

ano 25 – n. 99 | janeiro/março – 2025
Belo Horizonte | p. 1-322 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i99
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Jurua em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Érico Barboza

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Jurua Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Comparado: el caso de Francia, España y Argentina

*The legal regime of the patrimonial
responsibility of the Public
Administration in Comparative Law: the
case of France, Spain and Argentina*

Erick Gregory Cuba Meneses¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)
Université Paris-Panthéon-Assas (Paris, Francia)
ecubam@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2730-2490>

Recibido/Received: 3.9.2024/September 3rd, 2024.

Aprobado/Approved: 10.12.2024/December 10th, 2024.

¹ Como citar este artículo/How to cite this article: MENESES, Erick Gregory Cuba. El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Comparado: el caso de Francia, España y Argentina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 85-116, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1999.

Profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Doctorando en Derecho Administrativo Comparado por la Université Paris-Panthéon-Assas (Paris, Francia). Asociado Senior del área de Derecho Administrativo y Regulatorio en Rubio Leguia Normand Abogados. Profesor Investigador del área de Derecho Administrativo y Regulatorio de la carrera de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Profesor Ordinario en pre y post grado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER, miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo – APDA y de la Association française pour la recherche en Droit Administratif – AFDA.

Resumen: El presente artículo analiza la forma en la cual se encuentra configurado el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con relación a tres países con una importante tradición jurídico-administrativa en cuanto al control de los patrimoniales ocasionados por la Administración: Francia, España y Argentina. Asimismo, se contrasta la consolidación de estos distintos regímenes con la notoria falta de un régimen verdaderamente efectivo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú.

Palabras clave: Responsabilidad. Daños. Administración. Derecho Administrativo. Derecho Comparado.

Abstract: This article analyzes the way in which the legal regime of the patrimonial responsibility of the Public Administration is configured, in relation to three countries with an important legal-administrative tradition in terms of the control of the patrimonial responsibility caused by the Administration: France, Spain and Argentina. Likewise, the consolidation of these different regimes is contrasted with the notorious lack of a truly effective regime of patrimonial liability of the Public Administration in Peru.

Keywords: Responsibility. Damage. Administration. Administrative Law; Comparative Law.

Sumario: 1 Introducción – 2 El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Francia – 3 El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en España – 4 El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Argentina – 5 A modo de conclusión: el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú – Referencias

1 Introducción

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es un aspecto crucial del Derecho Administrativo moderno, pues por medio de dicha institución se regula cómo se deben reparar los daños que la Administración puede causar a los particulares en el ejercicio de sus funciones. En diversas jurisdicciones, los regímenes de responsabilidad patrimonial varían en términos de sus principios, requisitos y mecanismos de reclamación, reflejando distintas tradiciones jurídicas y enfoques sobre la protección de los derechos de los ciudadanos, siendo unos regímenes más acertados que otros.

Este artículo es el primero de una serie de trabajos destinados a un estudio pormenorizado del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial en el Perú, siendo esta primera parte, una sucinta exposición de los aspectos fundamentales de los regímenes francés, español y argentino, a efectos de mostrar su notorio contraste en cuanto a desarrollo y consolidación frente al régimen peruano.

2 El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Francia

El régimen de responsabilidad francés tiene un origen pretoriano, puesto que su nacimiento y evolución ha transitado de manos del Consejo de Estado. Se

trata, pues, de un régimen eminentemente jurisprudencial² y altamente flexible y adaptable al cambio.³

2.1 Etapas de la evolución del sistema de responsabilidad francés

Según lo expone la doctrina especializada, la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial francés puede dividirse en tres periodos:⁴

2.1.1 El periodo de la Administración Pública inmune a la responsabilidad

Al inicio de la instauración del Nuevo Régimen, la Constitución de Frimario del Año VIII instauró la llamada “garantía del funcionario”, la cual establecía que “los funcionarios del gobierno –distintos a los ministros–, no podían ser enjuiciados por acciones relacionados con sus funciones, sin antes obtenerse una previa autorización del Consejo de Estado. Tal disposición estuvo vigente hasta su definitiva derogación en 1870”.⁵

De hecho, el Consejo de Estado no reconocía indemnizaciones a cargo de los ministros de Estado, y los casos de responsabilidad no podían ser enjuiciados ante los jueces ordinarios. Esta medida obedece a la interpretación revolucionaria del Principio de Separación de Poderes: La interpretación francesa del principio de separación y balance de poderes, en el sentido de una completa y absoluta separación,⁶ pronostica ya, desde los primeros pasos del sistema, las características del régimen de responsabilidad patrimonial francés como uno que procura su autonomía tanto en el aspecto sustantivo, como procesal. Esto último resulta de gran relevancia porque determina las herramientas que el

² ORTEGA, Luis. La responsabilidad civil de la Administración Pública. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 32, p. 17-22, 1995.

VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105. p. 83.

³ VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105. p. 103.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 267.

⁵ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirenses de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 34.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2011.

Consejo de Estado creará para extraer de la competencia de los jueces ordinarios el conocimiento de las causas contra la Administración.⁷

Así, al no poder enjuiciar civilmente a la Administración Pública, y al requerir una autorización previa del Consejo de Estado, los administrados no podían satisfacer sus pretensiones indemnizatorias en contra de las administraciones públicas. Esta situación se vio envuelta en un contexto de deshumanización y crueldad del derecho público heredado del Antiguo Régimen que no fue superado inmediatamente por la Revolución Francesa.⁸

2.1.2 El Periodo de aplicación del Derecho Civil y de la falta del Funcionario

El profesor Cassagne⁹ explica esta etapa en los siguientes términos:

A comienzos del siglo XIX podía vislumbrarse que el principio jurídico de la irresponsabilidad del Estado no iba a subsistir mucho tiempo más. Por una parte, siguiendo la clasificación montada por la teoría del Fisco, se seguía admitiendo, aunque conforme a las reglas del Código Civil, la responsabilidad del Estado por los llamados actos de gestión considerados de naturaleza civil. Por otro lado, los particulares que resultaban víctimas de los daños causados por la Administración dejaron de aceptar ese dogma, demandando una reparación pecuniaria, primero ante la autoridad administrativa y luego, frente a la denegatoria de ésta, ante los tribunales judiciales, invocando las prescripciones de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés. En tales casos, se argumentaba que los textos civiles tenían un alcance general.

En esta etapa, los casos de responsabilidad eran resueltos en base a las normas civiles de responsabilidad. Para ello, era necesario determinar previamente si los actos dañosos eran calificados como actos de gestión o actos de gobierno, a fin de determinar si el Consejo de Estado podía o no asumir competencia. Sólo en caso de determinarse que el Estado había provocado daños como consecuencia de un acto de gestión, era posible imputar responsabilidad, la cual se analizaría bajo las reglas del derecho civil.

⁷ CUBA MENESES, Erick. Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, n. 145, p. 29-41, ene./feb. 2023, p. 29.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 265-266.

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 267.

Ahora bien, la culminación de esta segunda etapa iniciaría con la derogación de la garantía del funcionario por Decreto-ley del 19 de setiembre de 1870 “como consecuencia de la impopularidad por parte de la opinión democrática y liberal”.¹⁰

2.1.3 La instauración de la responsabilidad patrimonial

Esta tercera y última etapa de la responsabilidad está marcada por la creación de un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración a partir de los pronunciamientos del Consejo de Estado que coincide con el proceso de autonomización del Derecho Administrativo.

Además de crear formalmente el Tribunal de Conflictos, la ley del 24 de marzo de 1872 reconoció al Consejo de Estado su rol de juez; juez de las controversias con la Administración Pública. De tal forma que, en Francia, se instauró un ente jurisdiccional con competencia exclusiva para conocer y resolver las controversias entre los ciudadanos y las entidades públicas. A partir de ello, el Consejo de Estado inició el camino que llevó a la creación de un sistema de Derecho Administrativo con normas especiales de responsabilidad para los daños provocados por los entes públicos.¹¹

De hecho, la labor del Consejo de Estado se vio complementada por la del Tribunal de Conflictos. Ambos órganos determinarían, por un lado, los límites y contenido del sistema de Derecho Administrativo francés y, por otro, los límites de la jurisdicción administrativa respecto de la jurisdicción ordinaria a partir de la categoría del servicio público.¹² Pese a ello, vale la pena mencionar que la idea de que el criterio del fallo Blanco fue significativo en el desarrollo del Derecho Administrativo francés es puesta en duda por quienes sostienen que el criterio del Estado-deudor bien hubiera podido servir para justificar la delimitación sistemática y de competencias que esta sentencia plantea, entre ellos, Araujo-Juárez.¹³

En efecto, al decir de este autor “[e]l fallo Blanco destaca por condensar y consolidar posiciones que tímidamente se acomodaban en la jurisprudencia

¹⁰ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirenses de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 40.

