamentación respectiva, Resulta evidente que si se expande el concepto de riesgo, como lo

parece sugerir la reiteración de “riesgoso o peligroso” del artículo 1970, la jurisprudencia puede encontrar aquí un camino hacia la objetivación de la responsabilidad.”.<sup>37</sup>

#### **4.4 DISPOSICIONES AISLADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

Podemos identificar hasta tres normas legales que efectúan un tratamiento aislado de la responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos, siendo estas las siguientes:

**4.4.1 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.** Efectivamente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 en su disposición final novena sobre definiciones básicas establece que la responsabilidad civil “Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.”.

Este primer tratamiento de la responsabilidad civil se refiere al daño económico que causa el funcionario o servidor público a la entidad estatal donde presta servicios, sin embargo no existe un desarrollo integral de esta

---

<sup>37</sup> De Trazegnies Fernando, Ob. Cit., Páginas 254 - 266

clase de responsabilidad, pues la responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos presenta matices propios y casuística especial que no puede remitirse a un tratamiento de la responsabilidad civil ordinaria

**4.4.2 Ley del Procedimiento Administrativo General.** Por otro lado el artículo 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1029 de fecha 23 de junio del 2008, es la norma permisiva que en forma directa carga la responsabilidad civil al Estado de cuyo hecho se amparan los funcionarios y servidores públicos para seguir ocasionando serios perjuicios a terceros, efectivamente la citada norma legal dispone que “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 daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos 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 mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

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

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

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

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.

238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.”.

Este segundo tratamiento de la responsabilidad civil se refiere al daño económico que causan los funcionarios y servidores públicos a terceros usuarios como consecuencia de los actos administrativos emitidos por estos o derivado de la prestación de los servicios públicos, empero consideramos que con la modificatoria introducida se carga toda la responsabilidad de la reparación del daño al Estado, protegiendo u otorgando inmunidad al funcionario o servidor público que actuó con dolo a quien se le otorga un tratamiento benigno al momento en que la administración estatal repita contra ellos, en primer lugar porque la norma en el artículo 238.6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que es facultativo que el

Estado repita contra los funcionarios y servidores públicos el pago de la indemnización basado en la existencia o no de intencionalidad, cuando es absolutamente justo que la responsabilidad civil se derive también de culpa, y en segundo lugar porque inclusive se faculta a la entidad acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución, lo que se puede sujetar a muchas distorsiones, pues finalmente es necesario recordar que el pago de las indemnizaciones por reparación civil por parte del Estado es un egreso del tesoro público al que contribuimos todas las personas con nuestro impuestos y merece que se otorgue un adecuado tratamiento a la responsabilidad civil derivado del ejercicio de la función pública, siendo necesario que sea también el propio funcionario o servidor público quien solidariamente con el Estado asuma el pago de la reparación civil pues es el autor directo del daño y el Estado como autor indirecto porque finalmente fue quien designó o nombró al funcionario o servidor público que actuó dolosamente o con culpa, de allí que la responsabilidad civil del funcionario o servidor público debe comprender ambas posibilidades de actuación y no solamente dolosa conforme al texto de la norma, siendo necesario resaltar que en este tema la norma discrimina respecto al tratamiento de la responsabilidad civil de los jueces, la que es más rigurosa respecto a estos últimos conforme lo trataremos más adelante.

En esta línea se encuentra por ejemplo la legislación española, pues conforme lo afirman Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández “La reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero ha rectificado este planteamiento (que

contiene el ordenamiento jurídico peruano) y obliga ahora a la Administración que se hubiere visto obligada a indemnizar a exigir de oficio la responsabilidad en que hubieren incurrido sus agentes por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento administrativo. La nueva redacción del artículo 145.2 es concluyente al respecto: “La administración... exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio...”.<sup>38</sup>

Finalmente para concluir el análisis de este artículo, conforme al texto original, se atribuía como presupuestos para la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como bien lo destaca Juan Carlos Morón Urbina, los siguientes: “1) que el administrado sufra una lesión resarcible en sus bienes o derechos; 2) que la lesión sea efectiva, valuable económicamente e individualizada; 3) que la lesión sea imputable a la Administración; 4) que exista una relación causal entre el funcionamiento de la actividad administrativa y no sea consecuencia de fuerza mayor.”.<sup>39</sup>

En mérito a la modificatoria introducida al texto del artículo 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General por el Decreto Legislativo N° 1029, podemos señalar como presupuestos para que exista responsabilidad civil de la administración pública los siguientes: 1) que a los administrados se les cause daños directos e inmediatos como consecuencia de actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas; 2) que el daño sea efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos; 3) que el daño sea imputable a la Administración; 4) que exista una relación causal entre el daño y el ejercicio de

---

<sup>38</sup> García de Enterría Eduardo – Fernández Tomás-Ramón, Ob. Cit., Página 1331

<sup>39</sup> Morón Urbina Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Lima 2001, páginas 538 - 539

la función pública y no sea consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor; de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero o cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

La reparación civil derivada del accionar de la administración pública propiamente se tramita en la vía del proceso contencioso administrativo conforme a la modificatoria del artículo 5 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo; Ley N° 27584, introducida por Decreto Legislativo N° 1067 de fecha 27 de junio del 2008, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones a que se contrae el artículo mencionado precedentemente.

Es importante mencionar, hablando de la responsabilidad civil de la persona jurídica, conforme lo respalda Juan Espinoza Espinoza “que en el caso que el órgano (o representante) se haya excedido en el ejercicio de sus funciones, se debe superar la perspectiva formalista y entender esta situación desde una óptica realista (u ontológica). El acto (o negocio) ha sido realizado por una persona natural, a cuya esfera jurídica se deben imputar los efectos del acto (o negocio) realizado en exceso o fuera del ejercicio de sus funciones.

En el caso que el órgano, representante o dependiente genere un daño en ejercicio (o con ocasión de las funciones), en materia de responsabilidad civil, se presentan dos supuestos:

1. Si la responsabilidad es contractual, se aplica el art. 1325 del Código Civil, vale decir, responde frente al dañado solo la

persona jurídica. Ello sin perjuicio que ésta repita posteriormente contra el autor directo.

2. Si la responsabilidad es extracontractual, aplicándose el art. 1981 del Código Civil, se generará (de manera solidaria) la responsabilidad directa del agente y al mismo tiempo, la responsabilidad (mal denominada “indirecta”) de la persona jurídica.

Nótese lo injustificado de una disparidad de tratamiento por un daño causado, si el representante, órgano o dependiente lesionan a un tercero debido al cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación o por la violación de deber genérico del *neminem laedere*. Esto nos llama nuevamente la atención respecto si se debe mantener actualmente una distinción entre las denominadas responsabilidades civiles contractual y extracontractual.”<sup>40</sup>

**4.4.3 Código Procesal Civil.** Un tercer grupo de normas que abordan la responsabilidad civil, se refieren a aquella en la que se encuentran inmersos los jueces, la que se encuentra regulada en los artículos 509 a 518 del Código Procesal Civil la que la trataremos en apartado especial posteriormente, al abordar el tema de la responsabilidad especial del Estado por acto jurisdiccional.

#### **4.5 Responsabilidades Especiales:**

**4.5.1 La Responsabilidad por Acto Legislativo.** Fernando De Trazegnies apunta que “Al hablar de responsabilidad del Estado, lo hemos hechos considerando sólo los actos del Poder Ejecutivo. Pero, ¿pueden los actos del Poder Legislativo dar origen a responsabilidad?

---

<sup>40</sup> Espinoza Espinoza Juan, Derecho de las Personas, Gaceta Jurídica, Lima 2004, páginas 685 - 686

Hay quienes niegan absolutamente la responsabilidad del Estado como legislador porque sostienen que atentaría contra el principio de soberanía de la Nación. Sin embargo, la democracia se caracteriza no solamente porque las leyes se voten democráticamente sino porque, además el contenido mismo de las leyes sea democrático. En otras palabras, la mayoría legislativa no lo puede todo; está encuadrada por la Constitución y por los principios que rigen el Estado democrático.

Esto significa que, dentro de un gobierno de las mayorías, existen derechos que no pueden ser atropellados si aun por las mayorías. Por ejemplo, las mayorías no pueden decidir “democráticamente” que determinadas minorías se convierten en esclavos o que son expulsados del país o que sus bienes le son despojados.

No cabe duda de que, en ciertas ocasiones, el Estado tiene que afectar intereses particulares. Y, entonces, se pregunta León Duguit, “Cuando el Estado hace una ley cuya aplicación tendrá por consecuencia ocasionar un perjuicio a cierta categoría de personas, ¿está obligado por el derecho expresamente en esta ley el principio de una indemnización a satisfacer a las personas víctimas de este perjuicio? Nosotros respondemos en principio: sí. Pero de ello se sigue una segunda cuestión aún más grave: la de saber si, habiendo el legislador guardado silencio en una ley en la que habría debido consagrar el principio de la responsabilidad del Estado, pueden los tribunales conceder una indemnización a las personas lesionadas por la aplicación de dicha ley.

Hasta principios de siglo, esta posibilidad era inconcebible porque se creía en la soberanía absoluta del Poder Legislativo y en la presencia de la

culpa para determinar la existencia de responsabilidad; siendo la ley un acto del Poder Legislativo y no habiendo dicho Poder incurrido en negligencia, se rechazaba toda idea de obligación del Estado a pagar una indemnización. Sin embargo, “estas dos ideas se hallan singularmente de baja”, dice el mismo Duguit. Aun cuando quizá no coincidamos con las razones para “dar de baja” estas ideas, no cabe duda que Duguit estaba comprobando un acontecer histórico; la actividad del Estado es, cada vez más, vista como una forma de organizar adecuadamente la vida social y la responsabilidad se ha desvinculado de la culpa hasta permitir el pago de una indemnización aunque no exista propiamente un acto ilícito, Es por ello que “Con esta noción amplificada de la responsabilidad, puede darse casos en que el patrimonio del Estado se halle obligado a reparar el perjuicio ocasionado por la aplicación de una ley”.

Planteada así las cosas, Duguit procede a una distinción que puede dar lugar a múltiples dificultades.

Según este jurista, la indemnización sólo corresponde cuando la nueva ley afecta intereses privados por razones de mera conveniencia o de política, pero no hay lugar a indemnización cuando tal afectación se realiza por considerar el Estado que la actividad o interés en cuestión es nocivo. Notemos que ese interés o actividad privados eran perfectamente lícitos hasta entonces. A pesar de ello dice Duguit, no procede indemnización alguna si la razón de suprimirla está en su carácter antisocial. En Cambio, la indemnización debe ser establecida por la ley -o, en caso contrario, puede ser otorgada por los tribunales- si se trata de restringir o prohibir una actividad que no era nociva ni

antisocial pero se piensa que funcionará mejor como monopolio estatal o como servicio público.

Duguit es muy cuidadoso en su distinción, para evitar que el Estado alegue que es conveniente ir a un monopolio estatal o a un servicio público de una determinada actividad porque el sistema anterior era antisocial y nocivo; con lo que nunca habría derecho a pedir una indemnización y la responsabilidad del Estado por acto legislativo quedaría convertida en mera teoría. Duguit sostiene que sólo puede decirse que la actividad era nociva y antisocial cuando en sí misma tenía esas condiciones y, por tanto, no debe ser ejercida en adelante por nadie, ni por los particulares ni por el Estado, bajo ninguna forma. Por ejemplo, si se descubre que los humos que arrojan ciertas fábricas son definitivamente cancerígenos y ponen en peligro la población, el Estado puede prohibir, mediante una ley, la producción (o la tecnología de la producción, según el caso) que da origen a tales humos. En este caso, nadie producirá en el futuro de esa manera.

Pero si una ley reserva la actividad de producción y comercialización farmacéutica para el Estado (aunque no expropie ninguna fábrica o botica, sino únicamente prohíba que las empresas privadas se dediquen a este tipo de producción y comercialización), la ley deberá establecer la correspondiente indemnización; si la ley no lo ha hecho, los tribunales pueden ordenarla. En palabras de Duguit, en esa hipótesis, “la actividad prohibida no es, en manera alguna en sí misma, contraria al derecho, puesto que va a continuar siendo ejercida. La actividad cambia de sujeto, no de objeto. El individuo cuyos intereses resultan lesionados por esta prohibición, se hallaba en una situación perfectamente lícita, completamente jurídica. Se le priva de una fuente de

riqueza de toda legítima, sacrificando su interés particular al interés de la colectividad. Es por lo tanto, de toda lógica y de toda justicia que el patrimonio colectivo, acrecentado por esta verdadera expropiación, soporte definitivamente el perjuicio ocasionado a algunos en interés de todos.

