

# Responsabilidad civil de los funcionarios públicos

Juan Espinoza Espinoza\*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Responsabilidad del Estado por los actos de administración o los servicios públicos.— 2. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos.— 3. Conclusiones.— 4. Referencias bibliográficas.

## » RESUMEN

En la actualidad, la responsabilidad del Estado respecto al administrado no ha sido calificada legislativamente (como contractual o extracontractual), la responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, y, por ello, tiene un plazo prescriptorio de 10 años que puede llegar a ser solidaria.

Se puede apreciar (a través de los escritos procesales como en las sentencias) que tanto abogados como jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil o lo realizan de manera defectuosa.

## » PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil / Funcionario público / Estado / Administrado

Fecha de recepción: 21-08-2019

Fecha de aprobación: 19-09-2019

## » ABSTRACT

At present, the responsibility of the State with respect to the administered has not been qualified legislatively (as contractual or extracontractual), the responsibility of the dependent (servant or public official) against the State is of a contractual nature, and, therefore, has a statutory period of 10 years that can become solidary. It can be seen (through the procedural writings as in the judgments) that both lawyers and judges omit the analysis of the constitutive elements of civil liability or perform it in a defective manner.

## » KEYWORDS

Civil liability / Public official / State / Administered

## 1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN O LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Mediante el D. S. N.º 013-2008-JUS del 28.08.08 se aprobó el T.U.O. de la Ley N.º 27584, *Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*, modificado por el D. Leg. N.º 1067. El art. 5 regula que:

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

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

\* Contacto: jespinozae1@unmsm.edu.pe  
Este artículo, publicado por la Revista "Aequitas", es de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución –No Comercial- Compartirigual 4.0 Internacional, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>, que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada. Para uso comercial, por favor póngase en contacto con: contacto@revistaequitas.pe

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

El D. Leg. N.º 1029, del 23 de junio del 2008, que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444, del 10 de abril del 2001) y la Ley del Silencio Administrativo (Ley N.º 29060), ha modificado —a su vez— los cinco primeros incisos del art. 238. Sin embargo, es pertinente reproducir el dispositivo legal completo, el cual establece lo siguiente:

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 aquellas.

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 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. [Énfasis agregado].

Este modelo legislativo merece las siguientes reflexiones:

- a. No se indica si se está dentro del régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual. De la lectura del art. 238.1, pareciera que se está alineando al modelo de responsabilidad civil por inexecución de las obligaciones (al referirse a los “daños directos e inmediatos”). Téngase presente que el art. 515 del C.P.C. establece que la responsabilidad civil del juez es contractual. A mi modo de ver, al no estar determinada exactamente la vía a seguir, queda a libre elección del dañado optar por el régimen que más le convenga (derecho de opción).
- b. El art. 283.2 en su primer párrafo individualiza los supuestos de ruptura del nexo causal y en su segundo párrafo a los daños ocasionados “en el ejercicio regular de un derecho”, según el modelo establecido en el art. 1971.1 C.C., vale decir, los daños ocasionados por una decisión de la autoridad administrativa que respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad (admitidos por el Poder Judicial y autoridades administrativas) y los daños que el administrado tiene “el deber jurídico de soportar”, tal sería el caso del cierre de un local por orden municipal, se entiende, con arreglo a ley.
- c. La mera declaratoria de nulidad de un acto administrativo no genera *per se* un derecho a la indemnización. Se debe acreditar los daños, su cuantía y el nexo causal. Tal como lo establece el art. 1985 C.C., en materia extracontractual (respecto de los daños y el nexo causal), como el art. 1331 C.C., que precisa que los daños y su cuantía deben ser probados por el demandante (dentro de la responsabilidad civil contractual).
- d. Se individualizan las voces del daño emergente, lucro cesante, daño moral y la de daño a la persona.
- e. Se reconoce el derecho de repetición del Estado frente a los funcionarios o dependientes que han ocasionado efectivamente el daño a los administrados.

## 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La novena disposición final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N.º 27785, del 22 de julio del 2002, al definir el término “responsabilidad civil” expresa lo siguiente:

Es aquella en la que incurrir 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 esta 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.

