

Informe nacional de Perú

Orlando Vignolo Cueva¹

Profesor de Derecho Administrativo.

Universidad de Piura

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición. 3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición. 4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición. 5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo. 6. La transmisibilidad de la responsabilidad. 7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición. 8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía. 11. Índice de abreviaturas.

1. Introducción

Los temas de la responsabilidad civil de los políticamente elegidos, los funcionarios públicos y el personal de las distintas modalidades de empresas públicas (de forma jurídico-pública y las sociedades mercantiles)², cuando actúan

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor ordinario de Derecho administrativo de la Universidad de Piura (Perú). Socio de Lazo Abogados. Vocal de la Sala de eliminación de barreras burocráticas del Tribunal del INDECOPI. Director de la revista *Anuario de la Función Pública*. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-9239>.

2. Estas distinciones son fundamentales para establecer el alcance funcional del principio de responsabilidad personal respecto de cada sujeto activo de la lesión patrimonial. Sin esa distinción, se podrían cometer severos abusos sobre las posibilidades de aplicación de la acción de

sometidos a sus respectivos vínculos y regímenes de cobertura, constituyen facetas diferentes de un solo fenómeno: la responsabilidad patrimonial de individuos que —de manera jurídica y formal— se encuentran vinculados a las variopintas organizaciones del sector público. Estos regímenes nacionales se activarían cuando los primeros producen —en esas específicas relaciones jurídicas singulares— un daño antijurídico contra el patrimonio público o terceros³. La base conceptual para que este grupo de potenciales causantes de daños públicos sea segmentada de la teoría general de la responsabilidad estaría en la vieja frase pronunciada por M. Hauoriou que bien podría extrapolarse al multifacético objeto de estudio: “Hay dos correcciones de la prerrogativa de la Administración reclamados por el instinto popular, cuyo sentimiento respecto del Poder Público puede formularse en estos dos brocados: que haga pero que obedezca a la ley; que haga pero que pague el perjuicio”⁴.

A continuación, este trabajo de reporte peruano, sin perjuicio de las cuestiones específicas señaladas en el sumario, deberá afrontar dos precisiones conceptuales para comprender el alcance material y los destinatarios de este régimen. Cuestiones que, por cierto, no aparecen claramente tratadas en nuestra realidad, y que más bien se dejan a un análisis judicial caso por caso. Así, por un lado, se deberán establecer las actividades jurídicas y materiales y en qué tipo de relaciones jurídicas pueden ocasionarse daños al patrimonio público o a terceros. Esto nos permitirá luego individualizar al sujeto causante de la lesión en su propia naturaleza (o funcionario público, o político o personal bajo derecho laboral de empresa pública). Finalmente, deberá entenderse que —en puridad—, en el estado actual de nuestro derecho, solo se puede damnificar a dos tipos de organizaciones estatales: por un lado, a las Administraciones públicas o vulgarmente conocidas como entidades administrativas⁵, y en segundo lugar, colocadas a la par de las primeras (a pesar

regreso, y, cómo no, una potencial afectación de los principios de seguridad jurídica e igualdad, que son fundamentales para limitar válidamente esta forma de responsabilidad patrimonial. Para una mayor profundización, desde el derecho peruano, en el concepto de funcionario, puede revisarse Vignolo Cueva (2022).

3. El concepto “patrimonio público” se ha venido imponiendo en nuestra legislación como un conjunto armónico y sistémico de bienes y derechos de titularidad pública que sirven para salvaguardar al interés público. Desde la legislación organizativa (como la LBD, LOM y LOGR) y la propia normatividad sectorial (del control gubernamental, el abastecimiento público y otras), se ha ido lentamente evolucionando hacia una visión patrimonialista y de superación de los bienes corpóreos. Para muestra, la definición contenida en la LSNC sobre los recursos y bienes del Estado, entendidos como “los recursos y bienes sobre los cuales el Estado ejerce directa o indirectamente cualquiera de los atributos de la propiedad, incluyendo los recursos fiscales y de endeudamiento público contraídos según las leyes de la República”.