El mismo razonamiento sería aplicable a una ley que condone los arrendamientos pendientes de todos los inquilinos del país o en general, a toda ley que recorte el derecho de unos en beneficio de otros o de la colectividad.

Obviamente, es preciso distinguir entre los verdaderos intereses y las meras expectativas afectadas, con todas las dificultades que ello conlleva. Dentro de ese orden de ideas, una ley que prohíba que se construyan edificios en una determinada zona de la ciudad no puede dar lugar a una indemnización a favor de todos los propietarios de casas y terrenos que en el futuro tendrán el uso de su propiedad recortado en tal sentido. En ese caso, estamos ante una mera expectativa de tales propietarios que no se encontraba materializada. Distinta sería la situación si una de esas personas había ya comenzado la construcción de un edificio y es obligado a paralizar la obra o a destruirla; en esta hipótesis, dicho propietario tiene -¡que duda cabe!- derecho a una indemnización del Estado.

El caso más flagrante de indemnización lo constituye, a nuestro juicio, la ley inconstitucional.

El razonamiento que antecede se refería a aquellas leyes que, siendo constitucionales, afectan legítimos derechos. Por ejemplo, el artículo 124 de la Constitución establece que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social; y el segundo párrafo de esa norma prescribe que la ley señala las limitaciones del derecho de propiedad. Por tanto, una ley que recorta alguno de

los atributos de la propiedad es constitucional si lo hace en nombre del interés social, pero el Estado deberá pagar a los propietarios afectados los daños que implique el interés social; nadie -ni siquiera la mayoría- puede beneficiarse a costa de otro. Estamos, pues, ante un acto lícito (permitido por la Constitución) que, sin embargo, causa daños. La responsabilidad es aquí de alguna forma similar a la del automovilista que, aún cuando se encuentre conduciendo en forma regular su vehículo, tiene que reparar los daños que cause a quienes atropelle incluso sin culpa o de aquél propietario que está autorizado por el Código para causar perjuicios al propietario vecino si es la única forma de evitar un peligro para su propio dominio, pero tiene que indemnizar tales daños (artículo 959); los actos lícitos también dan lugar a responsabilidad, conforme antes se ha visto.

En cambio, la ley inconstitucional que causa daños es un acto directamente ilícito del Estado, aunque provenga del Poder Legislativo (que sólo es soberano, dentro del marco de la Constitución). Por consiguiente, declarada su inconstitucionalidad por el Tribunal correspondiente, el Poder Judicial común puede, con mayor razón aún, conocer las causas sobre indemnización por los daños causados en su aplicación. Y acreditados éstos, procede la fijación de una indemnización, la que comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante, como en cualquier caso de responsabilidad extracontractual.

En este punto Duguit -que ha fundamentado tan inteligentemente la responsabilidad por acto legislativo constitucional cuando no obstante afecta a particulares- paradójicamente niega la responsabilidad del Estado por acto legislativo inconstitucional. En su opinión, si la ley es inconstitucional, el

particular tiene medios jurídicos para impedir su aplicación; y si a pesar de ello se aplica, la responsabilidad no será por acto legislativo sino por acto administrativo o jurisdiccional. Discrepamos de esta opinión porque pensamos que, sin perjuicio de que se creen nuevas responsabilidades por acto administrativo o jurisdiccional al aplicar la ley inconstitucional, ello no elimina la responsabilidad de su dación como ley inconstitucional con efectos dañinos. Sin embargo, esta discusión puede llegar a tener un sentido solamente académico, en la mayor parte de los casos; porque, ya sea por acto legislativo de aprobación de la ley inconstitucional o por acto administrativo de aplicación, es siempre el Estado como tal quien responde en cualquiera de las dos hipótesis; la responsabilidad del Estado no está en sí misma cuestionada.”.<sup>41</sup>

Al respecto Roberto Dromi complementa que “Si se sanciona una ley inconstitucional y con ella se ocasiona un daño, no hay duda de que éste constituirá un daño jurídico necesariamente indemnizable.

En el supuesto de las leyes inconstitucionales, como causa estatal generadora de responsabilidad, se distingue, en doctrina, entre inconstitucionalidad *formal u orgánica* e inconstitucionalidad *material o sustancial*.

La violación de normas de competencia o en el proceso de formación de leyes (constitucionalidad formal) no puede, per se, fundar un sacrificio grave que justifique autónomamente una pretensión indemnizatoria. Al paso que la inconstitucionalidad material suscita agravios que merecen la reparación indemnizatoria, porque en esos hechos las leyes de alcances o efectos

---

<sup>41</sup> De Trazegnies Fernando, Ob. Cit., páginas 266 – 270

generales pueden producir perjuicios individuales, causadores de sacrificios graves.”.<sup>42</sup>

**4.5.2 La Responsabilidad por Acto Jurisdiccional.** Susana Castañeda Otsu afirma que “Un sistema penal garantista implica la obligación de los jueces que imparten justicia de tener especial cuidado en la tramitación de los procesos, respetando el derecho de los imputados, efectuando además un adecuado control de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la detención. La evolución de los derechos humanos ha determinado que en las Constituciones se inserte un programa penal, que otorga diversas garantías procesales y derechos a los justiciables. La indemnización por los errores judiciales y por las detenciones arbitrarias es una de esas garantías.”.<sup>43</sup>

Fernando De Trazegnies escribe que “En doctrina se discute mucho sobre la existencia de una responsabilidad del Estado por actos cometidos por el Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones.

El Código de Procedimientos Civiles peruano contenía normas específicas para demandar una indemnización al juez que actuó con dolo, culpa y negligencia o ignorancia inexcusables (arts. 1061 a 1067). Sin embargo, el 12 de mayo de 1987 la ley 24670 derogó esos artículos e instauró un régimen bastante más severo, lo que originó una enérgica protesta de muchos sectores porque se temía que, por la vía de los juicios de responsabilidad civil, se pudiera ejercer presión sobre los jueces. Y es así como dos meses más tarde, el 30 de junio de 1987, se aprobó la ley 24712 que derogó la flamante ley 24670. Sin embargo, como consecuencia de este

---

<sup>42</sup> Dromi Roberto, Ob. Cit., página 367

<sup>43</sup> Castañeda Otsu Susana, Análisis del artículo 139 inciso 7) de la Constitución Política del Estado. La Constitución Comentada T II. Gaceta Jurídica. Lima 2006, página 527

vacilante andar legislativo, el ordenamiento jurídico peruano quedó sin norma alguna en materia de responsabilidad de los jueces; de conformidad con el último párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado; de manera que los artículos 1061 a 1067 del Código de Procedimientos Civiles quedaron en el cementerio de las leyes derogadas, aún cuando la ley que se había encargado de darles muerte a su vez había sufrido al poco tiempo el mismo destino. Actualmente existe aparentemente un proyecto presentado para llenar este vacío que los legisladores han dejado involuntariamente.

Sin embargo la responsabilidad personal de los jueces es una institución que, por lo menos, da lugar a múltiples suspicacias y que debe ser objeto de profunda meditación. No cabe duda de que la posibilidad de que el juez pueda ser responsabilizado económicamente por sus sentencias puede llevarlo a resolver con cierta lenidad cuando sus fallos involucran poderosos intereses patrimoniales, como una medida de preservar su propia integridad económica. ¿Qué juez se atreverá a ordenar la paralización de una fábrica contaminante si corre el riesgo de que, ante una acción de responsabilidad instaurada por la empresa propietaria, otro juez disponga que la medida era equivocada y que, consecuentemente, el juez que la ordenó debe abonar una suma millonaria por los daños y perjuicios causados por tal medida? ¿Que tribunal se atreverá a declarar fundado un amparo contra una medida del Gobierno, si después éste puede demandarlo para que pague de su peculio los daños pretendidamente causados al país por impedir la ejecución de una disposición administrativa que se considera fundada en el bien social? Se trata de riesgos muy graves que

gravitarán indubitablemente en el razonamiento del juez y en su apreciación de las circunstancias.

Es por ello que la tradición anglosajona es opuesta a la responsabilidad de los magistrados. En el derecho francés, el principio de la irresponsabilidad de los jueces salvo en los casos excepcionales, se remonta a la Alta Edad Media. Sin embargo, ello no quiere decir que el Estado como tal no sea responsable; los jueces son funcionarios del Estado y, consecuentemente, existe responsabilidad vicaria del empleador por actos de sus funcionarios. En la práctica, la responsabilidad del Estado por los actos jurisdiccionales, unida a una irresponsabilidad o a una responsabilidad verdaderamente excepcional del juez, es “la solución a la que tienden la mayoría de las modernas legislaciones que establecen la responsabilidad estatal por el error judicial, fundadas en que de tal modo se protege, más que al magistrado, a los propios usuarios del servicio, cuyo interés radica en que los jueces resuelvan libremente sin presiones ni miedos. En nuestra opinión, para ejercitar una tal acción de responsabilidad contra el Estado no se requiere de ningún texto expreso; si hemos llegado a las páginas anteriores a la conclusión de que el Estado está sujeto -como todo el mundo- a las reglas de la responsabilidad extracontractual del Código Civil entre las que se incluye la responsabilidad vicaria del artículo 1981, basta aplicar estos textos normativos para hacer efectiva tal responsabilidad en el caso de “daños judiciales”.

Ahora bien, establecida la posibilidad de responsabilizar al Estado por acto jurisdiccional, cabe preguntarse por los casos en que tal responsabilidad se actualiza.

Hay quienes han sostenido que el error judicial sólo es indemnizable cuando se trata de sentencias penales, porque pueden ser revisadas. En cambio, la sentencia civil que ha quedado consentida o contra la cual se han agotado todos los recursos impugnatorios, es *res iudicata* y no puede ser cuestionada en forma alguna. Sin embargo, éste no parece ser un enfoque adecuado del problema porque confunde la indemnización del daño causado con la revisión del contenido de la sentencia, No cabe duda de que la revisión de una sentencia civil no es posible cuando ha quedado firme; pero precisamente es esto lo que hace el daño más grave; si por error o dolo la sentencia otorga un derecho a quien manifiestamente no le corresponde, en perjuicio de otro, el daño causado a éste último es irreversible y sólo puede ser reparado mediante una indemnización.

Sin embargo, la responsabilidad por acto jurisdiccional plantea problemas de otro orden que no pueden ser desconocidos. Si el “daño judicial” obedece a dolo del juez o a la aplicación de una ley derogada o a la aplicación de la norma directa y manifiestamente *contra legem*, no cabe duda de que hay un “error” que da lugar a responsabilidad. Pero, salvo estos casos patentes, es muy difícil -y quizá deberíamos decir que no es legítimo- hablar de error judicial. Ya hemos mencionado antes que las leyes admiten diversas interpretaciones, razón por la que los abogados de las partes pueden ser ambos competentes y honestos y, sin embargo, sostener posiciones diversas. El juez tendrá que optar por una de tales interpretaciones, la que quedará convertida en Derecho sólo a partir de ese momento. Esto significa que, en el campo de la interpretación jurídica, la “verdad” surge sólo como resultado de la interpretación; no existe previa a ella. En otras palabras, la verdad no es

comprobada sino construida por el juez, obviamente dentro de los marcos normativos. Por consiguiente, si no hay una verdad con la cual comparar la decisión del juez, tampoco puede haber error. En realidad, el error judicial solamente se presenta cuando el juzgador rebasa manifiestamente los marcos normativos de la interpretación; pero éstos solamente son casos tan excepcionales como los antes señalados. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional tiene siempre un carácter extraordinario.

Finalmente, dentro de la tesis de que es el Estado y no el juez quien debe ser responsable ante las partes para salvaguardar la independencia del juzgador, cabe todavía preguntarse si el Estado podría a su vez repetir contra el juez.