Entonces, si bien la responsabilidad del Estado respecto al administrado no ha sido calificada legislativamente (como contractual o extracontractual), la responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, y, por ello, tiene un plazo prescriptivo de 10 años y puede llegar a ser solidaria. En efecto:

[P]ara analizar el deber funcional incumplido debe recordarse que nos encontramos frente a una responsabilidad de naturaleza contractual, en tanto deriva de perjuicios o menoscabos ocasionados por el agente en el desarrollo de obligaciones o deberes funcionales de su relación de empleo público<sup>1</sup>.

Se puede apreciar (a través de los escritos procesales como en las sentencias) que tanto abogados como jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil o lo realizan de manera defectuosa.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son<sup>2</sup>:

- a. *La imputabilidad*, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b. *La ilicitud o antijuridicidad*, vale decir, la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.

- c. *El factor de atribución*, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d. *El nexo causal*, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e. *El daño*, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

Veamos un caso excepcional: la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ucayali acciona contra los demandados: a) César Felipe Escudero López, en su condición de gerente regional de infraestructura; b) Virgilio Arnaldo Quiroz Panduro, en su condición de subgerente de obras; c) Edgardo Leopoldo Galarza, en su condición de subgerente de estudios; y d) Jackson Rómulo Virlo Tomaste, en su condición de proyectista; todos ellos pertenecientes al gobierno regional de Ucayali con el objeto de que cumplan con el pago solidario de S/. 22,487.56 como consecuencia del incumplimiento de sus funciones, basándose en el Informe N.º 001-2006-2-5354, denominado: “Examen especial sobre denuncias presentadas a nivel del pliego 462 —gobierno regional de Ucayali— período de enero del 2004 a diciembre del 2005”, de fecha 10 de agosto del 2006. En dicho informe se ha determinado la existencia de irregularidades en la aprobación del expediente técnico con planos incompatibles con la libre disponibilidad física del terreno (dato fáctico-causal relevante), lo que determinó su entrega parcial y modificaciones al expediente técnico sin la debida justificación técnica y legal, aprobándose deductivos y adicionales en la obra: “Mejoramiento del servicio educativo de la I.E.J.N. N.º 288, Divino Niño Jesús del Asentamiento Humano José Olaya-Pucallpa” (en adelante, la obra); todo lo cual causó un perjuicio en contra de la entidad hasta por la suma antes mencionada, por concepto de pago de mayores gastos generales, debido todo ello a la falta de diligencia de los funcionarios y servidores demandados. Insólitamente, el Primer Juzgado Civil de la provincia de Coronel Portillo, de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, con sentencia (Res. N.º 60), del 18 de setiembre del 2011, declaró infundada la demanda, afirmando que no se ha acreditado la existencia de ningún daño atribuible a los demandados, por cuanto:

[T]ampoco se ha probado que dentro de las funciones de los demandados se encuentre la función de modificar proyectos; y que, de forma indebida alguno de ellos ha modificado el respectivo proyecto sin la debida justi-

1 MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 173.  
2 Permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 8.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016.

ficación técnica y legal al inicio de la obra, lo cual ha conllevado a que se generen deductivos y adicionales de obra, cuya aprobación y ejecución modificaron el calendario de avance de obra, originando ampliaciones de plazo con reconocimiento de gastos generales hasta por un importe de S/. 22,487.56 nuevos soles, cuyo monto es el objetivo de la pretensión; por consiguiente, tales hechos, en modo alguno, pueden ser atribuibles a los demandados, sino más bien a los servidores o funcionarios públicos, que, por omisión, en el ejercicio de sus funciones, han modificado el proyecto y han autorizado tales pagos, sin antes haber verificado si correspondía o no hacerlo, conforme a sus funciones previamente establecidas.