¹¹ CUBA MENESES, Erick. Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, n. 145, p. 29-41, ene./feb. 2023. p. 30.

¹² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. La responsabilidad administrativa del Estado francés. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad del Estado*. Colección de Derecho Administrativo comparado. Vol. II. Bogotá: Temis, 2021. p. 153-176. p. 160.

¹³ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirenses de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 28.

previa (sobre todo en el fallo “*Rotschlid*”) por lo que, contra todo pronóstico, se limita a condensar criterios que ya venían siendo aplicados en la jurisprudencia y reconocidos en la doctrina francesa”.¹⁴ Con todo, no se debe dejar de lado las voces que afirman que la decisión del fallo *Blanco* se adoptó en el sentido de limitar la responsabilidad del Estado, extrayéndola del derecho civil.¹⁵

Siendo que el servicio público se constituyó en centro a partir del cual el Derecho Administrativo trazó sus límites, la “falta de servicio” o “*faute de service*” determinó, a su vez, los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de la responsabilidad civil y la responsabilidad funcional.¹⁶ Esto último por su contraposición con la “falta personal” o “*faute personnelle*”; distinción que se afirmó el fallo “*Pelletier*” del Tribunal de Conflictos.¹⁷

Por su parte, la falta de servicio se fundamenta en el igual derecho de los ciudadanos al “funcionamiento normal y eficaz de la Administración pública (principio de buena Administración)” y al Principio de Igualdad ante las cargas públicas.¹⁸ Con lo cual, se trata de un sistema que comprende todo tipo de ilegalidad y que se construye en torno a la antijuridicidad de la actividad administrativa.

Con el tiempo, el fundamento de la obligación de indemnizar no es tanto la falta de la administración, sino “el derecho fundamental de las personas a la integridad o al restablecimiento de la integralidad patrimonial, y sobre los que se asienta hoy día las categorías de la responsabilidad pública y de la expropiación forzosa” en Francia.¹⁹

A saber, la forma en que funciona el criterio de la falta de servicio consiste en que “sólo si el hecho dañoso es impersonal, si es manifestación de un administrador, mandatario del Estado más o menos sujeto a error, el acto es administrativo y no puede ser llevado al conocimiento de los tribunales ordinarios”.²⁰ En cambio, “si la personalidad del funcionario se revela con sus debilidades, sus pasiones, sus

¹⁴ CUBA MENESES, Erick. ¿Por qué no funciona el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual en el Perú? En: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; MORÓN URBINA, Juan (Coord.). *Estudios sobre Derecho Administrativo*. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Vol. I. Lima: Derecho & Sociedad, 2021. p. 743-775. p. 753.

¹⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989. p. 18.

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 286.

¹⁷ UHLER, Armin. *Review of Administrative Acts: A Comparative Study of the Doctrine of the Separation of Powers and Judicial review in France and the United States*. Chicago: Callaghan & Company, 1942. pp. 111-113.

¹⁸ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirensis de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 40.

¹⁹ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirensis de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 40.

²⁰ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirensis de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 39.

imprudencias mediante faltas de Derecho común, entonces la falta es imputable al funcionario y responde con su propio patrimonio [...] (doctrina de las pasiones personales)".²¹

Aunque la distinción, en abstracto, puede ser –más o menos- clara, la realidad de las distinciones conceptuales, el uso de conceptos mutuamente excluyentes en el derecho no viene sin problemas prácticos,²² pues clasificar un caso dentro del ámbito de la falta de servicio o de la falta personal fue una tarea tan retadora para jueces y juristas que se verificó con el paso del tiempo una absorción de la segunda dentro de la primera; una tendencia que perseguía un fin menos jurídico que político: reforzar la garantía patrimonial de los ciudadanos.²³ Así, la contingencia de clasificar erróneamente un supuesto como falta de servicio era mitigada con la facultad de la Administración Pública de repetir luego contra el funcionario.²⁴

2.2 Jurisprudencia relevante del Tribunal de Conflictos para la determinación del ámbito de la falta de servicio y la responsabilidad patrimonial de la Administración

Para aclarar el panorama, propongo revisar algunos de los casos más importantes sobre responsabilidad patrimonial en Francia.

2.2.1 El Fallo “*Pelletier*” de 1873

Ante el secuestro judicial de un lote de periódicos dispuesto por las autoridades del municipio durante un estado de sitio, el señor Pelletier interpuso una demanda de daños y perjuicios ante los tribunales ordinarios, pretendiendo la devolución de los bienes secuestrados y el pago de una indemnización. Como era de esperarse, el caso llegó a instancias del Tribunal de Conflictos, que se vio en la tarea de determinar la jurisdicción competente para juzgar el caso.

Para este momento, la garantía del funcionario se encontraba derogada, lo cual implicaba que no se requería de una autorización previa del Consejo de Estado

²¹ ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirensis de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014. p. 39.

²² UHLER, Armin. *Review of Administrative Acts: A Comparative Study of the Doctrine of the Separation of Powers and Judicial review in France and the United States*. Chicago: Callaghan & Company, 1942. p. 113.

²³ VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105.

²⁴ VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105.

para demandar a autoridades administrativas. Sin embargo, la imposición del secuestro del lote de periódicos fue impuesta en ejercicio de la función pública, por lo que constituye una medida de policía y debe ser juzgada por la jurisdicción administrativa.

En este escenario, fue sencillo para el Tribunal de Conflictos determinar si el caso debía ser juzgado en la jurisdicción ordinaria o administrativa, pero sirvió para establecer que, mientras la garantía del funcionario había sido derogada, con lo cual, no se requería una autorización previa para conocer la controversia contra autoridades de la Administración Pública, la protección contra la injerencia de la justicia ordinaria en las decisiones administrativas persistía. Por lo tanto, la pretensión del señor Pelletier debía ser tramitada ante la jurisdicción administrativa.

2.2.2 El Fallo “*Laumonnier-Carriol*” de 1877

El mérito de este pronunciamiento el Tribunal de Conflictos profundizó en la definición de la falta personal al definirla como aquella que “revela al hombre con sus debilidades y sus imprudencias”, al decir del profesor Jean-Claude Ricci.²⁵

De esta forma, la falta de servicio se revela como una categoría subjetiva, en tanto enfatiza en el análisis la intención del agente, lo que pasa por su cabeza en el momento de la producción del daño. La culpa personal sería así la culpa dolosa. A esta primera concepción subjetiva se opone la de falta personal considerada objetivamente. La falta personal sería tanto falta grave como falta ajena a la finalidad de la función ejercida, independientemente de la gravedad intrínseca de esta falta en este segundo caso. La jurisprudencia no ha tomado partido ni por una ni por otra tesis. Parece sobre todo preocupada por valorar cada caso concretamente fuera de todo espíritu sistémico para determinar si la culpa, causa del daño, puede o no desvincularse del servicio público. Sin embargo, es posible identificar algunas tendencias.²⁶

De otro lado, según Maurin²⁷ en este fallo, se determinó que la falta de servicio se distingue por ser impersonal; una falta cometida por un funcionario o servidor sujeto a error que provoca daños como resultado de la prestación del servicio público, a tal punto que resulta impráctico disociar la acción del individuo respecto de la prestación del servicio –o del ejercicio de poderes públicos. Más aún, la falta de servicio llega a ser anónima, imputable a la mala organización del servicio, según

²⁵ RICCI, Jean-Claude. *Droit administratif général*. 5.ed. Paris: Hachette Livre, 2013. p. 92.

²⁶ RICCI, Jean-Claude. *Droit administratif général*. 5.ed. Paris: Hachette Livre, 2013. p. 92.