En principio, debemos pensar que, como la responsabilidad se constituye sólo por dolo o por grave negligencia, el Estado puede efectivamente repetir contra el juzgador que incurrió en tan serias causales y produjo el daño. Sin embargo, debemos tener en cuenta que existen siempre recursos impugnatorios que pueden impedir la ejecución de la resolución presuntamente errónea y dañina, dando lugar a que se ventile en otra instancia la legalidad de su fundamentación. Por consiguiente, el juzgador contra quien el Estado puede repetir será normalmente la instancia superior, *i.e.* la Sala de la Corte Superior o la Sala de la Corte Suprema que deja ejecutoriada la resolución. Evidentemente, si la resolución dañina y errónea queda consentida porque el afectado no interpuso los recursos impugnatorios a los que tenía legalmente acceso, no cabe que reclame posteriormente daños y perjuicios por una situación que pudo haber impedido y que no lo hizo, ya que habría sido de

alguna manera causante de su propio daño en razón de su negligencia procesal.

Cuando el juez impone una medida cautelar de emergencia que se ejecuta primero y se discute después, existe la posibilidad de que el propio juez -y no la instancia superior, en este caso- incurra en responsabilidad y pueda ser objeto de la acción de repetición ejercitable por el Estado contra su funcionario que causó el daño. Sin embargo, es preciso tener en cuenta también que cuando tales medidas cautelares han sido decretadas por cuenta y riesgo del solicitante, ni el Estado ni el juez podrían ser responsabilizados, salvo que hubieren sido decretadas sin ninguna base legal; usualmente, el injustamente perjudicado deberá exigir la correspondiente indemnización a quien solicitó la medida y asumió la responsabilidad de la misma.

Por último, la acción de repetición puede dirigirse contra el mismo juez de primera instancia cuando el perjudicado es un tercero que no es parte en el juicio y que, por consiguiente, no tenía posibilidad legal de hacer uso de un recurso impugnatorio que suspendiera su ejecución.”<sup>44</sup>

Marianella Ledesma Narvéez sustenta que “Actualmente el Código Procesal Civil vigente en sus artículos 509 a 518 regula la responsabilidad civil de los jueces, en el primer dispositivo legal mencionado precedentemente dispone que el Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. Incurre

---

<sup>44</sup> De Trazegnies Fernando, Ob. Cit., Páginas 270 - 274

en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado y finalmente el artículo 510 del mismo cuerpo legal establece que se presume que el Juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando: 1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. 2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.

El estudio de la responsabilidad civil es abordado bajo dos ámbitos contrapuestos. El Primero que no admite ningún tipo de responsabilidad civil, esto es, se orienta a la inmunidad absoluta del juez a los daños ocasionados en el ejercicio de la función jurisdiccional. La segunda sí atribuye responsabilidad del juez y al Estado frente a los daños causados en la actividad judicial.

Inglaterra es uno de los países que permite la total inmunidad de sus jueces; la inmunidad civil es absoluta por cualquier acto realizado en el ejercicio del cargo, no solo cuando actúen culposamente, sino también cuando lo hagan dolosamente; esto implica que si un particular considera que un juez a actuado con dolo o con culpa, puede interponer los recursos correspondientes, pero no puede dirigirlos directamente contra el mismo juez. Esta irresponsabilidad civil tiene como principal fundamento la independencia real del juez. No es que se pretenda proteger ni favorecer a los magistrados corrompidos o mal intencionados con la inmunidad del juez, sino que más allá de ello se busca que los ciudadanos sean atendidos en sus reclamos por jueces libres, que les permita ejercitar su función con plena independencia y sin temer las

consecuencias que sus actos le pudieran generar. Para Montero Aroca, “la inmunidad no era un privilegio de los jueces, como si estos tuvieran el derecho de actuar con negligencia y dolo, sino que se corresponde, mas bien, a un derecho de los ciudadanos por su directo y específico interés a la independencia del juez”.

En Estados Unidos de Norteamérica también se consagra la irresponsabilidad absoluta del juez, independientemente de la existencia del dolo y de no tener clara la limitación de su competencia. El caso *Stump vs. Sparkman* de 1978 es un antecedente que ha hecho casi imposible el éxito de una demanda de responsabilidad civil del juez.

Los que se orientan por atribuir responsabilidad civil al juez por sus actuaciones judiciales parten de la afirmación de que el juez no es una persona a la que pueda dispensarse del deber de responder por su actuación, sin embargo, ella puede limitarse, en atención a su “independencia de la que debe gozar, a su autoridad y prestigio, a evitar venganzas personales y maniobras vejatorias de aquellas personas que han sido juzgadas; estos es, se busca conciliar la necesidad de exigir responsabilidad civil a los jueces por los errores que cometan, con la independencia y autoridad que precisan para cumplir la función”.

Un primer referente para construir esta responsabilidad es no atribuirle los elementos sustantivos de la responsabilidad civil común, sino elementos especiales, pues no es posible que cualquier error del juez sea argumento para indemnizar. Por otro lado, se considera que el factor antijuridicidad no estaría presente en sus fallos como presupuesto de la responsabilidad, dado que los magistrados siempre actúan conforme al Derecho que ellos mismos declaran.

Una de las reglas imperantes en el Derecho nos lleva a sostener que “todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. Bajo este enunciado, podría darse la posibilidad de que el juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional cause daño a las partes o a terceros por su actuar doloso o culposo. La pregunta que surge entonces es ¿quién debe asumir la reparación del daño? Frente a esa interrogante aparecen dos posiciones: la que atribuye al Estado el deber de asumir la reparación directa del daño y la que atribuye al juez la responsabilidad subjetiva frente al daño.

Llegar a esbozar estas posiciones no ha sido de fácil aceptación, pues se aseveraba que el soberano o funcionario no se equivocaba, razón por la cual, no podría atribuírsele responsabilidad; sin embargo, hoy se reconoce y acepta, tanto la responsabilidad del Estado como la del Juez.

Nuestro sistema jurídico nacional acoge ambas posiciones, pero diferenciándolas según el ámbito en el que se haya desarrollado la actividad generadora del daño.

Conforme apreciamos, la Constitución Política del Estado en el inciso 7 del artículo 139, atribuye responsabilidad objetiva directa al Estado por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias. En cambio, el Código Procesal Civil, regula la responsabilidad subjetiva directa del juez sustentado en el daño por dolo o por culpa inexcusable en el ejercicio de la función jurisdiccional proveniente de procesos no penales. Como se aprecia, el Estado es el gran ausente en la responsabilidad civil de los jueces. Solo para los casos de ejecución del pago, podría concurrir solidariamente con el juez, sin embargo, debemos reconocer lo vulnerable que se encontraría este, cuando directamente y en forma personal, tenga que asumir su propia defensa para

demostrar lo acertado de su interpretación y la ausencia de actividad dolosa o culposa, en su actuación jurisdiccional. En este cuestionamiento no podemos dejar de apreciar el papel de la probable víctima que denuncia el agravio que pretende reivindicar con la indemnización. La carga de la prueba a la que se somete es ilusoria, pues tiene la misión de probar el dolo o la culpa del juez en la actividad generadora del daño. Los criterios subjetivos para fijar la responsabilidad civil del juez deberían reorientarse no solo por la dificultad en la prueba del futuro demandante sino por la viabilidad para buscar decisiones realmente satisfactorias y ejecutables para la propia víctima.

No consideramos que el sistema subjetivo que acoge el Código Procesal Civil sea el idóneo para tal fin; no solo porque se permita discutir la actuación dolosa o culposa del juez, sino que se ingresa a cuestionar la interpretación que esta haga de la ley: “el juez incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de Derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado (ver el artículo 509 del CPC),

Frente a ello consideramos que no puede asumirse una responsabilidad que tenga su origen en la actividad de interpretación de las normas jurídicas ni en la valoración del hecho o de las pruebas. La independencia judicial, como el núcleo duro de lo judicatura, se vería gravemente comprometida si el juez no fuera libre a la hora de interpretar la norma, cuando se trata de configurar el supuesto de hecho o de valorarlo.

El Estado como organización jurídico-política suprema funciona como un ente orgánico unitario, que descansa sobre una base jurídica vinculante, y que detenta como una de sus principales características el exclusivo ejercicio del

poder. En tal sentido, resulta coherente que frente al monopolio de la jurisdicción que ejerce el Estado, este asuma la responsabilidad directa frente a daños que pudiera generar el ejercicio de la función jurisdiccional, máxime que cuando los jueces imparten justicia lo hacen a nombre del pueblo, en atención a lo regulado en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado.

Este propósito de hacer extensiva la responsabilidad objetiva del Estado a los procesos civiles, fue planteado en la Constitución de 1979, sin embargo, esta propuesta no prosperó toda vez que a opinión de Chirinos Soto, era muy peligrosa pues el error judicial en el campo civil puede derivarse de un defecto de la prueba, lo que sería responsabilidad de parte. El defecto de prueba en materia penal es, en cambio, responsabilidad del Estado. Ante estos argumentos Ariano opina que no hay sustento para tales afirmaciones pues “si hay defecto de prueba imputable a las partes simplemente no se está ante un error judicial”. Si el particular ha provocado o inducido al error, él debe responder y si en ello también está comprometido el juez pues habrá una corresponsabilidad. En cambio, en los errores que proviene de los procesos penales, el Estado responde porque el órgano acusador, resolvió equivocadamente, pero en el ámbito no penal tenemos a dos partes que están en plano de igualdad y que deberían de responder en estos supuestos dado que ellos son quienes aportan las pruebas. En el caso de procesos penales, la carga de la prueba la tiene el fiscal y obviamente, en atención a ello, la condena se impone por la prueba aportada por el fiscal y no por la aportada por el procesado.

Esperamos que a futuro se unifique el tratamiento de la responsabilidad civil proveniente del ejercicio de la actividad jurisdiccional, de tal forma que el

reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se haga extensiva a todos los casos donde se produzca daño en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Esta posición es coherente, además, con la tendencia legislativa asumida en la Ley N° 27444 (ver artículo 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General), mediante la cual el Estado asume directamente la responsabilidad de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados. Apréciase sobre el particular que el daño puede darse tanto en el ámbito de la Administración Pública como en la administración de justicia, pero el daño que se cause en la Administración Pública permitirá recurrir en primer orden, al contencioso administrativo y además no genera principio de la cosa juzgada a diferencia de un daño por error judicial. Morón atribuye como presupuestos para la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, los siguientes: 1) que el administrado sufra una lesión resarcible en sus bienes o derechos; 2) que la lesión sea efectiva, valuable económicamente e individualizada; 3) que la lesión sea imputable a la Administración; 4) que exista una relación causal entre el funcionamiento de la actividad administrativa y no sea consecuencia de fuerza mayor.

La responsabilidad del juez opera cuando este genera un daño, como consecuencia del ejercicio de su función jurisdiccional. Este daño puede ser generado no solo a las partes sino inclusive a terceros al proceso.

La definición de función jurisdiccional es ajena a la función judicial, con la que también se puede provocar daño pero esta no se ajusta a este tipo especial de responsabilidad civil.

Para quienes asumen que el daño es producto del error judicial (ver inciso 7 del artículo 139 de la Constitución), este daño es calificado como la

desviación de la realidad fáctica o jurídica, producto de una mala interpretación, de la norma jurídica o de los hechos que dieron vida a un proceso judicial. Consideran que el error judicial debe ser grave, inaceptable e inexcusable; esto implica que cualquier error del juez no puede ser catalogado como error judicial, se requiere que este sea de tal magnitud que se torne insalvable para que pueda aceptarse como tal. Como requiere la actuación del órgano judicial, ello implica que solo se pueda admitir como error judicial el cometido por el juez y no por otro funcionario judicial, como los llamados auxiliares judiciales, pues solo él ejerce la actividad jurisdiccional.

Algunas legislaciones foráneas califican las condiciones que debe tener este daño para que sea indemnizado. Requiere que el daño sea efectivo, o valuable económicamente e individualizado con relación a la persona o grupo de personas. En esa línea, Montero sostiene que para que exista daño es preciso la producción de un detrimento patrimonial antijurídico, no porque la actividad del autor sea necesariamente antijurídica, sino porque el sujeto que la sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio; el daño puede ser de cualquier naturaleza: material, personal o moral. Se requiere que el daño sea efectivo, en el sentido real, excluyéndose las meras posibilidades, los daños eventuales y aún inseguros en su producción. Cuando se requiere que sea evaluable económicamente hace referencia a la posibilidad de convertirse en dinero.

Como se aprecia de la norma en comentario se regula la responsabilidad judicial civil individual, pues el ámbito material de su título de imputación es: el dolo o la culpa inexcusable.

La conducta es dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia el rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. En cambio, se incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

La precisión que realiza la norma, sobre la graduación de la culpa, permite no extender la responsabilidad civil del juez a los supuestos de culpa leve.