**La Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, con Res. N.º 11, del 23 de mayo del 2012, revoca esta decisión y responsabiliza solidariamente a los demandados por el monto solicitado. En primer lugar, encuadra la naturaleza de esta responsabilidad de la siguiente manera:**

[S]e desprende que debemos remitirnos, de acuerdo al principio de supletoriedad y en base al criterio de interpretación lógico-sistemática, a nuestro Código Civil, habida cuenta de que la responsabilidad civil bajo comento, en la que eventualmente incurre o puede incurrir un funcionario o servidor público frente a la Administración, es de carácter contractual (aspecto así claramente zanjado por la Ley 27785), la que se encuentra regulada en el Código citado bajo la denominación de inexecución de obligaciones, cuya primera norma, nos referimos al artículo 1314, prescribe que: "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". Y, a su turno, el artículo 1321 dispone que: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

**Respecto del criterio de la primera instancia, se advierte lo siguiente:**

En ese orden de ideas, tenemos que del análisis y revisión de la sentencia impugnada, se advierte que el *A quo* ha concluido (considerando 14) que "[...] la entidad demandante no prueba de ningún modo cuál o cuáles de aquellas funciones han sido

omitidas por los demandados y ha generado responsabilidad civil ocasionado (sic) los daños alegados"; luego indica (considerando 16) que en el informe de control citado líneas arriba no se ha determinado "[...] con precisión la inconducta perpetrada por los demandados", y luego en el subsiguiente fundamento, precisa que "[...] los hechos atribuidos a cada demandado no se adecua (sic) a ninguna de las funciones establecidas en el MOF y ROF"; en consecuencia, dicta una decisión jurisdiccional desestimatoria que este colegiado no comparte, **pues estima que el A quo ha incurrido en error de juzgamiento**, como seguidamente lo analizaremos, ciñéndonos al mérito de lo actuado, en contraste con los agravios expuestos por la recurrente; y máxime cuando se sostiene impropia, y hasta contradictoriamente, en la sentencia (considerando 18) que los hechos imputados *en modo alguno* pueden ser imputados a los demandados, "sino más bien a los servidores o funcionarios públicos, que por omisión, en el ejercicio de sus funciones, han modificado el proyecto y han autorizado tales pagos", y agrega: "sin antes haber verificado si correspondía o no hacerlo, conforme a sus funciones previamente establecidas".

**Décimo noveno.** - Ahora bien, en la apelación se sostiene exactamente lo contrario a lo concluido por el *A quo*, razón por la cual de la detenida revisión de autos debemos señalar que en el Informe, concretamente a fojas 23 y 24, rubro: *identificación de los partícipes en los hechos*, elaborado por el órgano de control interno de la entidad accionante, se concluye que por los hechos expuestos **les asiste responsabilidad civil a los demandados**, habiéndose causado **perjuicio económico** a la entidad hasta por la suma de **S/.22,487.56 nuevos soles**, importe del resarcimiento que justamente se pretensiona en la demanda, para cuyo efecto **imputa omisiones concretas a cada uno de ellos** en los términos siguientes:

- a. *Ing. César Felipe Escudero López*, en su condición de gerente regional de Infraestructura y por la naturaleza de su función, es "responsable de dirigir la ejecución y supervisión de los proyectos y obras comprendidos en el programa de inversiones de su competencia"; siendo que en el presente caso, se dice en el informe, no observó la incompatibilidad física del terreno con los planos del expediente técnico; por otro lado, confirma haber tenido conocimiento de la entrega parcial del terreno y del problema de delimitación con propiedad de terrenos colindantes;
- b. *Ing. Virgilio Arnaldo Quiroz Panduro*, en su condición de subgerente de obras, y por la naturaleza de su función, es "responsable de programar, dirigir y ejecutar las obras comprendidas en el programa de inversiones de acuerdo a la normatividad técnica y legal, así como de emitir informes referentes a los avances del mismo"; siendo que en el presente

caso, se dice en el informe, no ha cumplido con informar a la entidad para que sea esta quien deba cumplir con los procedimientos administrativos respecto del problema legal con los colindantes del terreno, conjuntamente con los demás implicados y, en su defecto, "tomó la decisión de modificar los planos y expediente técnico adecuándolo al terreno disponible, generando, con ello, la aprobación del deductivo y adicional de obra que conllevó al (sic) perjuicio económico en agravio de la institución";