²⁷ MAURIN, André. *Droit administratif*. 11.ed. Paris: Sirey, 2018. p. 141.

comparte Gonod.²⁸ Así, este autor ofrece como ejemplos de falta de servicio el extravío de archivos o expedientes, la negligencia de médicos en hospitales públicos, falta o demora en el funcionamiento del servicio.²⁹

A mayor ahondamiento, este fallo ha permitido identificar que la forma de clasificar supuestos de responsabilidad es el criterio de la separabilidad.³⁰ Por un lado, la falta personal es aquella cuyo hecho lesivo es separable del funcionamiento de la Administración y del servicio público, mientras que la falta de servicio no puede serlo. Cuando no es posible establecer claramente la separación, se acude a evaluar la intencionalidad maliciosa, hostil o fraudulenta del agente y la gravedad del hecho, es decir, se considerará falta personal aquella falta que supere la media de las faltas que es posible esperar de la mala organización o el funcionamiento del servicio, se considerará falta de servicio.³¹

2.3 La falta de servicio

En este punto, se está en mejor posición para profundizar en la “falta de servicio” como factor de atribución objetivo de responsabilidad, más relacionado al quebrantamiento de un estándar normativo establecido para el funcionamiento del servicio público o el ejercicio de facultades, competencias y potestades públicas que a la verificación de una conducta, intención o voluntad reprochable.

2.3.1 El Alcance de la Falta de Servicio

El alcance de la falta de servicio como factor de atribución abarca más allá de “supuestos en que el daño pueda ser conducido causalmente a la acción u omisión de un funcionario, servidor o empleado”, puesto que comprende “supuestos en que es imposible individualizar a un dañante (...) y se construyen estándares objetivos para su configuración”.³²

La falta de servicio verifica con el incumplimiento se un deber que el sistema jurídico impone a la Administración Pública y que gobierna la prestación del servicio

²⁸ GONOD, Pascale. *Droit administratif général*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2022. p. 184.

²⁹ GONOD, Pascale. *Droit administratif général*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2022. p. 184.

³⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. La responsabilidad administrativa del Estado francés. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad del Estado*. Colección de Derecho Administrativo comparado. Vol. II. Bogotá: Temis, 2021. p. 153-176. p. 160.

³¹ MAURIN, André. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 2018. p. 141.

³² CUBA MENESES, Erick. Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, n. 145, p. 29-41, ene./feb. 2023. p. 34.

público, o el ejercicio de facultades, competencias y potestades públicas. Sobre el particular, el catedrático Luis Ortega³³ comparte esta perspectiva de la falta de servicio.

En este punto, se puede pensar en los escenarios de la responsabilidad patrimonial por actividad lícita de la Administración, en los que no existe, en principio, un quebrantamiento de deberes de la Administración o de una norma legal específica. En estos casos, es usual la imputación de responsabilidad por la contravención a un principio jurídico que impone a la Administración un deber especial, por ejemplo, véase los casos de imputación de responsabilidad por la ruptura en la igualdad ante las cargas públicas, o por el riesgo creado por la actividad administrativa. En otros casos, la argumentación se articula en base a un sentimiento generalizado de injusticia respecto al escenario en que la víctima de los daños provocados por una actuación lícita y adecuada a derecho quede desprovista de la indemnización a que tiene –o debiera tener– derecho.

En ocasiones, el legislador incorpora supuestos en los que, pese a la existente posibilidad de imputar responsabilidad al funcionario, se prefiere que la Administración sea quien cargue con la indemnización de los daños. Incluso, en la práctica judicial, “la falta de servicio no exige que se individualice a un autor, lo cual ha repercutido en que no se emplee ningún esfuerzo por distinguir entre responsabilidad directa e indirecta”.³⁴

Ello se ve con cierta frecuencia en el régimen de responsabilidad patrimonial francés cuando incorpora presunciones de responsabilidad en el caso de servicios médicos, como lo advierte Valdivia.³⁵

Ahora bien, como se verá más adelante, esta característica de la falta de servicio acerca al régimen de responsabilidad patrimonial francés al español, dado que se asemeja a la forma de aplicación del factor de atribución de este último, el funcionamiento normal o anormal de la Administración. Así, la característica común de estos regímenes es que dispensan de la identificación del funcionario para imputar responsabilidad a la Administración Pública.

³³ ORTEGA, Luis. La responsabilidad civil de la Administración Pública. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 32, p. 17-22, 1995.

³⁴ CUBA MENESES, Erick. Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, n. 145, p. 29-41, ene./feb. 2023. p. 34.

³⁵ VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105. p. 70.

2.3.2 La falta de servicio como factor de atribución objetivo y su relación con la culpa objetiva

Teniendo claro que la falta de servicio es un factor de atribución objetivo, conviene dilucidar en qué medida se encuentra relacionada con la culpa objetiva creada por el Derecho Civil, puesto que, como ya lo afirma Mir,³⁶ “[l]a faute de service es entendida como una culpa objetiva, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, representa la desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado”.

El profesor Juan Espinoza expone que la culpa objetiva es aquella que se verifica “por violación de las leyes. La culpa es in re ipsa, vale decir, el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si el agente no lo cumple, este es responsable”.³⁷ De esta forma, se dispensa del análisis, la observación de las “características personales del agente”.³⁸ De hecho, esta concepción fue acogida por la legislación francesa a raíz de modificaciones incorporadas al Código de Napoleón mediante la ley del 3 de enero de 1968.³⁹

Entonces, al implicar la dispensa de la observación de las condiciones personales del funcionario, la falta de servicio se asemeja a la culpa objetiva. Pese a ello, se debe cuidar de establecer una suerte de continuidad o identificación entre ambos conceptos, o de postular que la falta de servicio resulta de la expresión de la culpa objetiva en el Derecho Administrativo.⁴⁰ No se debe olvidar, pues, que la falta de servicio tiene su origen en el siglo XVIII durante la formación del Derecho Administrativo francés.

2.4 Perspectivas en torno al sistema de responsabilidad patrimonial francés

En ese sentido, la construcción de un régimen de responsabilidad con base en la falta de servicio permite dejar de lado a la culpa del derecho común. Sin

³⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2012. p. 153.

³⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Lima: Instituto Pacífico, 2019. p. 279.

³⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Lima: Instituto Pacífico, 2019. p. 279.

³⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Responsabilidad Subjetiva. En: MURO ROJAS, Manuel; TORRES CARRASCO, Manuel. (Coord.) *El Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020. p. 11-54. p. 26.

⁴⁰ CUBA MENESES, Erick. Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, n. 145, p. 29-41, ene./feb. 2023. p. 34.

embargo, ello no implicó que se acudiera a esta categoría originalmente civil para analizar los presupuestos de la responsabilidad del Estado, aunque su uso se restringirá a limitar la intromisión de los jueces civiles en la actividad administrativa.

Entonces, el sistema de responsabilidad francés mantiene, al menos en su origen, un estándar subjetivo de responsabilidad, puesto que no dispensa del análisis de la ilicitud de la actividad administrativa para imputar la obligación de indemnizar. Sin embargo, ya Valdivia⁴¹ advertía que “[l]a tendencia actual se orienta hacia la desaparición de la culpa grave, al mismo tiempo que a la objetivación de la responsabilidad” como una reacción a la injusticia que representaría negar la indemnización en casos que, aunque no se configure ninguna falta de servicio, se generen daños a los administrados como consecuencia de la actividad de la Administración Pública.

La situación de la víctima frente al Estado, el carácter riesgoso de los mecanismos, procedimientos o situaciones a que ésta se ve sometida, la necesidad evitar un juicio de valor frente a actos reputados legítimos son, entre otros, los factores que la jurisprudencia toma en cuenta al momento de definir un régimen especial de responsabilidad basado en la pura casualidad. [...] La nota común a estos casos parece encontrarse en la presencia de un perjuicio anormal.⁴²

Así, es posible concluir que la absorción de la clasificación de algunos casos de “zonas grises” dentro de la falta de servicio, primero, y la objetivación de la responsabilidad patrimonial, después, revelan una tendencia a ofrecer la mayor protección posible a las víctimas de la actividad de la Administración Pública.

De hecho, el desarrollo más reciente de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Francia se ha visto marcado por la progresiva trivialización de la culpa grave y la inclusión de presunciones de falta de servicio; ambos esfuerzos provenientes de la jurisprudencia y luego positivizados en leyes. Ello, se ha visto especialmente en materia de servicios médicos.

⁴¹ VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105. p. 70.

⁴² VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105. p. 70.