Otro aspecto que recoge la norma es el impulso de parte, apartándose de esta forma, del principio general del impulso de oficio que recoge el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil.”<sup>45</sup>

Específicamente la responsabilidad civil que se atribuye al Juez derivado de su interpretación jurídica resulta inconstitucional pues se infringe lo dispuesto en el artículo 146 inciso 1) de la Constitución Política del Estado que dispone que “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1.- Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la Ley.”, al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia recaída en el expediente N° 0023-AI/TC que “La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.”, además siendo el Derecho una ciencia social y como tal en constante evolución no existe un criterio interpretativo estático del ordenamiento jurídico, pues la norma muchas veces debe ser adaptada por el

---

<sup>45</sup> Ledesma Narváez Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Gaceta Jurídica, Lima 2008, páginas 710 – 71

Juez a la realidad social en que se aplica, un criterio interpretativo en determinado tiempo y espacio puede mutar fácilmente en otro momento, sin dejar de mencionar que la interpretación no debe rebasar la Constitución ni la Ley, sino particularmente en este último caso el juzgador debe impulsarla y enriquecerla, de allí que resulta sumamente subjetivo pretender responsabilizar al Juez por una supuesta “interpretación insustentable de la ley”, en todo caso el justiciable tiene el derecho a la pluralidad de instancia, que significa que las resoluciones siempre pueden ser objeto de revisión por el órgano jerárquicamente superior.



**Cuadro Nº 04**  
**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS**  
**FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL PERÚ**

Variable/Indicador	Administración Pública	Funcionarios y Empleados Públicos
<p>Responsabilidad Civil del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos en el Perú</p>	<p>Se regula por la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y supletoriamente por el Código Civil</p> <p>Es de carácter extracontractual y directa frente al tercero.</p> <p>No se establecen los casos genéricos en los cuales el Estado debe asumir responsabilidad civil.</p>	<p>Se regula por la Ley Sistema Nacional de Control, cuando la responsabilidad es directa del funcionario o empleado público frente al Estado, es de carácter contractual.</p> <p>Se regula por la Ley del Procedimiento administrativo General y supletoriamente por el Código Civil, cuando se trata de responsabilidad del funcionario o servidor público frente a tercero, en este caso el Estado asume directamente el pago derivado de la responsabilidad civil.</p> <p>Es facultativo que el Estado pueda repetir contra el funcionario o servidor público, por los daños y perjuicios ocasionados por dolo en el ejercicio de la función pública, regulación legal que resulta sumamente benigna respecto a la responsabilidad civil que asume el Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional quien asume responsabilidad directa.</p> <p>No se establece responsabilidad civil de la administración estatal derivada del daño económico que causan sus funcionarios y empleados públicos por culpa.</p> <p>No se establecen los casos genéricos de responsabilidad que asumen los funcionarios y servidores públicos.</p> <p>No existe norma legal que regule la responsabilidad civil por acto legislativo.</p> <p>Existe una inadecuada redacción del artículo 509 y siguientes del Código Procesal Civil respecto a la responsabilidad civil de los jueces, al extremo que los mismos asumen esta responsabilidad por su criterio interpretativo.</p>

Fuente: Elaboración propia

De este cuadro final podemos concluir que la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos se encuentra inadecuadamente regulado pues por un lado la responsabilidad civil directa de la Administración Pública frente terceros se halla legislada en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y supletoriamente en el Código Civil, la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos frente al Estado se halla normada en la Ley del Sistema Nacional de Control, la responsabilidad civil de los funcionarios y Empleados Públicos frente a terceros se halla positivizada en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y supletoriamente en el Código Civil. La responsabilidad civil de los jueces está establecida en el Código Procesal Civil y no existe norma legal que aborde el tema de la responsabilidad civil por acto legislativo.

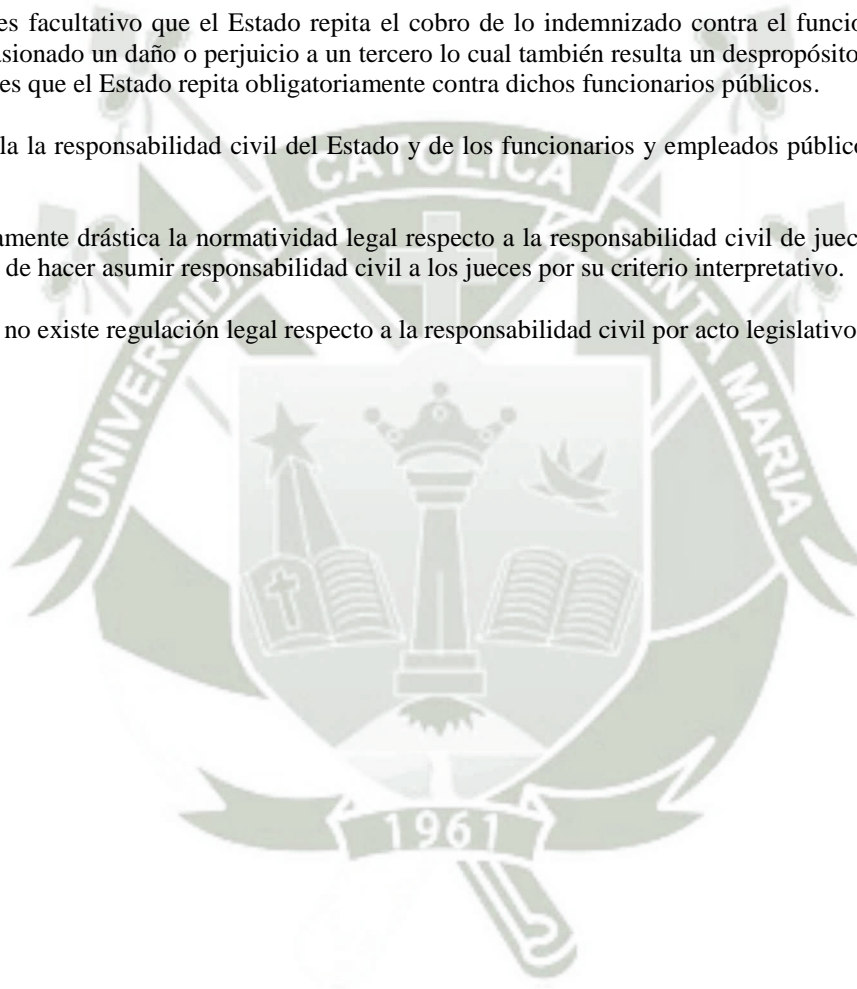
Por otro lado la responsabilidad civil del funcionario y empleado público frente a tercero es asumida directamente por el Estado, lo cual significa cubrir de inmunidad y privilegio al servidor público que con dolo o culpa causa un daño a tercero ejerciendo la función pública.

Asimismo es facultativo que el Estado repita el cobro de lo indemnizado contra el funcionario que por dolo ha ocasionado un daño o perjuicio a un tercero lo cual también resulta un despropósito jurídico, pues lo correcto es que el Estado repita obligatoriamente contra dichos funcionarios públicos.

No se legisla la responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos derivada de culpa.

Es excesivamente drástica la normatividad legal respecto a la responsabilidad civil de jueces, a tal punto que se trata de hacer asumir responsabilidad civil a los jueces por su criterio interpretativo.

Finalmente no existe regulación legal respecto a la responsabilidad civil por acto legislativo



#### 4.6 RESPONSABILIDAD CIVIL Y EMBARGABILIDAD DE BIENES DEL ESTADO

Sobre este tema hemos escrito lo siguiente “Ha modo de introducción podemos decir que el artículo 128 de la Constitución Política del Estado de 1979 determinaba que “Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derecho privado.”. El artículo 73 primera parte de la Constitución Política del Estado de 1993 establece que “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.”. La Ley N° 26599 (24.04.96) que modificó el artículo 648 del Código Procesal Civil, establece como inciso 1) que “Son inembargables los bienes del Estado. Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan”. Por disposición de la Sentencia del Tribunal Constitucional (EXPEDIENTE N° 006-97-AI/TC LIMA), publicada el 07/03/97 se declara FUNDADA en parte la demanda que pide que se declare inconstitucional la Ley N° 26599, en cuanto ella introduce el actual inciso primero en el Artículo 648 del Código Procesal Civil; precisando que subsiste la vigencia del Artículo 73 de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público. Ley N° 26756 (07.03.97) determina en su artículo 1º la constitución de una comisión encargada de proponer al Congreso un proyecto de ley de bienes del Estado, en las que se determine los que pueden ser materia de embargo y los procedimientos a seguir en el caso de embargos de un bien del Estado, en su artículo 2º disponía que “Sólo son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley.”, y en su única disposición

transitoria establece que “En tanto se apruebe la Ley a que se refiere el Artículo 1, el accionante que solicite al Juez el cumplimiento de una resolución judicial que ordena al Estado el pago de una obligación y no sea posible su ejecución al no existir recursos presupuestados para atenderlo, debe solicitar al Juez que requiera al titular del pliego a fin de que, bajo su responsabilidad, señale la partida presupuestaria específica en el presupuesto de su Sector, susceptible de ser afectada con orden de embargo. En el caso que no existan recursos susceptibles de afectación, el accionante podrá solicitar al Juez requiera al titular del pliego a fin de que disponga, bajo su responsabilidad, la inclusión prioritaria del adeudo pendiente, en una partida específica para los siguientes ejercicios presupuestarios.” Por disposición de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (EXPEDIENTE N° 015-2001-AI-TC) publicada el 01/02/2004, se declara la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley mencionada anteriormente en la parte que contiene el adverbio "sólo", quedando redactado conforme a lo siguiente: “Son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley.”, La única disposición transitoria de la ley citada precedentemente fue declarada inconstitucional por sentencia en el EXP. N° 022-96-I-TC del Tribunal Constitucional publicada el 11/05/2001. La Ley N° 27584 en su artículo 42° modificado por ley N° 27684 <sup>46</sup> prevé que “Las sentencias en calidad de cosa

---

<sup>46</sup> El artículo 42 de la ley 27584 modificado por ley 27684 literalmente establece: “Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo a los procedimientos que a continuación se señalan:

42.1 La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

42.2 En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización

juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas *única y exclusivamente* por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego...”. La expresión “única y exclusivamente” que contiene el artículo 42 de la ley mencionada anteriormente ha sido declarada inconstitucional por disposición de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (EXPEDIENTE N° 015-2001-AI-TC) publicada el 01/02/2004 y se recomienda la creación de un registro de la deuda pública interna, así como adopten las medidas necesarias que permita contar con una política estatal destinada al pago de la deuda interna.

Es evidente el privilegio que asume el Estado frente a la posibilidad del cumplimiento pleno de las sentencias judiciales que ordenan el pago de una deuda económica a su cargo, lo que viola flagrantemente el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforme al cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, así como el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prevé que “Toda

---

de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

42.3 De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, harán de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios. El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Normalización Previsional, según sea el caso, calcularán el tres por ciento (3%) referido en el párrafo precedente deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales.

42.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al Artículo 73° de la Constitución Política del Perú.”

persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención...”, y el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado sobre el derecho que tiene toda persona a la tutela jurisdiccional.

Al respecto Eduardo J. Couture <sup>47</sup> establece que “En último término la realidad de la tutela jurídica consiste en que en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente.”.

Efectivamente la tutela jurisdiccional que indudablemente debe ser efectiva involucra de un lado conseguir una decisión imparcial con arreglo a derecho objetivo, pero a la vez a obtener la ejecución de una sentencia en los términos en que ha sido elaborada por el juez, es decir significa también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Francisco Fernández Segado<sup>48</sup> expresa que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica indudablemente el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes, agrega: “El derecho a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea

---

<sup>47</sup> Couture J. Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial I B de F, Buenos Aires Argentina, 2004, página 395.

<sup>48</sup> Fernández Segado Francisco, El Sistema Constitucional Español, Dykinson, Madrid, 1992, páginas 273 – 275

repuesto en su derecho compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones.”, anota que el Tribunal Constitucional Español en la sentencia recaída en el expediente STC 67/1984, de 7 de junio a establecido que “Si la resolución judicial hubiera de ser cumplida por un ente público, en tal caso, el ente habría de llevarla a cabo con la necesaria diligencia sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el artículo 118 de la Constitución, y cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de acuerdo con las leyes.”