- c. **Ing. Edgardo Leopoldo Galarza Jorge**, en su condición de subgerente de estudios, y por la naturaleza de su función, "es responsable de programar, conducir la elaboración de perfiles y/o expedientes de proyectos a ejecutarse y velar por la garantía de los mismos"; siendo que en el presente caso, se dice en el informe, no cumplió en observar la denominada incompatibilidad física del terreno con los planos del expediente técnico; y agrega que, "en cuanto al documento de remensura, este se realizó posteriormente a la entrega parcial del terreno y pese a tener conocimiento del problema físico legal del terreno, permitió [que] se continúe con la decisión de ejecutar la obra, modificando sucesivamente el proyecto, ocasionando con ello perjuicio económico a la institución"; y
- d. **Ing. Jackson Rómulo Virto Tomasto**, en su condición de proyectista encargado de elaborar el expediente técnico, "quien pese a haber evidenciado la no disponibilidad total del terreno para la ejecución de la obra, elaboró el expediente técnico omitiendo considerar e informar por escrito, el problema físico legal que atravesaba en esos momentos el terreno" y porque, además, "reformuló sucesivamente el proyecto conllevando a generar y aprobar el deductivo y adicional de obra, ocasionando perjuicio económico a la entidad".

**Vigésimo.** - Aunado a lo antes expuesto, cabe acotar que de la revisión en contraste entre el informe antes aludido con relación a la **falta de diligencia** que se atribuye a los demandados, vemos que dichas imputaciones, concretas y no abstractas, sí se encuentran previstas explícitamente en el *Manual de Organización y Funciones* (en adelante, **el MOF del año 2003**<sup>3</sup>, correspondiente a la entidad. Así tenemos que:

- (i) A fojas 684, dentro de sus competencias de la Gerencia Regional de Infraestructura, se dice que es la unidad orgánica responsable de dirigir, ejecutar, **supervisar y controlar** las funciones específicas en materia de promoción del desarrollo de la infraestructura en general y ya en el rubro: descripción de funciones específicas de la citada gerencia<sup>4</sup>, se consigna: "dirigir la

ejecución y supervisión de los proyectos y obras comprendidos en el programa de inversiones de su competencia";

- (ii) A fojas 688, dentro de las competencias de la Subgerencia de Estudios está la de ser responsable de realizar la identificación, priorización y elaboración de los estudios y proyectos de interés regional y ya en el rubro: descripción de funciones específicas, de dicho órgano<sup>5</sup>, se consigna: "programar, conducir la elaboración de perfiles y/o expedientes de proyectos para su presentación y tratamiento evaluativo y conseguir la viabilidad de los mismos";
- (iii) A fojas 688 y 689, se describe las funciones de los ingenieros que conforman la Subgerencia de Estudios, entendiéndose proyectista<sup>6</sup>, cuya función específica es "elaborar los expedientes técnicos de los proyectos priorizados en el programa de inversiones";
- (iv) A fojas 690, dentro de las competencias de la Subgerencia de Obras está la de programar, orientar, dirigir, ejecutar, evaluar, supervisar y controlar el desarrollo de las obras que se encuentran bajo su competencia, y ya en el rubro: descripción de funciones específicas, de dicho órgano<sup>7</sup>, se consigna: "programar, dirigir y ejecutar las obras comprendidas en el programa de inversiones de acuerdo a la normatividad técnica y legal vigente";

**Vigésimo primero.** - Expuesto lo anterior, veamos seguidamente un **cuadro descriptivo y comparativo** que nos ayudará a comprender mejor los cargos imputados, **en contraste** con las funciones previstas específicamente en el **MOF** de la entidad para cada demandado.

Cargo	Informe de control (imputaciones)	MOF (funciones)
<b>Gerencia Regional de Infraestructura</b>	"[R]esponsable de dirigir la ejecución y supervisión de los proyectos y obras comprendidos en el programa de inversiones de su competencia".	"[D]irigir la ejecución y supervisión de los proyectos y obras comprendidos en el programa de inversiones de su competencia".
<b>Subgerente de estudios</b>	"[E]s responsable de programar, conducir la elaboración de perfiles y/o expedientes de proyectos a ejecutarse y velar por la garantía de los mismos".	"[P]rogramar, conducir la elaboración de perfiles y/o expedientes de proyectos para su presentación y tratamientos evaluativo y conseguir la viabilidad de los mismos

de gerente regional, conforme se aprecia del cuadro orgánico de cargos descrito en la misma foja precitada.