3 El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en España

3.1 La evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en España

En el caso español, el origen de una regulación general y de nivel estatal se produjo con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF), promovida por el profesor Eduardo García de Enterría.⁴³

No obstante, es preciso destacar que esta no fue la primera regulación de la institución de la responsabilidad en España. De hecho, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 dispensaba una regulación sobre “daños y perjuicios” en contra del Estado. Pese a ello, Garrido-Falla⁴⁴ descarta que esta regulación permitiera actuar contra el Estado a consecuencia de actos administrativos, sino frente a actuaciones materiales de la Administración [...] [incluyendo] las producidas con motivo de obras públicas realizadas por el Estado o Corporaciones públicas, daños en propiedades particulares por ocupaciones circunstanciales, maniobras militares..., hasta sacrificio de animales a causa de epizootias (hipótesis indudablemente expropiatoria).⁴⁵

Asimismo, con anterioridad de la LEF, se había promulgado la Ley del régimen local en 1950, la cual contemplaba la responsabilidad extracontractual de las entidades locales, pero ello no se extendía a las entidades de otros niveles de gobierno.⁴⁶ Por lo cual, la LEF tuvo el mérito de elevar la institución de la responsabilidad patrimonial al nivel estatal y de ampliar los límites de esta institución, construyendo el régimen de responsabilidad que perdura, al menos “en sus aspectos sustanciales”, en la actualidad.⁴⁷

La motivación que reposa detrás del hecho de que se reconociera la responsabilidad patrimonial de la Administración en normas legales se remonta a 1950 con la experiencia de la destrucción de una parte importante de la ciudad de Cádiz por la explosión de un polvorín de la Marina, sin duda con culpa

⁴³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. p. 9-11.

⁴⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989. p. 27.

⁴⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989. p. 27.

⁴⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. p. 10.

⁴⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. p. 12.

del servicio (puesto que los polvorines no suelen explotar por sí solos si se cuidan convenientemente). El dictamen del Pleno del Consejo tuvo que negar la indemnización reclamada por las víctimas ante lo categórico del artículo 1903 del Código Civil y de su jurisprudencia aplicativa. Pero el dictamen propuso resueltamente una modificación de este régimen. Un grupo de miembros del Consejo (Consejero Permanente y unos cuantos Letrados) tuvimos la ocasión casi milagrosa de recoger nosotros mismos esa invitación. Fue un tanto forzada la ocasión, sin duda alguna.⁴⁸

De esta manera, según relata Mir,⁴⁹ antes de la emisión de la ley de alcance local en 1950, las únicas reglas que hubiera podido aplicarse a los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración eran las del Código Civil español de 1889. Pese a ello, como comentó García de Enterría, la aplicación jurisprudencial de estas reglas de responsabilidad impedía que fueran aplicadas por analogía a la responsabilidad de las administraciones públicas.

Al respecto, Cordero⁵⁰ ofrece un breve recuento de los antecedentes de la normativa local de 1950. Según relata este autor, a mediados del siglo XIX, la normativa reconocía “supuestos especiales de responsabilidad administrativa, esta se recoge ya expresamente en la Constitución de 1931 y en la legislación municipal de 1935” hasta llegar a la Ley del régimen local de 1950.

Según Martín Rebollo,⁵¹ esta normativa de alcance local propuso una solución a este problema, estableciendo un régimen de responsabilidad para las actuaciones de las administraciones locales en el marco del Derecho Privado y otro para aquellas enmarcadas en el Derecho Público. En el primer caso, la ley dirigía a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil vigente;⁵² mientras que, en el segundo, es decir, cuando se actuaba en ejercicio de atribuciones públicas, era de aplicación las reglas dispuestas por el artículo 405 de la Ley, el cual “establecía, a su vez, una diferenciación según que el daño hubiera sido causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos, o que no existiera tal culpa”. Así, si el daño resultaba de culpa o negligencia imputables personalmente, la administración pública respondía

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, p. 251-268, sep./dic. 2001. p. 256.

⁴⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. p. 10.

⁵⁰ CORDERO, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Santiago: Libromar, 2023. p. 966.

⁵¹ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 331.

⁵² MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 332.

subsidiariamente, siempre que previamente se contara con una “declaración judicial de la infracción legal cometida y con posibilidad de acción de regreso contra el funcionario por parte de la Corporación”.⁵³ En cambio, cuando no existía culpa o negligencia del funcionario, la administración respondía directamente, siempre y cuando se demostrase que el daño era efectivo, material e individualizado.⁵⁴

Por su parte, en el orden procesal, la jurisdicción competente para conocer sobre los casos de responsabilidad de las administraciones públicas se determinaba según la naturaleza de los derechos lesionados. Si se producía una lesión a derechos administrativos, el juez competente era el contencioso-administrativo, mientras que, si los derechos lesionados eran civiles, el caso se tramitaba ante el juez civil.⁵⁵

Ahora bien, con la entrada en vigor de la LEF en 1954, se elevó la responsabilidad patrimonial al nivel estatal, se dejó de lado la previsión de subsidiariedad de la responsabilidad de la Administración Pública y se estableció un sistema que amplió progresivamente su alcance bajo la pretensión de proteger y tutelar los derechos patrimoniales de los administrados.

En este contexto, el reglamento de la LEF, a pesar de ser una norma de menor jerarquía, se dice que amplió el espectro de derechos que la ley contemplaba como objeto de las pretensiones de indemnización.⁵⁶ Esto se consiguió al disponer que las lesiones indemnizables podían dirigirse a bienes y derechos, y no solamente a los bienes susceptibles de expropiación. Con ello, se buscó “evitar –no obstante, el distinto rango de la Ley y el Reglamento– una interpretación que impidiera la indemnización por pérdida de la vida, daños a la integridad física y otros perjuicios personales y morales”⁵⁷ (MARTÍN, 1999, p. 336).

Todo ello se trasladó luego a la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 que luego pasaría a ser una ley de desarrollo constitucional en 1978, con la entronización de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el artículo 106.2 de la Constitución de ese año. Así, la emisión de esta ley

⁵³ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 332.

⁵⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 332.

⁵⁵ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 333.

⁵⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 336.

⁵⁷ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 336.

implicó que la responsabilidad patrimonial formara parte de las reglas básicas, comunes y generales de la actividad administrativa en España.

Posteriormente, con la promulgación de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 (LRJPAC), se agregaría al régimen legal una novedad importante: las lesiones indemnizables se definen según el administrado tenga o no el deber jurídico de soportar el daño provocado por la actividad administrativa (independientemente de que esta fuera lícita o ilícita). Esto solo implicó la incorporación de este elemento al marco legal por cuanto ya García de Enterría había propuesto esta definición a nivel doctrinario con anterioridad.⁵⁸

Ahora bien, un paso importante en la evolución del sistema lo constituyen las medidas adoptadas a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial para limitar los supuestos de responsabilidad. Por ejemplo, en 1999, se modificó la LRJPAC para incorporar un supuesto de exoneración de responsabilidad cuando las lesiones al administrado se deriven “de hechos imprevisibles de acuerdo con el estado de conocimientos de la ciencia, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales”.⁵⁹

En opinión de Mir,⁶⁰ la incorporación de esta causal de exoneración no implicó la disminución del carácter objetivo y global del régimen de responsabilidad patrimonial español, toda vez que se dirigía a la constatación de hechos externos, objetivos, sin la necesidad de evaluar la conducta, negligencia o culpa de la Administración.

Para 1998, se había reinstaurado la unidad de jurisdicción. Con lo cual, ya sea que la Administración Pública actuase en el marco del Derecho Privado, los casos de responsabilidad se tramitarían siempre ante el juez contencioso-administrativo.

Este es el régimen que ha llegado a la actualidad con las Leyes 39/2015 y 40/2015, mencionadas en este estudio anteriormente. Ambas leyes desarrollan el derecho constitucional de todo administrado a obtener la indemnización de los daños provocados por la actuación lesiva de la Administración Pública a través de un procedimiento administrativo tramitado ante la entidad autora del daño.

⁵⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. p. 19.

⁵⁹ CUBA MENESES, Erick. ¿Por qué no funciona el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual en el Perú? En: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; MORÓN URBINA, Juan (Coord.). *Estudios sobre Derecho Administrativo*. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Vol. I. Lima: Derecho & Sociedad, 2021. p. 743-775. p. 749.

⁶⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. p. 21-24.