Ha sido un proceso evolutivo, no obstante en algunos casos con retrocesos, el tema del embargo sobre los bienes del Estado, el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 29 de enero del 2004<sup>49</sup> ha establecido algunos parámetros sobre el particular, resolución que no se agota en declarar la inconstitucionalidad del artículo 2º la ley N° 26756 sino en delinear disposiciones para el cumplimiento real de las obligaciones económicas que corresponden al estado como consecuencia de los dispuesto en una resolución judicial.

Así tenemos que ha determinado lo siguiente:

**a).- Efectúa una diferenciación entre bienes del Estado de dominio público y de dominio privado, estableciendo que los bienes de dominio público de conformidad a lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política del**

---

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en los expedientes acumulados N° 015-2001-AI/TC, N° 016-2001-AI/TC, y N° 004-2002-AI/TC – Colegio de Abogados de Ica, Defensoría del Pueblo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de febrero del 2004.

Estado<sup>50</sup> son inalienables e imprescriptibles y por ende no son susceptibles de ser objeto de ejecución de sentencias ni de medidas cautelares, por su naturaleza, los bienes de dominio público son de carácter indisponible ya que no se pueden ejercer sobre ellos derecho privado de propiedad ni es posible enajenarlos, debiendo dejarse en claro que la posibilidad de que los bienes de uso público puedan ser entregados en concesión no significa enajenación ni transferencia de propiedad.

En cambio los bienes de dominio privado del Estado, son aquellos sobre los que el Estado ejerce su derecho de propiedad como cualquier persona de derecho privado, actuando como si fuese un particular y disponiendo libremente de ellos, y que si bien son utilizados para el cumplimiento de sus funciones y la prestación de ciertos servicios, no son indispensables para ello, situación que es totalmente inversa a la de los bienes de dominio público, en consecuencia son sobre los bienes de dominio privado del Estado en los que puede recaer la ejecución de sentencias contra el Estado.

**b).-** La inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargo sobre bienes del Estado, en efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, no debe tener mas límite que el hecho de tratarse, o tener la condición de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables.

---

<sup>50</sup> El artículo 73° de la Constitución Política del Estado prevé que “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.”.

**c).-** Ante el vacío de legislación que precise qué bienes del Estado pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público.

**d).-** En lo sucesivo debe interpretarse que los fondos para cubrir las deudas estatales surgidas de resoluciones judiciales, no solamente pueden provenir del Pliego Presupuestal en donde se generó la deuda, sino también de partidas presupuestales comunes a todos los pliegos.

**e).-** Si a pesar de haber transcurrido seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos,<sup>51</sup> la judicatura goza de la potestad para determinar los bienes estatales de dominio privado sobre los que recaerá el embargo, ello se debe a que, no habiéndose dado inicio al procedimiento previsto para cubrir la deuda, se evidencia la existencia de cuentas habilitadas por el respectivo organismo público para afrontarla.

No obstante ello, resulta claro que, en primer término, el juez debe agotar las posibilidades de que dichas cuentas existan a efectos de cubrir el pago con ellas, y solo corroborada su inexistencia, aplicar los embargos respectivos, sin perjuicio de determinar las responsabilidades administrativas y penales a que hubiera lugar.

**f).-** Los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el sistema Financiero nacional constituyen bienes inembargables, siempre y

---

<sup>51</sup> Se refiere a los procedimientos establecidos en el artículo 42° de la Ley N° 27584

cuando tales depósitos de dinero se encuentren afectos al servicio público, de tal modo que si el juez determina que son bienes de dominio privado, como tal, son embargables.

**g).-** Incurre en responsabilidad administrativa, civil y/o penal el funcionario a quien habiéndosele efectuado el requerimiento para la previsión presupuestal correspondiente con la finalidad de atender las obligaciones económicas a cargo del Estado no cumple con efectuar tal previsión.

Como conclusiones establecemos que se han dado los primeros pasos para que se cumpla el derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, respecto a la efectivización de sentencias por parte del Estado en las cuales se ordena el cumplimiento de una obligación pecuniaria. Las entidades públicas deberían estar obligadas a efectuar previsión presupuestal en caso que se les haya iniciado proceso judicial que pueda conllevar al pago de una obligación, en la cuenta contable denominada “recursos contingentes” o “de contingencias judiciales”, y corresponde a los jueces, en estricto cumplimiento del derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva que tienen los justiciables, ordenar a la entidad estatal que efectúe la previsión presupuestal correspondiente a efecto de atender la obligación a su cargo, en caso contrario, calificar si la respectiva entidad pública cuenta con bienes de dominio privado para ejecutar la medida cautelar de embargo.”.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Ayestas Ardiles Oscar Fredy, La medida cautelar de embargo en bienes del Estado, Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Puno, Editorial Correo, Puno 2005, páginas 11 - 14



## **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

## DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Nuestra hipótesis planteada para la presente investigación es que dado que el Estado y algunos funcionarios y empleados públicos, incurren en actos arbitrarios que perjudican económicamente a terceros

¿Existe un inadecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos en nuestro país?

Hemos confirmado la hipótesis pues se ha establecido que existe un inadecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos en nuestro país.

Efectivamente hemos partido por analizar las variables de estudio como son: Funcionario y Empleado Público, Administración y Función Pública y la Responsabilidad Civil. Para el primer caso hemos efectuado una definición y diferenciación entre Funcionario y Empleado Público, seguidamente hemos analizado el contrato de empleo público y el contrato administrativo de servicios, ello con la finalidad que se establezca clara y contundentemente quien es Funcionario Público y quien Empleado Público y de donde nace su vínculo laboral con el Estado, asimismo se ha diferenciado entre Función y Administración Pública.

En mérito a ello se ha procedido a delimitar la responsabilidad civil de la administración pública y la de los funcionarios y empleados públicos, para lo cual primeramente se ha desarrollado el tema de la responsabilidad civil

enfocando su definición y estructura y diferenciado la responsabilidad civil contractual y extracontractual, para seguidamente enfocar en forma especializada el tema concreto materia de investigación desde la doctrina extranjera y desde la perspectiva de nuestra legislación lo que nos ha permitido efectuar el cuestionamiento al tratamiento legislativo que merece la responsabilidad civil estatal en nuestro país

En base a la investigación efectuada se ha determinado que existen disposiciones legales aisladas sobre el tratamiento de la responsabilidad civil de la administración pública y la de los funcionarios y empleados públicos, que dichas normas son demasiado permisivas pues hacen recaer toda la responsabilidad civil en el Estado cuando sus funcionarios y empleados públicos ocasionan un perjuicio a terceros.

Se ha establecido que conforme a las disposiciones mencionadas precedentemente no es indemnizable por el Estado la responsabilidad civil derivada de culpa en el ejercicio de la función pública por parte de sus funcionarios y empleados, lo cual resulta absolutamente injusto frente al tercero perjudicado, creando impunidad en el accionar de estos servidores públicos frente a los administrados, de tal modo que debe tratarse legislativamente la responsabilidad civil por culpa.

Se ha verificado que conforme a dichas disposiciones legales no se regula los casos genéricos de responsabilidad civil que debe ser asumida por el Estado directamente y por otro lado por los funcionarios y empleados públicos, resultando conveniente su inclusión legislativa.

El tratamiento adecuado que debería efectuarse al tema de la responsabilidad civil de la administración estatal y la de los funcionarios y

empleados de la misma es que, o bien deben ser emplazados directamente con la demanda en el proceso civil respectivo tanto el Estado, entendiéndose la entidad estatal respectiva, y a la vez el funcionario y empleado, que con su acción u omisión, derivado de dolo o culpa, causó el daño al tercero, a efecto que respondan solidariamente por el pago de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, o bien que si el Estado asume directamente el pago de la indemnización por los daños y perjuicios, debe obligatoriamente sin ninguna excepción repetir contra el funcionario o empleado público que causó el daño económico al tercero con dolo o culpa.





## CONCLUSIONES

**Primera.-** No existe una adecuada regulación legal o tratamiento legislativo de la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos, por lo siguiente:

**a).-** La responsabilidad civil del funcionario y empleado público frente a tercero es asumida directamente por el Estado, lo cual significa cubrir de inmunidad y privilegio al servidor público que en el ejercicio de la función pública, con dolo, causa un daño a tercero.

**b).-** Es facultativo que el Estado repita el cobro de lo indemnizado contra el funcionario que por dolo ha ocasionado un daño o perjuicio a un tercero lo cual también resulta un despropósito jurídico, pues lo correcto es que el Estado repita obligatoriamente contra dichos funcionarios públicos.

**c).-** En la normatividad legal vigente no se ha considerado como indemnizable por el Estado la responsabilidad civil derivada de culpa en el ejercicio de la función pública por parte de sus funcionarios y empleados, lo cual resulta absolutamente injusto frente al tercero perjudicado, creando impunidad en el accionar de estos servidores públicos frente a los administrados

**d).-** La responsabilidad civil directa de la Administración Pública frente a terceros se halla legislada en la Ley del Procedimiento Administrativo General y supletoriamente en el Código Civil. La responsabilidad de los Funcionarios y Empleados Públicos frente a terceros se regula por la Ley del Procedimiento Administrativo General y supletoriamente por el Código Civil, empero en este caso el Estado asume directamente el pago derivado de la responsabilidad

civil. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos frente al Estado se halla normada en la Ley del Sistema Nacional de Control. La responsabilidad civil de los jueces está establecida en el Código Procesal Civil y, no existe norma legal que aborde el tema de la responsabilidad civil por acto legislativo.

**e).-** Es excesivamente drástica la normatividad legal respecto a la responsabilidad civil de jueces, a tal punto que se hace asumir responsabilidad civil a los mismos por su criterio interpretativo, lo cual resulta inconstitucional.

**Segunda.-** En la normatividad legal peruana no se establecen los casos genéricos en los cuales la Administración Pública y los Funcionarios y Empleados Públicos asumen responsabilidad civil, que serían cláusulas abiertas que incluyan la diversidad de casos que se presentan en la práctica.

**Tercera.-** Los casos genéricos en los cuales la administración pública, como consecuencia de su accionar asume responsabilidad civil frente a terceros propiamente, denominada responsabilidad externa, son los siguientes:

**a).-** *La responsabilidad de la Administración Pública por el mantenimiento vial y la ejecución en general de obras públicas;*

**b).-** *La responsabilidad de la Administración Pública por el ejercicio de actividad peligrosa;*

**c).-** *La responsabilidad por cosas en custodia, los casos considerados se refieren a los bienes del Estado que no han sido dados en concesión;*

**d).-** *La responsabilidad por ruina de edificio;*

**e).-** *La responsabilidad por el hecho de los dependientes;*

**f).-** *La responsabilidad por ocupación ilegítima que se transforma en ocupación adquisitiva;*

**g).**- *La responsabilidad por retardos en la emisión de resoluciones;*

**h).**- *La responsabilidad por daños a terceros en la ejecución de una obra pública;*

**i).**- *La responsabilidad por daño a la propiedad por acto intencional del Estado,*

**j).**- *La responsabilidad por actos ilegítimos de la Administración Pública, en este caso se incluye la responsabilidad por perjuicio por acto arbitrario de la Administración, aún cuando este acto no implicara en forma directa un atentado contra la propiedad sino simplemente afectara un interés privado;*

**k).**- *La responsabilidad por daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado*

**l).**- *La responsabilidad por falta de colaboración de la fuerza pública.*

**Cuarta.**- Los casos genéricos de responsabilidad civil de los Funcionarios y Empleados Públicos, derivado del ejercicio de la función pública, son los siguientes:

**a).**- La responsabilidad por incumplimiento de las normas legales y administrativas que rigen los sistemas administrativos.

**b).**- La responsabilidad por incumplimiento de funciones.

**c).**- La responsabilidad derivada de la disponibilidad directa de valores o bienes que pertenecen a la Administración Pública.

**d).**- La responsabilidad por el cumplimiento de actos de la administración en violación de normas de la ley.

**Quinta.**- No existe regulación legal respecto a la responsabilidad civil por acto legislativo, sin embargo el artículo 148° de la Constitución Política del Estado otorga la posibilidad de control del Poder Judicial sobre las actuaciones

de la Administración Pública, en la cual indudablemente se incluye al Poder Legislativo, por tanto es factible ordenar el pago de indemnizaciones por acto legislativo (de naturaleza no expropiatoria) inconstitucional o que perjudique a terceros, lo que también podrá exigirse por los mecanismos del proceso contencioso administrativo.