- 5 Director de programa sectorial III, cuyo cargo estructural es subgerente, conforme se aprecia del cuadro orgánico de cargos, descrito en la misma foja precitada.
- 6 Ingeniero IV (2), cuyo cargo estructural es igualmente ingeniero, conforme se aprecia del cuadro orgánico de la citada subgerencia obrante a fojas 688.
- 7 Director de programa sectorial III, cuyo cargo estructural es subgerente, conforme se aprecia del cuadro orgánico de cargos, descrito en la misma foja precitada.

3 Aplicable por temporalidad al caso de autos.

4 Director del Programa Sectorial IV, cuyo cargo estructural es la

Cargo	Informe de control (imputaciones)	MOF (funciones)
Proyectista	"[E]laboró el expediente técnico omitiendo considerar e informar por escrito, el problema físico legal que atravesaba en esos momentos el terreno".	"[E]laborar los expedientes técnicos de los proyectos priorizados en el programa de inversiones".
Subgerente de obras	[R]esponsable de programar, dirigir y ejecutar las obras comprendidas en el programa de inversiones de acuerdo a la normatividad técnica y legal, así como de emitir informes referentes a los avances del mismo"	"[P]rogramar, dirigir y ejecutar las obras comprendidas en el programa de inversiones de acuerdo a la normatividad técnica y legal vigente".

**Nota:** La parte subrayada identifica los *puntos en común* entre los cargos imputados en el Informe, y las funciones reguladas en el MOF.

En consecuencia, queda así entendido (y graficado) que los cargos imputados y descritos en el Informe se ajustan coherentemente a lo normado en el MOF (instrumento de naturaleza vinculante, desde un punto de vista funcional, toda vez que la demandante es justamente una entidad pública, por tanto, sus funcionarios o servidores se rigen por dicho instrumento)<sup>8</sup>.

#### Más adelante se agrega lo siguiente:

**Vigésimo quinto.**- También cabe mencionar que los demandados han sostenido que no han incumplido función alguna, pues, como se advierte de lo descrito líneas arriba, la entrega parcial del terreno no estaba prevista dentro de sus funciones ordinarias, lo que lleva a sostener, incluso, al codemandado Escudero López, que "No existe dentro de mis funciones ninguna delimitación jurídica que diga: "Corresponde al gerente regional de infraestructura fiscalizar la entrega de terreno en el caso de obras deberá ser total y no parcial"<sup>9</sup>; a su turno, el codemandado Jackson Rómulo Virto Tomaste, el por entonces proyectista de la obra, sostuvo que "[...] mal se haría en imputarme la omisión de una conducta a la cual (sic) no me encuentro obligado contractualmente a cumplir"<sup>10</sup>. Refiriéndose a sus obligaciones que se encuentran pactadas en el contrato de servicios personales suscrito con la demandante, obrante a fojas 358 y 359; sin embargo, respecto a esto último debemos indicar que, conforme a la cláusula segunda de dicho contrato, el señor Virto Tomaste se obligaba justamente a prestar servicios de manera eficiente y eficaz en el diseño y elaboración de expedientes técnicos y en la elaboración de perfiles, lo que no ocurrió, tal como se viene dilucidando.

**Vigésimo sexto.**- Asimismo, debemos señalar con relación a lo anterior que:

En primer lugar, los cargos que se han imputado a los demandados sí fueron puntualmente descritos y precisados por el Órgano de Control de la entidad demandante, lo que descarta la supuesta atipicidad alegada por los demandados.

En segundo lugar, el Decreto Supremo N.º 012-2001-PCM, aplicable por temporalidad al caso de autos, en su art. 12, relativo a las características de los bienes, servicios y obras a adquirir o contratar, prescribe que (parte pertinente): "*En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra*". Es decir, de ello se desprende que para el caso de obras se requiere que la información técnica, absolutamente relevante, cuente con las aprobaciones necesarias (entiéndase pasando los inherentes filtros de control y supervisión de las diversas áreas técnicas involucradas) para que luego la *obra* se ejecute con normalidad, lo que supone que el expediente técnico sea fiel reflejo del terreno donde desplegará su labor el *contratista*, lo que no sucedió (ni antes: elaboración del expediente técnico, ni durante el proceso constructivo), denotando un actuar insoslayablemente negligente por parte de los demandados, puesto que cualquier variación en los planos incidirá inexorable y lógicamente en los costes económicos de la ejecución de la *obra*, tanto en plazos (modificación del calendario de avance de obra), como en costos, como en efecto aconteció (ver in extenso el Informe 0777-2005 de fojas 127, cursado por el inspector de la obra al subgerente de obras demandado).