3.2 El funcionamiento normal o anormal del servicio público como factor de atribución y la responsabilidad objetiva de la Administración Pública

El factor de atribución de responsabilidad en el régimen español de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es el “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, tal como lo dispone el inciso 1 del artículo 32 de la Ley 40/2015. Pero ¿qué debe entenderse por funcionamiento del servicio público y qué implica esta categoría con respecto al carácter objetivo del régimen de responsabilidad? Revisemos algunas de las principales teorizaciones sobre el funcionamiento normal o anormal del servicio público.

Para el profesor Garrido Falla,⁶¹ comentando el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, parte de la premisa de que la teoría de la indemnización y la responsabilidad patrimonial de la Administración son dos instituciones distintas. En este contexto, que el referido dispositivo consagrarse al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos como causa de la responsabilidad no unificó “todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración al haber admitido la responsabilidad objetiva por funcionamiento normal de los servicios públicos”, expresión que, en palabras del autor, consagra “la responsabilidad por riesgo objetivo; pero es evidente que no incluye los supuestos expropiatorios de la propiedad privada”.⁶² Ello, no implica que carezca de toda utilidad la distinción de los casos de funcionamiento normal con los de funcionamiento anormal de los servicios públicos.

De hecho, luego de analizar diferentes ejemplos, el profesor español concluye que el artículo 40 de la ley de 1957 reconoce una serie de títulos jurídicos para fundamentar la petición de responsabilidad que se complementan mutuamente. No es cierto, por tanto, que por el puro dato de que el particular que sufre el daño se haya puesto en contacto con la Administración, ésta responda; pero, eso sí, cuando deba responder lo hace siempre directamente (incluso en los casos de culpa o falta del funcionario), sin perjuicio de que luego repita sobre sus agentes.⁶³

Con lo cual, el funcionamiento normal de la Administración engloba supuestos de responsabilidad por riesgo, por el ejercicio de actividades riesgosas

⁶¹ GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, n. 81, p. 7-33, sep./dic. 1976. p. 13.

⁶² GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, n. 81, p. 7-33, sep./dic. 1976. p. 13.

⁶³ GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, n. 81, p. 7-33, sep./dic. 1976. p. 15.

o la creación de un riesgo por parte de la Administración Pública. Por ejemplo, el almacenamiento de explosivos, armamento y materiales relacionados cerca de una zona habitada, las actividades aeronáuticas o ferroviarias, las intervenciones médicas en establecimientos de salud estatales, entre otros. Mientras que el funcionamiento anormal engloba supuestos referidos a la deficiente organización administrativa o, incluso, a la creación de riesgos causados por una mala organización del servicio público. Por ejemplo, la mala señalización de carreteras, el incumplimiento de normas de almacenamiento de explosivos en polvorines militares, la negligencia de personal de salud en establecimientos estatales, entre otros. Así, resulta importante determinar cuándo se está frente a un normal o anormal funcionamiento del servicio público.

En una siguiente publicación de 1989, el profesor Garrido Falla regresa respecto de esta cuestión. Luego, de hacer un recuento histórico, el profesor acude a las ideas de Forsthoff y a Hauriou para sustentar su posición respecto de la distinción entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la indemnización. El primero de ellos propone una clasificación tripartita, considerando que los casos en que el Estado tiene la obligación de reparar daños a los ciudadanos se deben, o bien a su actividad lícita o ilícita, a lo que se debe añadir la consideración del riesgo. Así, las tres categorías son (i) reparación por acto delictivo o ilícito, que comprende la responsabilidad estatal; (ii) la indemnización por acto no delictivo y lícito, que incluye a la expropiación y otras cargas impuestas a la propiedad; y (iii) la indemnización por riesgo.⁶⁴ Si en este punto nos damos la licencia de, hacer un símil, los supuestos (i) y (iii) corresponderían a supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal y normal de los servicios públicos, respectivamente.

Por su parte, Hauriou propone distinguir entre (i) la “responsabilidad por falta (*faute de service*)”, (ii) la “responsabilidad por riesgo objetivo” y (iii) la “responsabilidad por enriquecimiento indebido”, que comprende la indemnización por el ejercicio legal de derechos del poder público.⁶⁵ A partir de ello, resultaría más preciso discurrir sobre supuestos de indemnización por responsabilidad y por enriquecimiento sin causa (indemnizaciones expropiatorias).

⁶⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989. p. 9.

⁶⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989. p. 9.

3.3 El deber jurídico de soportar el daño

La otra cara de la moneda del funcionamiento normal o anormal de la Administración es la ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

La introducción de esta categoría implica un problema dogmático si se pone en el contexto de distinguir la responsabilidad con la teoría de la indemnización. Y es que la tesis de García de Enterría plasmada en la LEF propone tomar la acción de la Administración como un dato del patrimonio dañado y dejar al daño antijurídico como eje del sistema. Así, “la responsabilidad se da siempre que alguien soporta un daño que no está jurídicamente obligado a sufrir”.⁶⁶ Por lo cual, “[e]n cierto sentido, este cambio de perspectiva significa sustituir el principio de enriquecimiento sin causa que, como título de pedir, justifica tantas reclamaciones indemnizatorias, por el que me atrevería a denominar «principio del empobrecimiento sin causa»”.

No resulta suficiente, pues, acreditar que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño para configurar un supuesto de responsabilidad. Se debe analizar además si concurre un enriquecimiento patrimonial de la Administración o ventaja directa en favor del interés público, o si el daño causado es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Ello, no tanto para determinar si corresponde o no indemnizar, sino para determinar las reglas aplicables al caso concreto. Si se trata de un daño a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entonces se aplicarán las reglas de responsabilidad, de lo contrario, se entenderá que se está frente a un supuesto expropiatorio, de limitación o vinculación de la propiedad.⁶⁷

4 El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Argentina

En la evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Argentina es posible identificar dos etapas: una en la que los supuestos de responsabilidad eran juzgados sobre la base de las normas del derecho común, seguida por la aplicación de normas del derecho público.

⁶⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989. p. 11.

⁶⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, n. 81, p. 7-33, sep./dic. 1976. p. 17-23.

4.1 Etapa de aplicación de normas del Derecho Civil

En la primera etapa, las cortes imputaban responsabilidad a la Administración sobre la base del artículo 1112 del Código Civil argentino de 1869 (actualmente derogado), el cual prescribía, lo siguiente: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas son comprendidos en las disposiciones de este título”. Aun así, Cassagne⁶⁸ señala que existía entonces una tendencia en la suprema corte argentina de recurrir al artículo 1113 del Código Civil para sustentar la responsabilidad de la Administración, toda vez que este dispositivo regulaba la responsabilidad de quien tiene a su cargo al funcionario dañante, usualmente entendido como supuesto de responsabilidad objetiva.

Suele afirmarse que la responsabilidad extracontractual por los actos y hechos ilegítimos del Estado que causan daños sobre el patrimonio o persona de los administrados no fue reconocida sino a partir del caso “S. A. Tomás Devoto c/ Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios” fallado el 22 de septiembre de 1933 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶⁹

Así, es posible observar que la responsabilidad de la Administración en Argentina encontró sus bases en la labor interpretativa de la corte suprema de esta nación.

De esta manera, hasta el año 1933, en Argentina se recurría a la antigua doctrina de los actos de gestión para determinar cuándo el Estado comprometía su patrimonio privado para reparar daños provocados y cuándo no, esto es, cuando actuaba como persona jurídica bajo el entendimiento de los artículos 36 y 43 del Código Civil vigente entonces impedía que los actos ilícitos de los representantes de las personas jurídicas se transmitieran a estas, aunque Cassagne⁷⁰ afirma que las indemnizaciones eran reconocidas en leyes especiales, sea por actos de gobierno o de gestión.

Posteriormente, la Corte Suprema Justicia de la Nación argentina afianzaría la responsabilidad patrimonial en los casos Vadell de 1984 y Barreto de 2006. En el primero de ellos, la corte hizo suyos los aportes doctrinarios del profesor Juan Carlos Cassagne.⁷¹

⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 278.

⁶⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 279.

⁷⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 281.

⁷¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 279.

En efecto, según relata Marcelo Lamoglia (2015, p. 64) en el caso Vadell, se consolida la responsabilidad del Estado extracontractual, pero esta vez sustentada en una concepción objetiva y directa, sobre la base de la “falta de servicio” que encuentra anclaje en el artículo 1112 del Código Civil, al cual se recurrirá en forma subsidiaria o directa de acuerdo con la interpretación que se efectuara de la norma y su vinculación al derecho público.