## SUGERENCIAS

**Primera.**- Debe efectuarse la regulación legal de la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos en un solo texto legal lo que permitirá un tratamiento adecuado es decir integral y sistemático, en el cual se incluya la responsabilidad civil por culpa y se incluya los casos genéricos en los cuales la Administración Pública y los Funcionarios y Empleados Públicos asumen responsabilidad civil, siendo el mecanismo procesal idóneo para todos los casos el Proceso Contencioso Administrativo.

**Segunda.**- Debe modificarse la normatividad legal respecto a la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, existiendo dos posibilidades:

**a).**- Debe ser obligatorio que el Estado repita contra ellos el monto pagado por responsabilidad civil, por el daño y perjuicio económico que hayan causado, por dolo o culpa, derivado del ejercicio de la función pública, o en todo caso;

**b).**- Que el tercero perjudicado económicamente deba emplazar judicialmente y en forma directa tanto al Estado como al funcionario o empleado público a efecto que asuman solidariamente el pago del monto por concepto de responsabilidad civil, derivado de dolo o culpa.

**Tercera.**- Debe modificarse el texto de la Constitución Política del Estado en la que se regule la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos.

**Cuarta.**- Debe modificarse la normatividad legal incluyéndose el tratamiento de la responsabilidad civil derivada de acto legislativo y debe

excluirse la responsabilidad del Juez derivada de la inadecuada interpretación de la Ley.

**Quinta.-** Debe propenderse a la unificación de la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual, por que en el fondo no existe una diferenciación clara entre ambos tipos de responsabilidad y mas bien genera inconvenientes al momento de su aplicación.





## BIBLIOGRAFÍA

1. Alpa Guido. Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Jurista Editores. Lima. 2006.
2. Alpa Guido. Responsabilidad Civil y Daño, Gaceta Jurídica Editores. Lima. 2001.
3. Aystas Ardiles Oscar Fredy. La medida cautelar de embargo en bienes del Estado. Revista Institucional de la Corte Superior de Justicia de Puno. Editorial Correo. Puno 2005.
4. Bacacorzo Gustavo. Tratado de Derecho Administrativo ( T-I ). Gaceta Jurídica Editores. Lima 1997.
5. Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Buenos Aires 1994.
6. Castañeda Otsu Susana. Análisis del artículo 139 inciso 7) de la Constitución Política del Estado. La Constitución Comentada T II. Gaceta Jurídica. Lima 2006.
7. Contraloría General de La Republica. Sistema Nacional de Control. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1998.
8. Couture J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial I B de F. Buenos Aires 2004.
9. De Trazegnies Granda, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 1990.
10. Díez-Picazo, Luís. Derecho de Daños. Editorial Civitas. Madrid 1999.

11. Díez-Picazo, Luís – Gulló Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos. Madrid 2002.
12. Dromi Roberto. Derecho Administrativo. (T I y T II). Ciudad Argentina Editorial - Gaceta Jurídica Editores. Lima 2005.
13. Espinoza Espinoza Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Gaceta Jurídica Editores. Lima 2003.
14. Espinoza Espinoza Juan. Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica. Editores. Lima 2004.
15. Fernández Segado Francisco. El Sistema Constitucional Español. Dykinson. Madrid 1992.
16. Fernández Sessarego Carlos. Derecho de las Personas. Grijley. Lima 2007.
17. Ferrero Costa Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Grijley. Lima 2004.
18. García de Enterría Eduardo. - Ramón Fernández, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. (T - I y T - II). Palestra – Temis. Lima - Bogotá - 2006.
19. Ledesma Narváez Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica, Lima - 2008.
20. Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires 1960.
21. Morón Urbina Juan Carlos. Administración y Gestión Pública. (T - I a T - IV) Gaceta Jurídica Editores. Lima 2001.

22. Morón Urbina Juan Carlos. Administración y Gestión Pública. (Vocabulario e Índices). Gaceta Jurídica Editores. Lima 2001.
23. Morón Urbina Juan Carlos. Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica Editores. Lima 2001.
24. Osterling Parodi Felipe. Las Obligaciones. Grijley, Lima 2007.
25. Osterling Parodi Felipe y Castillo Freyre Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra. Lima 2008.
26. Palacio Pimentel Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Editorial Huallaga EIRL. Lima 2002.
27. Peirano Facio Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis. Bogota 1981.
28. Priori Posada Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. ARA Editores. Lima 2007.
29. Ruiz-Eldredge Rivera Alberto. Manual de Derecho Administrativo. Gaceta Jurídica Editores. Lima 2000.
30. Salvi Cesare. El Daño en Estudios sobre la Responsabilidad Civil, Ara Editores. Lima 2001.
31. Santos Briz, Jaime. La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal. Madrid 1986.
32. Taboada Córdova Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley. Lima 2005.
33. Visintini Giovanna. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires - 1999.



## ANEXO I

### PROPUESTA DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

#### ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

ANTEPROYECTO DE LEY CONSTITUCIONAL N°.....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República:

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

#### **LEY QUE ADICIONA PRIMER PÁRRAFO AL ARTÍCULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO**

**Artículo Único.**- Adiciónese como primer párrafo al artículo 41° de la Constitución Política del Estado el texto siguiente: “El Estado y los funcionarios y empleados públicos asumen responsabilidad civil en la forma que establezca la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 139 inciso 7 de esta Constitución Política.”.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los.....

Presidente del Congreso

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA  
REPÚBLICA

POR TANTO

Mando se publique y cumpla

Dado en la casa de Gobierno, en Lima a los.....

Presidente Constitucional de la República

Presidente del Consejo de Ministros.



## ANEXO II

### PROPUESTA LEGISLATIVA

#### ANTEPROYECTO DE LA LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS

ANTEPROYECTO DE LEY N°.....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República:

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA DE LOS FUNCIONARIOS Y  
EMPLEADOS PÚBLICOS**

**Artículo 1°.- Responsabilidad civil del Estado.-** Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

**Artículo 2°.- Casos de responsabilidad civil del Estado.-** La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, sin que de ningún modo signifique una enunciación cerrada, comprende los siguientes casos:

**a).-** La responsabilidad de la Administración Pública por el mantenimiento vial y la ejecución en general de obras públicas;

**b).-** La responsabilidad de la Administración Pública por el ejercicio de actividad peligrosa;

**c).-** La responsabilidad por cosas en custodia, los casos considerados se refieren a los bienes del Estado que no han sido dados en concesión;

**d).-** La responsabilidad por ruina de edificio;

**e).-** La responsabilidad por el hecho de los dependientes;

**f).-** La responsabilidad por ocupación ilegítima que se transforma en ocupación adquisitiva;

**g).-** La responsabilidad por retardos en la emisión de resoluciones;

**h).-** La responsabilidad por daños a terceros en la ejecución de una obra pública;

**i).-** La responsabilidad por daño a la propiedad por acto intencional del Estado,

**j).-** La responsabilidad por actos ilegítimos de la Administración Pública, en este caso se incluye la responsabilidad por perjuicio por acto arbitrario de la Administración, aún cuando este acto no implicara en forma directa un atentado contra la propiedad sino simplemente afectara un interés privado;

**k).-** La responsabilidad por daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado

**l).-** La responsabilidad por falta de colaboración de la fuerza pública

m).- Otros casos no establecidos anteriormente

**Artículo 3°.- Caso fortuito o fuerza mayor.-** En los casos del artículo anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

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

**Artículo 4°.- Indemnización y nulidad de acto administrativo.-** La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

**Artículo 5°.- Características del daño.-** El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

**Artículo 6°.- Ámbito de la Indemnización.-** La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u comisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

**Artículo 7°.- Responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos frente al Estado y a terceros.-** Los funcionarios y empleados públicos, asumen responsabilidad civil por los daños que ocasionen directa e inmediatamente contra los usuarios de la administración estatal como consecuencia del ejercicio de la función pública derivado de dolo o culpa. El

tercero perjudicado económicamente debe emplazar judicialmente tanto al Estado como al funcionario o servidor público a efecto que asuman solidariamente el pago del monto por concepto responsabilidad civil.

Cuando la entidad indemnice a los administrados, deberá repetir judicialmente de oficio y bajo responsabilidad contra los funcionarios y servidores públicos la responsabilidad en que hubieran incurrido.

Incurren en responsabilidad civil frente al Estado, los funcionarios y empleados públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o empleado público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

**Artículo 8°.- Casos de responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos.**- La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, sin que de ningún modo signifique una enunciación cerrada, comprende los siguientes casos:

**a).**- La responsabilidad por incumplimiento de las normas legales y administrativas que rigen los sistemas administrativos.

**b).**- La responsabilidad por incumplimiento de funciones.

**c).**- La responsabilidad derivada de la disponibilidad directa de valores o bienes que pertenecen a la Administración Pública.

**d).**- La responsabilidad por el cumplimiento de actos de la administración en violación de normas de la ley.

e).- Otros casos no establecidos anteriormente.

**Artículo 9°.- Responsabilidad por acto jurisdiccional.-** El Estado incurre en responsabilidad civil por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias.

El Estado y el Juez deberán ser demandados solidariamente por responsabilidad civil cuando éste en el ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

No existe responsabilidad del Juez derivada de la interpretación de la Ley.

**Artículo 10°.- Vía procedimental.-** La responsabilidad civil del Estado y la de sus Funcionarios y Empleados Públicos se tramita en el Proceso Contencioso Administrativo en la vía del procedimiento especial, salvo el caso de acumulación de pretensiones a que se refiere el numeral 5) del artículo 5 de dicha ley.

**Artículo 11°.- Responsabilidad por acto legislativo.-** Existe responsabilidad civil del Estado por acto legislativo inconstitucional o que hubiera causado daño económico a terceros.

**Artículo 12°.- Normas derogadas.-** Deróguese el artículo 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Ley N° 27444, los artículos 509 a 518 del Código Procesal Civil y las demás disposiciones legales que se opongan a la presente ley .

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los.....

Presidente del Congreso

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA

REPÚBLICA

POR TANTO

Mando se publique y cumpla

Dado en la casa de Gobierno, en Lima a los.....

Presidente Constitucional de la República

Presidente del Consejo de Ministros



## ANEXO III

### PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

#### I. PREÁMBULO

En nuestra experiencia como asesor legal de diversas instituciones hemos visto que los actores principales en el actuar de la administración pública son indudablemente los funcionarios y empleados de la misma, los que actualmente se hallan sujetos a tres regimenes laborales uno el que se puede denominar el de la actividad pública propiamente dicha regulado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público Nacional aprobado por Decreto Legislativo N° 276, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, el otro es el establecido por el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, que regula el Contrato Administrativo de Servicios y finalmente el tercero es el regulado para la actividad privada, que no obstante se viene aplicando a un buen sector de los trabajadores estatales y es el determinado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR que es el Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

De la revisión de las normas vigentes sobre responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos encontramos dispositivos legales aislados o que parcialmente se ocupan del tema.

## II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1. Problema de investigación

#### 1.1. Enunciado del problema

La responsabilidad civil de la administración pública y de los funcionarios y empleados públicos

#### 1.2. Descripción del problema

Muchas veces los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de la función pública incurrir en actos arbitrarios contra terceros, ocasionando que estos últimos interpongan sendas demandas judiciales sobre indemnización por daños y perjuicios, como lógica consecuencia en la mayoría de los casos, el Poder Judicial les otorga la razón puesto que es evidente la afectación del derecho y ordena el pago de una suma indemnizatoria y en algunos casos el pago de intereses legales los que no tendrían porque ser asumidos por el Estado o en todo caso éste debería repetir obligatoriamente contra el funcionario o empleado público que actuó con dolo o culpa en el ejercicio de la función pública.

Por otro lado no existe una norma que regule integralmente la responsabilidad civil de la administración pública y la de los funcionarios y empleados públicos, encontrándose en el ordenamiento jurídico peruano disposiciones aisladas sobre el particular, y en toda caso están vigentes normas permisivas que cargan la responsabilidad civil al Estado, de cuyo hecho se amparan los funcionarios y empleados públicos para seguir ocasionando serios perjuicios a terceros, obligando al Estado a indemnizarlos, creyendo que por el hecho de ser depositarios de la confianza del gobierno de turno tienen el poder absoluto para abusar del cargo, sin medir las

consecuencias de sus actos que finalmente nos perjudican a todas las personas que somos parte de este Estado, ello en razón a que finalmente el pago de estas deudas es con las aportaciones tributarias que efectuamos todos los peruanos, cuando dichos recursos deberían ser utilizados más bien en la generación de desarrollo económico y social.