Y, en tercer lugar, porque con motivo de las funciones ejercidas por los emplazados, el órgano de control logró determinar la existencia de irregularidades en la aprobación del expediente técnico con planos incompatibles con la libre disponibilidad física del terreno, siendo que tales hechos derivaron (con motivo de tal ejercicio) en la entrega parcial del terreno (ver acta de fojas 37) y las sucesivas modificaciones de los planos de la obra, los cuales demuestran plenamente que estos adolecieron de evidentes deficiencias que culminaron con el perjuicio económico por pago de mayores gastos generales por la suma demandada; pago efectuado a favor del *contratista* por parte de la hoy demandante, debido a innegables omisiones de su propio personal técnico, quienes ejercieron sus funciones de forma inidónea (no adecuaron sus conductas a las normas, reglamentos y directivas<sup>11</sup>), lo que causó el daño imputado, configurándose de ese modo lo que se denomina: responsabilidad civil con ocasión de las funciones<sup>12</sup>, en

8 El citado documento obra a fojas 610 y ss.

9 Ver fojas 302.

10 Ver fojas 362.

11 LEÓN FLORES, Jorge Alfredo, "Responsabilidad civil del funcionario público frente al Estado por incumplimiento de sus funciones. Analizando sus especiales características", en *Gestión Pública y Desarrollo*, Lima: enero del 2010. Recuperado de <<https://bit.ly/29dNIXO>>.

12 "[...] el problema se presenta cuando se trata de daños que si bien no han sido cometidos estrictamente en el ejercicio del

este caso respecto a las ejercidas por los demandados, sin la diligencia ordinaria (debida), conforme a sus respectivos cargos, por ende, responsables de sus conductas probadamente dañosas en las que incurrieron todos los demandados en perjuicio de la entidad accionante, pues si bien la entrega del terreno de modo parcial como tal, con las consecuencias gravosas que ello supuso finalmente a la administración, como se ha indicado líneas arriba, se trata “de un hecho extraño a la función”<sup>13</sup>, esto solo es en principio (he ahí lo relevante), pues tal argumentación no resulta razonable, toda vez que dicha responsabilidad civil en el ámbito público no se hubiera producido si los demandados, precisamente, no hubiesen tenido la particular situación jurídica de funcionarios públicos con funciones específicas que *rigen* sus conductas, las que debieron cumplir con la diligencia debida, lo que no sucedió, antes bien incurrieron en culpa inexcusable<sup>14</sup>.

**Vigésimo séptimo.**- Un segundo y relevante extremo de la apelación interpuesta, se refiere al hecho de que el daño económico generado a la Administración, ante la constatación de la existencia de irregularidades en la aprobación del expediente técnico con planos incompatibles con la libre disponibilidad física del terreno, lo que derivó de la entrega parcial del terreno y las consiguientes modificaciones que ello implicó al expediente técnico de la obra y sus respectivas partidas, metrados, entre otros, generando de modo lógicamente consecuente pagos a favor del *contratista* por concepto de adicionales y deductivos. En efecto, la cuantía del daño imputado y consumado en perjuicio de la demandada se acredita en autos, sin que el argumento de defensa de los demandados, cuando afirman que de no haber procedido de esa forma, los daños hubiesen sido supuestamente mayores, dado que ello importa una tesis insostenible, pues de haber ejercido sus diversas funciones oportuna y correctamente (ver el acta de manifestación del proyectista de fojas 172, donde reconoce sus omisiones; y los planos de fojas 54 y 55), simple y llanamente no se hubiera llegado a tener que efectuar la entrega parcial del terreno, y todo lo que ello generó, siendo que el hecho de que la misma contase con informes previos de viabilidad, ello no eximía

de constatar físicamente la disponibilidad plena del terreno sobre el cual, precisamente, se ejecutaría la obra, hecho a partir del cual se advierte objetivamente la cadena de errores, digamos, en la que han incurrido con ocasión de sus funciones todos los demandados (desde la elaboración del expediente técnico y durante el proceso constructivo), conforme fluye de autos, cuyas omisiones han sido precisadas en el Informe y sus anexos que sustenta la pretensión resarcitoria; por tanto, este extremo de los agravios también se verifica.