Mientras tanto, en el caso Barreto, el supremo órgano judicial creó la categoría de la “causa civil”. Según relata Marcelo Lamoglia:⁷²

“causa civil” cuando para la solución del pleito se remite a la aplicación de disposiciones de derecho común y, por lo tanto, no reviste tal categoría, la que pese a demandarse indemnizaciones con carácter civil, “se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o la revisión de actos estatales locales dados en ejercicio de las facultades que resultan del artículo 122 CN.

Posteriormente, la Corte Suprema recurrirá al concepto de “poder legal” para analizar casos de responsabilidad por actividad lícita, específicamente para la actividad legislativa. Por ejemplo, en el caso *Establecimientos Americanos Gratry S.A.C. contra la Nación Argentina* puso en cuestión la tolerancia que el derecho debía tener sobre los efectos que la imposición de ciertos impuestos tenía sobre la propiedad de los ciudadanos. La discusión se centró en si el ejercicio de un poder legal como es el de imponer impuestos podía ser considerado como generador de daños indemnizables, al decir de Gordillo.⁷³

Ahora bien, aunque el reconocimiento de la responsabilidad estatal se reconocía sobre la base de normas del derecho privado, pronto la doctrina y la jurisprudencia se convencieron de la pertinencia de que este instituto fuera regulado bajo normas de derecho público.

4.2 Etapa de aplicación de normas de Derecho Público

En esta etapa, la opinión y tendencia mayoritarias se inclinan por propugnar que la responsabilidad del Estado se rige por las normas del derecho público,

⁷² MARCELO LAMOGIA, Carlos. La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA*, n. 13, p. 59-94, ene./dic. 2015. p. 64.

⁷³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 747.

siendo que las reglas de responsabilidad del derecho civil se aplican de manera supletoria.

Tal cambio de paradigma se vio envuelto en un contexto de cambios, entre ellos, diversos procesos de privatización que provocaron, desde el último decenio del siglo XX, “una mutación temporal, aunque sustancial, tanto formal como informal, de la responsabilidad clásica del Estado, que pasa ahora a manos de tales concesionarios y licenciarios; pero hay otras manifestaciones legales y jurisprudenciales de recorte de la responsabilidad estatal”, según informa el profesor Gordillo⁷⁴ (2014, p. 715). Por un lado, el cambio a nivel informal se evidenció en la tendencia judicial y legislativa a evitar que se traslade “cargas económicas y financieras” a la sociedad a través de la responsabilidad civil del Estado, lo cual fue plasmado en la actual Ley 26.944, que regula la responsabilidad civil del Estado.⁷⁵

Por el lado formal, se reporta un retroceso en la prestación de servicios públicos monopolizados y en materia de endeudamiento público, lo cual se ve acompañado por un retroceso en la responsabilidad del Estado.⁷⁶ El autor continúa explicando lo siguiente:

Ese endeudamiento importa una suerte de bancarrota virtual del Estado, fenómeno que ocurrió muchas veces en la historia de las naciones, y que se encara siempre igual. Cuando no alcanzan los mayores impuestos ni el menor gasto público, se procede a cercenar los créditos de terceros, reduciéndolos, eliminándolos, limitando en suma por un tiempo la responsabilidad del Estado. Algunos fallos extendieron su responsabilidad, antes de esta situación, pero fueron el fin de una era. Constituyeron el canto de cisne de la responsabilidad de fines del siglo XX.

En consecuencia, el profesor Gordillo señala que este contexto se refleja en las leyes 23.982 y 25.344 sobre la consolidación de las deudas del Estado, en la ley local 26.9444 de 2014, en la eliminación de la responsabilidad estatal por actos y hechos de entidades descentralizadas dispuesta por la ley 24.624,

⁷⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 715.

⁷⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 716.

⁷⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 716.

limitaciones jurisprudenciales de la responsabilidad estatal en materia expropiatoria, entre otros.⁷⁷

Este contexto y sus consecuencias ha impactado sobre la responsabilidad estatal por actividad lícita al reducir los supuestos en que es establecida en la ley y reconocida por las cortes. Sin embargo, apunta la doctrina que el estado de necesidad al que ha llegado el gobierno argentino no puede asimilarse a un estado de necesidad del Estado y que el interés que defiende el gobierno en esa línea no puede identificarse con el interés general.⁷⁸ En otras palabras, a través de la reducción del ámbito de la responsabilidad estatal por actividad lícita no se debe trasladar a los particulares la carga económica, financiera y presupuestal asumida por el gobierno, puesto que frente al individuo siempre responde el Estado y las injusticias cometidas no pueden quedar desatendidas a causa de los embrollos ocasionados por una política de gasto y endeudamiento mal llevada.

Ahora bien, es momento de abordar los aspectos que rodean la ley 26.944 sobre la responsabilidad del Estado. Ello, no sin antes destacar que, desde 2017, Argentina cuenta con un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuyos artículos 1764 y 1765 disponen la inaplicabilidad –ni siquiera por supletoriedad– de las normas de responsabilidad civil estatuidas en el código, uno, y remiten a “las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”, el otro. Es preciso resaltar junto con Marcelo Lamoglia que el anteproyecto de este nuevo código pretendía “plasmar una teoría única sobre la institución, fundada –tal idea– en que no deberían existir diferencias sustanciales por el tipo de persona jurídica que ocasiona el hecho o la omisión”.⁷⁹ Sin embargo, la versión finalmente promulgada por el Ejecutivo abandonó esta iniciativa. Cabe agregar que la Ley 26.944, sobre responsabilidad del Estado, fue publicada en agosto de 2014, mientras que el actual Código Civil y Comercial de la Nación lo fue en octubre del mismo año.

4.3 El régimen de responsabilidad de la Ley 26.944, su alcance, ámbito y reglas

De esta manera, la Ley 26.944 introduce una regulación de la responsabilidad estatal, por su actividad legítima e ilegítima, desarrollando los requisitos que deben

⁷⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 717-720.

⁷⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 720.

⁷⁹ MARCELO LAMOGIA, Carlos. La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA*, n. 13, p. 59-94, ene./dic. 2015. p. 65-67.

configurarse en cada caso, siendo la primera de ellas de carácter excepcional. Resulta importante precisar que esta ley es aplicable a las entidades del Estado nacional y no a las provincias o a los municipios, los cuales cuentan con autonomía constitucional para regular su propio régimen de responsabilidad o, incluso para adherirse a la ley nacional. Esto es así, por cuanto “fue dictada por el Congreso nacional en su condición de legislador federal (...), razón por la cual no integra el denominado derecho común nacional de aplicación uniforme en todo el país”, según afirma Perrino.⁸⁰

Pero, la doctrina discute si el régimen legal de responsabilidad resulta aplicable a las sociedades del Estado argentino. Algunos como Cassagne proponen que no son aplicables, toda vez que estas no forman parte de la organización ni de la descentralización administrativas,⁸¹ según el argumento de que, aun cuando las empresas y sociedades estatales persiguen el interés público, bajo estas formas organizativas el Estado se despoja de sus prerrogativas públicas y se sale de la organización estatal.⁸² Los defensores de esta primera postura defienden que “desplazar el régimen de la responsabilidad del derecho privado por el de la LRE provocaría un privilegio inaceptable para ciertas sociedades comerciales, en desmedro de sus usuarios o consumidores o terceros”.⁸³ Por ejemplo, los usuarios y consumidores de las empresas del Estado quedarían sujetos al régimen de responsabilidad de la Ley 26.944, mientras que sus competidores en el mercado nacional quedarían sujetos al derecho civil, lo cual, se considera innecesariamente desigual.

Mientras tanto, otro sector de la doctrina argentina “reivindica la aplicación del régimen del derecho público a tales organizaciones adoptadas por el Estado para llevar adelante determinados fines que se definen como estatales”, por lo cual debe “recurrirse a los principios del derecho administrativo cuando en las relaciones que entablen tales entidades no se encuentre una solución en su ordenamiento especial; de tal forma deberá acudirse a la analogía con la legislación administrativa”.⁸⁴

⁸⁰ PERRINO, Pablo. La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino. *Derecho & Sociedad*, n. 44, p. 329-346, 2015. p. 333.