En consecuencia se hace necesario determinar, por un lado, los casos en que la administración estatal incurre en responsabilidad civil, y por otro lado, los casos en que los funcionarios y empleados públicos están inmersos en responsabilidad civil, asimismo debe abordarse la responsabilidad civil por acto jurisdiccional, siendo inconstitucional específicamente la responsabilidad civil del Juez por su criterio interpretativo, debe tratarse la responsabilidad civil por acto legislativo, la que ha sido ignorada en nuestra legislación, y finalmente sugeriremos cual debe ser el tratamiento adecuado de la responsabilidad civil de la administración pública y la de los funcionarios y empleados públicos, alcanzando la propuesta de modificación constitucional y legislativa correspondiente, aspectos que involucraremos en la presente investigación por lo que consideramos que el estudio a desarrollar será absolutamente integral,

En consecuencia el área de estudio del problema es del Derecho y la línea es la del Derecho Civil y Administrativo.

Las variables a ser analizadas son: Funcionarios y Empleados Públicos, Administración y Función Pública y Responsabilidad Civil siendo sus indicadores a la luz del tema a investigar los siguientes: Funcionarios Públicos, Empleados Públicos, Administración Pública, Función Pública y Responsabilidad civil, para culminar en un estudio de la Responsabilidad Civil

de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos en el Perú.

Debemos establecer si ¿Existe un inadecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, y en todo caso cual debe ser el alcance de dicha responsabilidad?

El nivel de investigación es descriptivo en razón a que estableceremos las cualidades del problema planteado, pero a la vez será comparativa puesto que abarcaremos en el tratamiento investigativo diversas normas que abordan parcialmente el tema.

El tipo de investigación es de carácter bibliográfica

Respecto a la clase de investigación es coyuntural en razón a que la investigación contiene un problema que a la fecha no ha sido adecuadamente dilucidado, siendo también especializada porque se refiere al ámbito del Derecho Civil y Administrativo.

En cuanto se refiere a la operacionalización el ámbito de recolección de datos será eminentemente documental, es decir que nos avocaremos a una búsqueda rigurosa de la bibliografía existente vinculada al tema investigativo considerando las variables y sus indicadores.

### **1.3. Justificación del problema**

Considerando que el tema a investigar es si existe un inadecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos, y en todo caso cual debe ser el alcance de dicha responsabilidad a la luz de la escasa y aislada normatividad legal vigente al respecto, ello se vincula a la marcha administrativa del Estado pero a la vez a la ingente pérdida de recursos económicos por parte del mismo a

consecuencia de los actos dolosos o negligentes del personal a su cargo, en consecuencia estamos ante un problema con relevancia social que afecta la vida de nuestro país.

Asimismo por la propia especialidad del investigador el tema es de sumo interés, porque además nos permitirá establecer con absoluta claridad los alcances y naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos y porque actos de la gestión a su cargo deban asumir este tipo de responsabilidad.

Es decir que el tema a investigar desde todo punto de vista tiene relevancia actual o contemporánea, dado que nos permitirá conocer la responsabilidad civil del Estado y la de los funcionarios y servidores públicos y contribuir a que se interiorice doctrinariamente cual debe ser los alcances y naturaleza jurídica de dicha responsabilidad.

La relevancia científica está dada porqué con la presente investigación se aportará nuevos conocimientos y se consolidará los existentes sobre la responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos.

## **2. Marco conceptual**

El tema ha desarrollar se halla vinculado a los funcionarios y empleados públicos, a la función y administración pública así como a la responsabilidad civil.

Siendo ello así pasamos a definir los conceptos básicos del tema a investigar:

**1).- Funcionarios Públicos.-** Son todos aquéllos designados o elegidos para que desempeñen cargos de alto nivel en la estructura gubernativa, y

como tal su designación es provisional o temporal, tienen la facultad de representar la voluntad del Estado.

**2).- Empleados Públicos.-** Son todos aquellos trabajadores que han ingresado a la carrera administrativa y como tal efectúan un ascenso progresivo en la misma, existen dos grupos el de los nombrados y el de los contratados.

**3).- Función Pública.-** Es la práctica concreta del poder político por parte de los servidores de la administración pública, la que debe efectuarse con estricta observancia de las normas legales y administrativas y sobre todo cumpliendo el Código de Ética de la función pública

La Constitución Política del Estado en su título I capítulo IV regula la función pública, disponiendo en su artículo 39 que. “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

Asimismo en su artículo 40 establece que: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.”

**4).- Administración Pública.-** La administración pública: “Es el conjunto de entidades públicas que ejecutan las políticas de Estado dentro del marco legal establecido, con la finalidad de brindar servicios y acciones en beneficio de la colectividad”.

La Administración Pública se clasifica en nacional, regional y local, y tiene funciones legislativa, ejecutiva y judicial

**5).- Responsabilidad Civil.-** Es aquella en la que se incurren cuando se causa un daño económico a un tercero. Puede ser contractual o extracontractual

La responsabilidad Contractual, es aquella que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un acto jurídico válido preexistente, celebrado entre el causante del daño y el que lo padece. La obligación es anterior al daño.

La responsabilidad Extracontractual, denominada también responsabilidad aquiliana, surge, no del incumplimiento de una obligación preexistente que no hay, sino del mero hecho de haber causado el daño. La relación jurídica obligatoria nace recién con el daño causado

Las formas de responsabilidad civil puede ser por:

- Dolo.- Significa la intención consciente y deliberada de causar un daño económico

- Culpa inexcusable.- Es aquélla en la que incurren quienes actúan con negligencia grave

- Culpa leve.- Es aquélla en la que incurren quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

### **3. Análisis de antecedentes investigativos**

Efectuada la revisión del material bibliográfico o tesis en las bibliotecas de la Corte Superior de justicia de Puno, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano y del Ilustre Colegio de Abogados de Puno, no hemos encontrado trabajos sobre el particular, mas bien existen cuestiones referenciales en libros especializados

### **4. Objetivos**

- Establecer si existe un inadecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos, por el ejercicio arbitrario de la función pública.

- Determinar la naturaleza y alcances de la responsabilidad civil que le asiste al Estado y a los funcionarios y empleados públicos.

### **5. Hipótesis**

Dado que el Estado y algunos funcionarios y empleados públicos, incurren constantemente en actos arbitrarios que perjudican económicamente a terceros

¿Existe un inadecuado tratamiento legislativo de la responsabilidad civil de la Administración Pública y la de los Funcionarios y Empleados Públicos en nuestro país?

### III PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1 TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE VERIFICACIÓN

##### 1.1.- Técnicas

Para la recolección de datos se utilizará la técnica de la “Observación” .

##### 1.2.- Instrumento

Es la ficha de observación documental

A continuación presentamos el cuadro de técnicas e instrumentos, el cuadro del instrumento por variable así como la ficha documental a ser utilizada durante el desarrollo de la investigación.



**CUADRO DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

<b>Variables</b>	<b>Indicadores</b>	<b>Unidades de Estudio</b>	<b>Técnicas</b>	<b>Instrumentos</b>
Funcionarios y Empleados Públicos	<p>Contrato de Empleo Público y Contrato Administrativo de Servicios</p> <p>Función y Administración Pública</p>	<p>Libros de Derecho Administrativo</p> <p>Diccionario Jurídico</p> <p>Revistas especializadas en Derecho Administrativo</p>	Observación	Ficha documental
Responsabilidad Civil	<p>Contractual y Extracontractual</p> <p>Interna y Externa</p>	<p>Libros sobre Derecho Civil</p> <p>Diccionario Jurídico</p> <p>Revistas Especializadas en Derecho Civil</p>	Observación	Ficha documental

**CUADRO DE LA ESTRUCTURA DEL INSTRUMENTO POR VARIABLE**

Variables	Indicadores	Instrumentos
Funcionarios y Servidores Públicos	Contrato de Empleo Público y Contrato Administrativo de Servicios  Función y Administración Pública	Fichas de observación documental
Responsabilidad Civil	Contractual y Extracontractual  Interna y Externa	Fichas de observación documental



## **2 CAMPO DE VERIFICACIÓN**

### **2.1. UBICACIÓN ESPACIAL**

La presente investigación para todas las variables es de carácter administrativa o legal, a nivel de gabinete, efectuándose la recopilación de la información a nivel de las bibliotecas públicas y privadas de Puno y eventualmente de Arequipa.

### **2.2. UBICACIÓN TEMPORAL**

La investigación proyectada es de carácter contemporánea y coyuntural, pero a la vez comparativa con la legislación civil, española, italiana y argentina.

### **2.3. UNIDADES DE ESTUDIO**

Las unidades de estudio para las dos variables están constituidas por los libros especializados en Derecho Administrativo en los cuales se aborda el tema de la función y administración pública, el contrato de empleo público, así como por libros de Derecho Civil en los cuales se desarrolla sobre la responsabilidad civil sea contractual y extracontractual, así como específicamente la responsabilidad civil del Estado, y finalmente tenemos diccionarios de derecho usual vinculados al tema a investigar.

Universo:

Está constituido por doce libros Derecho Administrativo, y diecinueve libros de Derecho Civil, cuatro de Derecho Constitucional, y un diccionario de derecho usual,

Muestra:

Se ha determinado una muestra representativa de la bibliografía existente sobre el tema de investigación.

Seguidamente se desarrolla en cuadro del universo:

**CUADRO DEL UNIVERSO**

<b>Unidades de Estudio</b>	<b>Especialidad</b>	<b>Frecuencia (F)</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Libros	Derecho Administrativo	07	22
	Derecho Civil	22	66
	Derecho Constitucional	02	06
Revistas	Derecho Administrativo y Civil	1	3
Diccionario	Derecho Usual	1	3
	Totales	33	100

**3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Los datos para las variables serán recogidos de la bibliografía especializada vinculada a la investigación a realizar, específicamente en libros y revistas de Derecho Administrativo y Derecho Civil, empleándose para tal efecto la Ficha de Observación Documental, en la que se consignará un resumen de los principales aportes que efectúan los doctrinarios respecto al tema investigativo, para luego hacer una sistematización de ellos en capítulos y subcapítulos, efectuando el análisis, interpretación y conclusiones finales.

Para tales fines se contará con la técnica e instrumento ya definido, como es la observación y la ficha documental, la que ha sido validada mediante prueba piloto realizada a satisfacción, con lo cual se asegura su eficacia.

La recolección de datos se hará bajo la denominación de RECIADPUFUNEMPU, que significa Responsabilidad Civil de la Administración Pública y de los Funcionarios y Empleados Públicos la que servirá como fuente para la elaboración de cuadros y gráficas en el desarrollo investigativo o se consignara simplemente “elaboración propia”.

Respecto a los criterios para el manejo de resultados, tratándose de una investigación eminentemente bibliográfica, los resultados se manejaran documentalmente en las fichas de observación documental, los que posteriormente se sistematizarán, analizaran e interpretarán para que luego se formulen las conclusiones finales, ordenándose la investigación en capítulos y subcapítulos.

En consecuencia en esta parte del proyecto hemos desarrollado los medios ha ser utilizados para el adecuado cumplimiento de los objetivos propuestos con la investigación a desarrollar, de tal modo que se ha elaborado los cuadros de recursos humanos, el de recursos materiales y el de bienes y servicios los mismos que se desarrollan a continuación.