**Vigésimo octavo.**- En consecuencia, habiéndose dilucidado la concurrencia<sup>15</sup> de los elementos de la responsabilidad civil de los demandados frente a la administración, tales como:

- a. La antijuridicidad.- (viene dada por la novena disposición final de Ley N.° 27785 y acreditada en este caso con el Informe (y sus anexos) donde se precisan los cargos imputados de los demandados, quienes con ocasión del ejercicio de sus funciones incurrieron en la comisión de irregularidades en la aprobación del expediente técnico con planos incompatibles con la libre disponibilidad física del terreno, lo que generó la entrega parcial del terreno y las sucesivas modificaciones al expediente técnico, así como el perjuicio económico descrito en los considerandos anteriores.
- b. La relación de causalidad adecuada.- (es evidente que los demandados con su actuar antes mencionado, generaron (como resultado) el daño económico objeto de la pretensión resarcitoria materia de autos).
- c. **El factor de atribución** (a título de *actuar negligente* (la cual se da cuando “el sujeto hace menos de lo que debe”<sup>16</sup>), a título de *culpa subjetiva* de carácter *inexcusable* en la que han incurrido los demandados; así por ejemplo, si se hubiese reportado desde un inicio la no disponibilidad plena del terreno o ejercido correctamente las funciones de control, supervisión y dado cumplimiento a la normatividad antes analizada, no se hubiera generado el perjuicio a la entidad, hecho que han sido sustentados adecuadamente en el Informe y no desvirtuados por los demandados).

cargo o en el cumplimiento del servicio, tienen una estrecha [razonable] relación con este. Tal es el caso de aquellos daños causados por el servidor abusando de sus funciones o simplemente con ocasión de ellas”. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, citado por ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 601.

13 ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 623.

14 En similar y coherente sentido, LEÓN FLORES sostiene que la responsabilidad civil del funcionario público se configura cuando este ocasiona el daño a la administración “[...] ejerciendo la función pública o con ocasión de ella”. Cfr. LEÓN FLORES, “Responsabilidad civil del funcionario público frente al Estado por incumplimiento de sus funciones. Analizando sus características”, art. cit. (primera parte).

15 “Para que exista responsabilidad civil se requiere la concurrencia de cuatro requisitos: la antijuridicidad del hecho imputado, es decir, la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica [de no dañar a otro] [...]; la relación de causalidad adecuada permite atribuir el resultado; y los factores de atribución que pueden ser subjetivos como el dolo o la culpa, u objetivos conocen el caso de la responsabilidad objetiva”. Cfr. Casación N.° 3230-2000-Ayacucho, publicada en *El Peruano* el 30 de julio del 2001, p. 7439.

16 ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 161.

- d. *El daño económico causado efectivamente a la entidad* (el cual fluye claramente de autos, como se ha reseñado en líneas precedentes).

Esta sentencia, que fue declarada consentida con Res. N.º 12 del 3 de julio del 2012 por la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, merece aplauso. Ojalá contásemos con similares.

En lo que al elemento de antijuricidad se refiere, no se puede compartir el criterio contenido en la Sentencia de la Casación N.º 855-2015, del 19 de abril del 2016, en la cual la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República decidió lo siguiente:

Para que se configure la responsabilidad civil, se requiere la presencia copulativa de sus elementos: imputación, antijuricidad, factor de atribución, nexo causal y el daño. En el presente caso, la antijuricidad no está previamente establecida dentro de las normas que regulan las funciones de los emplazados, esto es, la obligación de comunicar a la gerencia de Administración el deceso de cinco pingüinos a fin de tramitar el cobro del seguro.