⁸¹ MARCELO LAMOGIA, Carlos. La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA*, n. 13, p. 59-94, ene./dic. 2015. p. 68.

PERRINO, Pablo. La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino. *Derecho & Sociedad*, n. 44, p. 329-346, 2015. p. 333-334.

⁸² PERRINO, Pablo. La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino. *Derecho & Sociedad*, n. 44, p. 329-346, 2015. p. 334.

⁸³ PERRINO, Pablo. La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino. *Derecho & Sociedad*, n. 44, p. 329-346, 2015. p. 334.

⁸⁴ MARCELO LAMOGIA, Carlos. La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA*, n. 13, p. 59-94, ene./dic. 2015. p. 69.

Por otro lado, la Ley 26.944, en armonía con el Código Civil y Comercial de la Nación, dispone la inaplicabilidad directa o supletoria del régimen de responsabilidad civil de este a la responsabilidad del Estado, sin limitar la aplicación de otras normas de la legislación civil. Este entendimiento es parte de un esfuerzo interpretativo compartido por el Alto Tribunal de la Nación que lleva a postular que aquello que el legislador limitó es la aplicación de las disposiciones del “título” –como dice el Código– vinculado a la “responsabilidad” y, no “todas” las disposiciones del Código, ello porque de tal forma se imposibilitaría, en caso de ausencia de regulación en la Ley de Responsabilidad del Estado, recurrir a determinados institutos que, consagrados en la norma civil, resultan de aplicación a distintas ramas del derecho por formar parte de una teoría general de la ciencia jurídica (v. gr. enriquecimiento sin causa, buena fe, entre otras).⁸⁵

Pasando a otros aspectos regulados en la Ley 26.944, se dispone de varias pautas para la interpretación y aplicación de las normas de responsabilidad estatal que conviene destacar:

- El artículo 1 de la ley dispone que la responsabilidad que regula es por la actividad o inactividad estatal sobre bienes o derechos de las personas. Con lo cual, no solo son los bienes los instrumentos de tutela, sino, en general, cualquier derecho sobre el cual pueda incidir el Estado.
- El mismo dispositivo define a la responsabilidad del Estado como objetiva y directa.

Por un lado, la responsabilidad es objetiva porque la norma no exige la configuración de un elemento subjetivo de responsabilidad o culpa para imputar responsabilidad. Esto resulta claro, por lo menos en el caso de la responsabilidad por actividad legítima, pero cuando se analiza los requisitos para la configuración de la responsabilidad por actividad ilegítima, se observa que uno de ellos es la “falta de servicio”, que, como se ha dicho anteriormente en este trabajo, es un factor de atribución objetivo, mas no implica que la responsabilidad sea objetiva en sí misma, desde que se exige la concurrencia de un factor de atribución para la imputación del deber de indemnizar.

Por otro lado, se dice que la responsabilidad es directa porque el Estado no responde subsidiariamente al funcionario al que se le pueda atribuir causalmente la provocación del daño, sino de manera directa. De acuerdo con el artículo 5, la responsabilidad por actividad legítima no comprende los daños generados por la

⁸⁵ MARCELO LAMOGIA, Carlos. La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA*, n. 13, p. 59-94, ene./dic. 2015. p. 70.

actividad judicial legítima y excluye al lucro cesante, circunstancias personales, valores afectivos y ganancias hipotéticas, según lo desarrolla el artículo 6 de la referida norma.

En este punto, resulta importante exponer los requisitos que los artículos 3 y 4 de la Ley 26.944 exigen para el reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita o ilícita:

Requisitos por actividad ilegítima:

- Daño cierto debidamente acreditado y valorizable en dinero.
- Imputabilidad material del evento dañoso (acción u omisión) a un órgano estatal.
- Nexo de causalidad adecuada entre el evento imputable al Estado y el daño.
- Falta de servicio, que obedezca a una actuación u omisión irregular (a la francesa). En este último caso, sólo se genera responsabilidad si “se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Requisitos por actividad legítima:

- Daño cierto, actual, debidamente acreditado y valorizable en dinero.
- Imputabilidad material del evento dañoso a un órgano estatal.
- Nexo de causalidad directo, inmediato y exclusivo entre la actividad estatal y el daño.
- No tener el deber jurídico de soportar el daño (a la española).
- Sacrificio especial de la víctima respecto del “resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

En vista de lo anterior, es posible concluir que, en el sistema de responsabilidad estatal argentino, se dispone de reglas especiales y específicas tanto para la responsabilidad por actividad ilegítima como ilegítima. En el primer caso, se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva, habida cuenta de que se exige la concurrencia del factor de atribución referido a la falta de servicio (en cuyo extremo Argentina ha seguido de cerca los pasos del sistema de responsabilidad patrimonial francés), mientras que en el caso de la responsabilidad por actividad legítima, se trata de una responsabilidad objetiva, al no evaluarse la organización de la administración para su concurrencia, sino exigir la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño y la verificación de un sacrificio especial (en cuyo extremo, el régimen argentino acoge el aporte de la regulación española).

Finalmente, es preciso destacar que, a diferencia del Perú, en Argentina el plazo para demandar la indemnización del Estado prescribe a los tres años desde la comisión del acto dañoso y no se exige que la pretensión de indemnización

sea acumulada con otras pretensiones, sino que, según lo estatuye el artículo 8, se “puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.”

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, es menester traer a colación algunas voces críticas de la Ley 26.944, entre ellos, Gordillo⁸⁶ (2014, p. 717 y ss) y Perrino⁸⁷ (2015, p. 331-332), quienes niegan que la dación de esta ley represente un progreso o mejora en el derecho argentino, toda vez que implican un retroceso en los criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y restringe el ámbito de la responsabilidad del Estado.

5 A modo de conclusión: el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Perú

Habiendo visto los regímenes de Francia, España, y Argentina, puede aproximarse como una primera conclusión que, si bien tales muestran notorias diferencias entre sí, cuentan con un elemento en común (haciendo las salvedades respectivas): Una clara construcción y consolidación histórica. En el caso peruano, en absoluto sucede así.

Una mirada hacia la doctrina peruana dará cuenta de la inconformidad de la mayoría de los administrativistas con el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Un sistema verdaderamente incipiente. Distintos autores en sede nacional, entre ellos, Danós Ordoñez, Espinosa-Saldaña, Huapaya Tapia y Sánchez Povis, y cuya opinión comparto, indican que el sistema de responsabilidad peruano es adecuado (y, de hecho, una de las razones para ello es que originalmente fue una transcripción, si bien no tan exacta, de la normativa española que para entonces llevaba madurando aproximadamente 50 años), pero no funciona ¿Cuál es, pues, la razón del desuso? La respuesta a esta pregunta resulta esencial para pensar en una solución.

En el derecho peruano, un régimen unificado y especial para la responsabilidad patrimonial no existió hasta la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, del 2001 (LPAG). Antes de ella, solo existían normas aisladas en

⁸⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. p. 717.

⁸⁷ PERRINO, Pablo. La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino. *Derecho & Sociedad*, n. 44, p. 329-346, 2015. p. 331-332.

determinadas regulaciones sectoriales, contexto en el cual primaba la aplicación de normas de derecho común. Siendo tan escasa la experiencia anterior, carece de sentido ahondar en los antecedentes de este régimen unificado.

Así, que, con la LPAG, el Perú empieza la ruta del camino de la responsabilidad de la Administración, aunque siguen existiendo “pequeños” regímenes de responsabilidad en algunos sectores regulados, como en el de banca y seguros, por ejemplo.

Lo que resulta curioso es que ni en aquel entonces, cuando recién nacía la responsabilidad patrimonial de la Administración unificada a la luz del ejemplo español, ni ahora con las modificaciones a la literalidad del texto que se alejan de la influencia española, el régimen ha sido útil, o en todo caso, aplicado “con normalidad”. Desde su existencia, no se encuentran pronunciamientos de la Corte Suprema de la República o del Tribunal Constitucional. Lo más que puede encontrarse son alusiones al artículo 260 de la LPAG en votos singulares de magistrados del Tribunal Constitucional en casos sobre materia pensionaria. Más allá, no existe una línea jurisprudencial –al menos, no una que haya merecido un pronunciamiento de las Cortes– que desarrolla las categorías legales. Al menos ello es así si se explora la vía natural de las controversias con la Administración: el contencioso administrativo.