## MEDIOS

### A. RECURSOS HUMANOS:

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO	DIAS	COSTO
Digitadores	01	10,00	60	600,00
Diagramadores	01	10	15	150,00
TOTAL	02	20	75	750,00

**B. RECURSOS MATERIALES:**

<b>DENOMINACIÓN</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>COSTO UNITARIO</b>	<b>COSTO TOTAL</b>
Papel bond	10 millares	35,00	350,00
Fichas documentales	100	0,80	80,00
Tintas de impresión	06	120	720
Copias fotostáticas	2000	0,10	200
Empastes	05	25	1475,00

**C. BIENES Y SERVICIOS**

<b>DENOMINACIÓN</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>COSTO UNITARIO</b>	<b>COSTO TOTAL</b>
Uso de computadora	100	15,00	1500,00
Uso de impresora	100	15,00	1500,00
Energía eléctrica	100	1,00	100,00
Movilidad	30	10,00	300,00
<b>TOTAL</b>	<b>330</b>	<b>41,00</b>	<b>3,400,00</b>

#### IV CRONOGRAMA DE TRABAJO

Actividad / Tiempo (2009)	Marzo				Abril				Mayo				Junio			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Elaboración y aprobación del proyecto	X	X	X	X												
2. Desarrollo del Proyecto:																
- Recolección de datos					X	X	X	X								
- Sistematización									X	X	X	X				
- Conclusiones y sugerencias													X			
3. Elaboración del Informe													X		X	X

#### FICHA DE OBSERVACIÓN FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS

INDICADOR	
CONTRATO DE EMPLEO PUBLICO	CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	

**FICHA DE OBSERVACIÓN  
FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS**

INDICADOR	
FUNCIÓN PUBLICA	ADMINISTRACIÓN PUBLICA
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	

**FICHA DE OBSERVACIÓN**

## RESPONSABILIDAD CIVIL

INDICADOR	
CONTRACTUAL	EXTRACONTRACTUAL
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	

**FICHA DE OBSERVACIÓN  
RESPONSABILIDAD CIVIL**

INDICADOR	
INTERNA	EXTERNA
ANÁLISIS Y APRECIACIONES	

**MATRIZ DE REGISTRO DE DATOS POR VARIABLE**

**Cuadro Nº 01**  
**FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

Variable/indicador	Definición y Diferenciación entre Funcionario y Empleado Público	Contrato de Empleo Público y el Contrato Administrativo de Servicios	Función y Administración Pública
Funcionarios y Servidores Públicos	<p>El funcionario público es aquél que concurre a constituir y a “expresar” o “ejecutar” la voluntad del Estado de manera que trasciende los límites internos de la dependencia en la que labora.</p> <p>El empleado público es aquel cuya actividad no origina situaciones jurídicas con los particulares y presta un servicio de carácter profesional, permanente, remunerado y exclusivo, con el fin de obtener los medios económicos de subsistencia</p> <p>El elemento esencial del empleo público es también la profesionalidad, comprendiendo ésta cuatro elementos concurrentes: a) continuidad, b) permanencia, c) exclusividad y d) estipendio. Este criterio ha sido incorporado en nuestro derecho positivo desde la Ley Nº 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, que instituyera la carrera pública y cuyo art. 6 inc. a) define a los empleados de carrera como aquellos cuyos cargos o empleos tengan carácter estable y cuya situación esté expresamente prevista en el Estatuto. De acuerdo con la</p>	<p>El Contrato de Trabajo público es aquél que celebra el Estado con el personal a su servicio, ya sea en calidad de funcionario o servidor público, para la realización de funciones de la administración pública.</p> <p>Tiene como caracteres los siguientes: Se ejerce en forma personal. Es ejecutado por persona físicas. Sus efectos son para el futuro y Tiene un régimen jurídico especial. Su naturaleza jurídica es que ésta relación entre el agente público y el Estado es de carácter contractual.</p> <p>Respecto a las obligaciones de los Funcionarios y Servidores Públicos es de resaltar la de Cumplir el servicio público, cuidar los intereses y recursos públicos y la de Cumplir y respetar la Constitución y las leyes en general, así como las normas legales y administrativas propias de la administración pública, y en este caso no estamos refiriendo a los Sistemas Administrativos del Sector Público Nacional.</p> <p>Los funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio del cargo asumen triple responsabilidad y estas son: a.- Responsabilidad Civil.- Es aquella en la</p>	<p>La función pública es la práctica concreta del poder político por parte de los servidores de la administración pública, la que debe efectuarse con estricta observancia de las normas legales y administrativas y sobre todo cumpliendo el Código de Ética de la función pública</p> <p>La función pública en su aspecto sustancial cumple una amplia gama de actividades como son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El dictado de normas jurídicas generales (reglamentos) o individuales (actos administrativos)</li> <li>- La actuación material en la ejecución de decisiones para satisfacer necesidades públicas (hecho administrativo).</li> <li>- La certificación de hechos jurídicamente relevantes, tanto a petición de particulares interesados (registros, transcripciones, certificaciones) como de oficio (actas, inspecciones, etcétera).</li> <li>- La constitución, modificación y extinción de relaciones entre los particulares (inscripciones en registros públicos: propiedad, estado civil, comercio etcétera).</li> <li>- La consulta (dictámenes pareceres, etc.) a fin de informar o asesorar a los órganos activos (simples actos de administración).</li> <li>- El control preventivo o sucesivo de legitimidad u</li> </ul>

	<p>Constitución de 1979, el Decreto Supremo 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, se refiere al empleado como “servidor público” definiéndolo como el “...ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”. Respecto a la diferenciación entre Funcionario y Empleado Público podemos afirmar mientras el funcionario ejerce la representación de la voluntad del Estado en virtud de una especial delegatio transmitida en principio por la ley, el empleado realiza actos, por importantes que fueren, desprovistos de aquella. El funcionario proyecta su actividad al exterior en virtud de dicha representación en tanto que el empleado actúa por vinculación interna sin trascender los límites de la repartición en la cual labora. El funcionario goza de relación externa y representatividad y el empleado no tiene atribuciones para declarar la voluntad del Estado, prestando su actividad de modo profesional.</p>	<p>que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado.</p> <p>b.- Responsabilidad Penal.- Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.</p> <p>c.- Responsabilidad Administrativa Funcional.- Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual.</p> <p>El contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de derecho público</p>	<p>oportunidad de la actividad de los órganos estatales.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La promoción de la actividad de los órganos llamados a satisfacer un interés público concreto (propuestas, peticiones).</li> <li>- La efectiva realización de los intereses públicos por medio de actos, hechos contratos, etcétera.</li> </ul> <p>La administración pública: “Es el conjunto de entidades públicas que ejecutan las políticas de Estado dentro del marco legal establecido, con la finalidad de brindar servicios y acciones en beneficio de la colectividad”.</p> <p>La Administración Pública se clasifica en Administración nacional, regional y local.</p> <p>La administración pública tiene funciones legislativa, ejecutiva o administradora y judicial</p>
--	--	--	---

**MATRIZ DE REGISTRO DE DATOS POR VARIABLE**

**Cuadro N° 02  
RESPONSABILIDAD CIVIL**

<b>Variable/Indicador</b>	<b>Contractual</b>	<b>Extracontractual</b>
Responsabilidad Civil	Es aquella que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un acto jurídico válido preexistente, celebrado entre el causante del daño y el que lo padece. La obligación es anterior al daño	Denominada también responsabilidad aquiliana surge, no del incumplimiento de una obligación preexistente que no hay, sino del mero hecho de haber causado el daño. La relación jurídica obligatoria nace recién con el daño causado



**MATRIZ DE REGISTRO DE DATOS POR VARIABLE  
Cuadro N° 03  
RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

<b>Variable/Indicador</b>	<b>Interna</b>	<b>Externa</b>
Responsabilidad Civil de los Funcionarios y Servidores Públicos	Es aquella que el funcionario o servidor público asume al interior de la entidad y frente al Estado directamente	Es aquella que asume el funcionario o servidores público frente a los administrados o particulares e indirectamente frente al Estado

**MATRIZ DE REGISTRO DE DATOS POR VARIABLE**

**Cuadro Nº 04**

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS  
FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL PERÚ**

Variable/Indicador	Administración Pública	Funcionarios y Servidores Públicos
<p>Responsabilidad Civil del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos en el Perú</p>	<p>Se regula por la Ley del Procedimiento Administrativo General y supletoriamente por el Código Civil</p> <p>Es de carácter extracontractual y directa frente al tercero.</p> <p>No se establecen los casos genéricos en los cuales el Estado debe asumir responsabilidad civil.</p>	<p>Se regula por la Ley Sistema Nacional de Control, cuando la responsabilidad es directa del funcionario o empleado público frente al Estado, es de carácter contractual.</p> <p>Se regula por la Ley del Procedimiento Administrativo General y supletoriamente por el Código Civil, cuando se trata de responsabilidad del funcionario o empleado público frente a tercero, en este caso el Estado asume directamente el pago derivado de la responsabilidad civil.</p> <p>Es facultativo que el Estado pueda repetir contra el funcionario o servidor público, por los daños y perjuicios ocasionados por dolo en el ejercicio de la función pública, regulación legal que resulta sumamente benigna respecto a la responsabilidad civil que asume el Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional quien asume responsabilidad directa.</p> <p>No se establecen los casos genéricos de responsabilidad que asumen los funcionarios y servidores públicos.</p> <p>No existe norma legal que regule la responsabilidad civil por acto legislativo.</p> <p>Existe una inadecuada redacción del artículo 509 y siguientes del Código Procesal Civil respecto a la responsabilidad civil de los jueces, al extremo que los mismos asumen esta responsabilidad por su criterio interpretativo.</p>

**CUADRO DE LA MATRIZ  
Nº 01**

**FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

Variable/indicador	Definición y Diferenciación entre Funcionario y Empleado Público	Contrato de Empleo Público y Contrato Administrativo de Servicios	Función y Administración Pública
Funcionarios y Empleados Públicos	<p>El funcionario público es aquél que concurre a constituir y a “expresar” o “ejecutar” la voluntad del Estado de manera que trasciende los límites internos de la dependencia en la que labora.</p> <p>El empleado público es aquel cuya actividad no origina situaciones jurídicas con los particulares y presta un servicio de carácter profesional, permanente, remunerado y exclusivo.</p>	<p>El Contrato de Trabajo público es aquél que celebra el Estado con el personal a su servicio, ya sea en calidad de funcionario o servidor público, para la realización de funciones de la administración pública.</p> <p>Su naturaleza jurídica es que ésta relación entre el agente público y el Estado es de carácter contractual.</p> <p>Los Funcionarios y Servidores Públicos, asumen obligaciones frente al Estado</p> <p>Los funcionarios y empleados públicos, en el ejercicio del cargo asumen responsabilidad civil.</p> <p>El Contrato Administrativo de Servicios, es aquel que celebra el Estado con el personal a su servicio bajo un régimen jurídico especial,</p>	<p>La función pública es la práctica concreta del poder político por parte de los servidores de la administración pública, la que debe efectuarse con estricta observancia de las normas legales y administrativas y sobre todo cumpliendo el Código de Ética de la función pública.</p> <p>La función pública incluye el dictado de normas jurídicas y la ejecución de una diversidad de actos</p> <p>La administración pública: “Es el conjunto de entidades públicas que ejecutan las políticas de Estado dentro del marco legal establecido, con la finalidad de brindar servicios y acciones en beneficio de la colectividad”.</p> <p>La Administración Pública se clasifica en nacional, regional y local, y tiene funciones legislativa, ejecutiva y judicial</p>

**CUADRO DE LA MATRIZ**

**Nº 02**

**RESPONSABILIDAD CIVIL**

<b>Indicadores</b> <b>VARIABLES</b>	<b>Contractual</b>	<b>Extracontractual</b>
Responsabilidad Civil	Emerge de un acto jurídico, en la cual se ha pactado una obligación la cual es incumplida.	Nace del hecho de haberse causado un daño, el mismo que da lugar al nacimiento de una relación jurídica obligatoria.

**CUADRO DE LA MATRIZ  
Nº 03**

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS**

<b>Indicadores</b> <b>VARIABLES</b>	<b>Interna</b>	<b>Externa</b>
Responsabilidad Civil de Funcionarios y Empleados Públicos	Se origina por el incumplimiento de las normas legales y administrativas, ocasionando un perjuicio al Estado.	Nace del incumplimiento de las normas legales y administrativas, ocasionando un perjuicio a un tercero e indirectamente al Estado.

**CUADRO DE LA MATRIZ**

**Nº 04**  
**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS  
FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL PERÚ**

Variable/Indicador	Administración Pública	Funcionarios y Empleados Públicos
<p>Responsabilidad Civil del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos en el Perú</p>	<p>Se encuentra en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y supletoriamente por el Código Civil. Es extracontractual y directa frente al tercero.</p>	<p>Se regula por la Ley Sistema Nacional de Control, cuando la responsabilidad es directa del funcionario o servidor público frente al Estado</p> <p>Se regula por la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y supletoriamente por el Código Civil, cuando se trata de responsabilidad del funcionario o empleado público frente a tercero, en este caso el Estado asume directamente el pago derivado de la responsabilidad civil.</p> <p>Existe un inadecuado tratamiento de la responsabilidad civil de los jueces</p> <p>No existe norma legal que regule la responsabilidad civil por acto legislativo.</p>