El caso es el siguiente: el Patronato Parque de las Leyendas Felipe Benavides Barrera (Patpal) interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios, solicitando como pretensión principal que los emplazados Juana Liliana Hurtado Masciotti y Juan Wilfredo Sosa Valenzuela le abonen cuarenta y dos mil quinientos con 00/100 nuevos soles (S/. 42,500.00) por concepto de indemnización por daños y perjuicios, disgregándolo en lo siguiente: daño emergente por el monto de treinta y dos mil quinientos con 00/100 nuevos soles (S/. 32,500.00), que corresponde al valor de cinco pingüinos muertos a razón de seis mil quinientos con 00/100 nuevos soles (S/. 6,500.00) por cada uno, y que por acción inexcusable de los demandados impidió que Patpal pudiera hacer uso de la póliza de seguros por cada muerte; lucro cesante por diez mil con 00/100 nuevos soles (S/. 10,000.00) derivados de la utilidad dejada de percibir por las inacciones de los demandados y no permitir con ello un incremento de bienes a favor de Patpal; más los correspondientes intereses legales desde la fecha de producción del daño. En todas las instancias se declaró infundada la demanda. La Corte Suprema decidió declarar infundado el recurso en atención a lo siguiente:

[L]a necesidad de la antijuricidad se justifica, por cuanto no sería razonable imputarle responsabilidad al funcionario o servidor público por adecuar su conducta a las normas, reglamentos, directivas, porque ello constituye una

de sus obligaciones principales, de carácter ineludible. [...] En síntesis, si el funcionario o servidor público desarrolla su actuación funcional al amparo del marco legal aplicable, no incurre en falta alguna, por el contrario está cumpliendo sus obligaciones, y si como consecuencia de ese cumplimiento ocasiona daño a su entidad o al Estado, entonces dicho funcionario o servidor no responde civilmente frente al Estado<sup>17</sup>.

¿Qué hizo el órgano colegiado para verificar la adecuación a las normas, reglamentos y directivas? *Sic et simpliciter*, verificar si en el Reglamento de Organización y Funciones del Patronato del Parque de Las Leyendas aprobado por D. S. N.º 011-2001-Promudeh existía específicamente la función de dar a conocer a la aseguradora la muerte de los cinco pingüinos. Este proceder es altamente criticable por lo siguiente:

- i) El razonamiento parte de una premisa equivocada: el problema no está en el análisis de antijuricidad o ilicitud (por cuanto, el daño patrimonial ocasionado por no comunicar el deceso de los pingüinos —a efectos de ser cubiertos por la aseguradora— no está amparado por el ordenamiento jurídico) sino en el factor de atribución (de ahí la pregunta si estos empleados públicos cumplieron *diligentemente* sus funciones).
- ii) Los emplazados eran, respectivamente, gerente de operaciones y jefe de la división de zoología. Ahora bien, siguiendo la misma línea interpretativa (equivocada) del colegiado, si se debía indagar por la adecuada conducta conforme a las normas, cabría preguntar ¿por qué no se tuvo en cuenta los arts. 1329, 1319 o 1320 CC?
- iii) En efecto, los jueces debieron analizar el parámetro de diligencia de cada uno de estos funcionarios en el caso concreto y determinar si se trataba de una culpa leve (que se presume) o una culpa inexcusable (que, según el art. 1330 CC, tiene que ser probada por el acreedor-demandante).

### 3. CONCLUSIONES

Solo me queda decir que la ligereza de estos jueces ha sido cómplice que esta “increíble y triste his-

17 LEÓN FLORES, “Responsabilidad civil del funcionario público frente al Estado por incumplimiento de sus funciones. Analizando sus especiales características”, art. cit., p. C-17.

toria de cinco cándidos pingüinos y de dos gerentes desalmados”.

- a. Si bien la responsabilidad del Estado respecto al administrado no ha sido calificada legislativamente (como contractual o extracontractual), la responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, tiene un plazo prescriptivo de 10 años, y puede llegar a ser solidaria.
- b. Se puede apreciar (a través de los escritos procesales como en las sentencias) que tanto abogados como jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil o lo realizan de manera defectuosa.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORÓN URBINA, Juan Carlos (2013), *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2016), *Derecho de la responsabilidad civil*, 8.<sup>a</sup> ed., Lima: Instituto Pacífico.

LEÓN FLORES, Jorge Alfredo (2010), “Responsabilidad civil del funcionario público frente al Estado por incumplimiento de sus funciones. Analizando sus especiales características”, en *Gestión Pública y Desarrollo*, Lima: enero. Recuperado de <<https://bit.ly/29dNIXO>>.