La experiencia muestra que muchas causas llegan a ser ventiladas en la vía civil. La razón es la contradicción entre la regulación sustantiva y la procesal sobre la responsabilidad de la Administración y la forma en que se efectiviza, lo cual ha sido destacado por la doctrina en repetidas oportunidades. Mientras que la norma sustantiva deja entender que los daños extracontractuales de la Administración pueden ser provocados tanto por actos ilegales, como por aquellos actos o actuaciones que no lo son, la regulación procesal implica lo contrario. Ello sin mencionar la utilidad o prosperidad de otros mecanismos de control del funcionamiento de la Administración Pública: queja al funcionario, responsabilidad disciplinaria, acciones de control, denuncia penal o, incluso, el recurso a medios de comunicación masivos. Entonces, se puede apreciar que la tendencia en el Perú es preferir los mecanismos de control *ex post* antes que mecanismos de resarcimiento patrimonial, perjudicando a las víctimas.

No causa, pues, sorpresa que poco o nada se haya dicho completamente a favor del régimen de responsabilidad peruano, sin mencionar algún intento meramente descriptivo del mismo que se aleje de revelar los pormenores del sistema. A este propósito, resulta conveniente cuestionarse no solo el rol doctrinario de la jurisprudencia, sino también la labor formativa de las universidades

que educan a las generaciones de abogados. No puede olvidarse que la Ley de Expropiación Forzosa española de 1950 que incorporó una regulación específica y única de la responsabilidad fue en gran parte promocionada desde la academia.⁸⁸

A vista de lo anterior, podemos afirmar que la desarticulación entre el régimen de la LPAG y la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) provoca que las reclamaciones de indemnizaciones por daños debidos a actos o actuaciones lícitos se canalice por la vía del proceso civil o por la vía de procedimientos administrativos cuyo objeto es la indemnización a fin de crear un acto administrativo que impugnar en el proceso contencioso, lo que vendría a crear *de hecho* –mas, no de derecho– un procedimiento administrativo informal de responsabilidad previo al contencioso.

Pero no solo aqueja al sistema de responsabilidad patrimonial peruano la incoherencia que la normativa procesal mantiene respecto de la sustantiva, sino también la aqueja la literalidad de esta última. Efectivamente, los términos en que se ha redactado el artículo 238 de la LPAG conllevan una contradicción o, en todo caso, implican una solución incoherente con la premisa según la cual la responsabilidad se produce por actividades o actos ilícitos, pero también por actividades riesgosas, puesto que cuando la Ley enuncia que “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”, no queda claro si la referencia al derecho común implica que las reglas civiles de la responsabilidad son aplicables a la Administración –pese a la diferencia conceptual y sistemática entre la responsabilidad en el Derecho Público y en el Derecho Privado– en lugar de las de la Ley de Procedimiento Administrativo, o de manera indiferente pueden aplicarse cualquiera de los dos regímenes, o si es que se aplican de manera concurrente, responsabilizando a la Administración por el régimen del Derecho Común y por el Derecho Público. Sobre este tema se ahondará eventualmente en el presente trabajo.

Ahondando más en lo anterior, en 2008, la LPAG fue objeto de distintas modificaciones. Entre dichas modificaciones se observa que la nueva regulación ha incorporado al inicio del artículo la frase “sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común” que abre un abanico de posibilidades a nivel interpretativo; incluye el caso fortuito como causal de exoneración de

⁸⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999. p. 335-336.

responsabilidad y elimina la regla sobre cuantificación de la indemnización. Lamentablemente, los efectos de estas modificaciones aún no son palpables por el desuso, pero ciertamente la primera de las modificaciones llama la atención, dado que aneja ciertas dificultades interpretativas. ¿A qué otras formas de responsabilidad se refiere la norma? ¿Cómo se articula la responsabilidad del art. 238 de la LPAG con otras formas de responsabilidad estatal? Aunque más importante aún es inquirir sobre la razón de la modificación, puesto que el cambio en la ley generalmente obedece a una situación relativa a la interpretación de la norma o de su aplicación.

Más aún, en 2008, el sistema renunció a su influencia española al cambiar la referencia al factor de atribución acogido por el texto original. En un primer momento, la ley hacía referencia a que “Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran [...] siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración”. Actualmente, el daño debe ser consecuencia de “los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por” las entidades públicas, lo cual parece dejar de lado aquellas formas de actuación administrativa que no se manifiestan a través de «actos de la administración» o de los «servicios públicos», si es que se sigue una interpretación literal restrictiva, que parece ser la preferida por el legislador.

De nuevo, la pregunta es a qué obedece este cambio. Las modificaciones normativas usualmente son reacciones del legislador a una acción externa, una que no fue –como era de esperar– expresada por el legislador del 2008 en la exposición de motivos de la norma modificatoria.

Otro aspecto importante de este tópico es que, pese a que el control constitucional difuso esté reconocido y regulado desde la Constitución hasta por precedentes de la Corte Suprema, pasando por la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se ha visto un caso en que se haya inaplicado el quinto inciso del artículo 5 de la LPCA para permitir que una pretensión de indemnización que no fuera acumulada prospere.

Si bien la responsabilidad por parte de la Administración Pública no es un asunto novedoso, su señalamiento y correcta identificación, así como el establecimiento de mecanismos eficientes para la exigencia de la misma, no han sido satisfactorios, y al contrario, ha sido la regla la impunidad en el actuar por parte de las autoridades administrativas. Se ha llegado incluso a consagrar como principio general del ordenamiento jurídico-administrativo peruano a la responsabilidad de la Administración, sin embargo, se está todavía muy lejos del resultado esperado.

Referencias

- ARAUJO-JUAREZ, José. El Derecho de la responsabilidad pública o del Estado. Antecedentes, principios generales y desarrollo. *Revista Tachirensis de Derecho*. Táchira: Venezuela, n. 25, ene./dic. 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- CORDERO, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Santiago: Libromar, 2023.
- CUBA MENESES, Erick. ¿Por qué no funciona el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual en el Perú? En: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; MORÓN URBINA, Juan (Coord.). *Estudios sobre Derecho Administrativo*. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Vol. I. Lima: Derecho & Sociedad, 2021. p. 743-775.
- CUBA MENESES, Erick. Notas sobre la responsabilidad de la Administración: la falta de servicio como factor de atribución objetivo. *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Buenos Aires, n. 145, p. 29-41, ene./feb. 2023.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Lima: Instituto Pacífico, 2019.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Responsabilidad Subjetiva. En: MURO ROJAS, Manuel; TORRES CARRASCO, Manuel. (Coord.) *El Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020. p. 11-54.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, p. 251-268, sep./dic. 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2011.
- GARRIDO FALLA, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. *Revista de Administración Pública*, n. 81, p. 7-33, sep./dic. 1976.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 118, p. 35-56, ene./abr. 1989.
- GONOD, Pascale. *Droit administratif général*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2022.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Vol. 2 Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- MARCELO LAMOGIA, Carlos. La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA*, n. 13, p. 59-94, ene./dic. 2015.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, n. 150, p. 317-372, sep./dic. 1999.
- MAURIN, André. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Sirey, 2018.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2012.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. La responsabilidad administrativa del Estado francés. En: CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad del Estado*. Colección de Derecho Administrativo comparado. Vol. II. Bogotá: Temis, 2021. p. 153-176.

PERRINO, Pablo. La Regulación de la Responsabilidad Contractual del Estado en el Derecho Argentino. *Derecho & Sociedad*, n. 44, p. 329-346, 2015.

ORTEGA, Luis. La responsabilidad civil de la Administración Pública. *THEMIS Revista de Derecho*, n. 32, p. 17-22, 1995.

RICCI, Jean-Claude. *Droit administratif général*. 5. ed. Paris: Hachette Livre, 2013.

UHLER, Armin. *Review of Administrative Acts: A Comparative Study of the Doctrine of the Separation of Powers and Judicial review in France and the United States*. Chicago: Callaghan & Company, 1942.

VALDIVIA, José Miguel. La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia. En: MARÍN GONZALES, Juan Carlos (Coord.). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa & Instituto Tecnológico de México, 2004. p. 53-105.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENESES, Erick Gregory Cuba. El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Comparado: el caso de Francia, España y Argentina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 85-116, jan./mar. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i99.1999.