4. Esta cita del profesor francés aparece en varios trabajos sobre responsabilidad patrimonial. Por todos, revisar Mir Puigpelat (2012: 30 y ss.).

5. Sobre el concepto de Administración pública en el derecho peruano no se puede dejar de revisar Abruña Puyol (2010).

de ser jurídicamente distintas), a las empresas públicas como organizaciones económicas de titularidad pública que actúan en relaciones de mercado bajo la estricta aplicación del principio de subsidiariedad horizontal⁶.

2. Contexto normativo del mecanismo de regreso o repetición

El ordenamiento peruano aparece altamente desordenado sobre el punto consultado. No existe una sola norma ni dispositivo aplicable al caso concreto de un funcionario público que, actuando en ejercicio de potestades administrativas y practicando tareas públicas dentro de un órgano administrativo, produzca un daño antijurídico y patrimonial sobre administrados. En primer término, asumiendo una fuerte influencia de la antigua Ley española 30/1992, el actual numeral 260.6 del TUO LPAG plantea el directo reconocimiento de la acción de regreso en los siguientes términos: “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”.

Esta posibilidad de acción judicial es atemperada por el propio legislador, al permitir una potencial y voluntaria actividad extrajudicial de conciliación o transacción entre la Administración pública damnificada y el potencial funcionario productor del daño, siempre que el respectivo “reembolso de lo indemnizado” aprobado en un acuerdo sea luego recogido en una resolución administrativa. Esta farragosa actividad aparece preceptuada en la parte final del citado numeral 260.6 del TUO LPAG.

En segundo lugar, de una manera aislada, el régimen de control gubernamental ha reconocido una pseudoacción de regreso basada en informes de control que imputan daños patrimoniales no necesariamente probados y cualificados, los cuales necesitan de una posterior definición judicial. Estos informes administrativos, al señalar (de manera claramente indiciaria) la responsabilidad patrimonial sobre determinados funcionarios de la Administración pública o personal de empresas públicas, obligan a que sus organizaciones empleadoras, ministerios con rectoría sobre la Administración empleadora (si es que es un organismo público dependiente de los primeros), o la propia Procuraduría de la CGR, demanden judicialmente el

6. Sobre el concepto de empresas públicas en el derecho peruano puede revisarse Vignolo Cueva (2017).

daño “ocasionado” ante el orden jurisdiccional civil o laboral (esto último dependerá —de nuevo— del tipo de causante de la lesión).

Esta citada legislación sectorial del control gubernamental, sin construir un régimen verdadero, pues solo menciona algunas líneas generales remitiendo todo lo importante a la respectiva legislación procesal, simplemente indica que la responsabilidad civil de los servidores y funcionarios públicos aparece, “por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones [...] ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico” (ver definición contenida en la novena disposición transitoria de la LSNC).

A partir de lo indicado, se puede indicar que en Perú sí tenemos reconocimiento normativo de la acción de regreso, pero es de corte caótico y poco funcional. Me explico a continuación. Estos reconocimientos legislativos que pareciera ordenar la categoría vienen, a continuación, acompañados de un gran desorden, pues la aplicación de los regímenes jurídicos adjetivo y sustantivo de cada acción de regreso dependerá del sujeto a ser demandado. Esto último, debido a que la acción (judicial) de regreso ha venido siendo usada —indistintamente— para acometer daños públicos cometidos por funcionarios públicos a la par que por personal de empresas públicas, sin entenderse que muchas de estas últimas organizaciones económicas empleadoras tienen condición de sociedad anónima, con sometimiento expreso a otras reglas y principios del derecho laboral privado.

Pero el caos se amplifica más cuando —por ejemplo— se revisa la mal entendida *autonomía* de responsabilidades, la cual, en la actualidad, ha sido incorrectamente interpretada desde el numeral 264.1. del TUO LPAG. Esta última normal legal señala que las “consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación”. Como se notará, la última parte de esta disposición plantea que, una vez decidida una acción de regreso por parte de una Administración pública o empresa pública, se utilice una obligatoria supletoriedad hacia el derecho civil, o el derecho laboral y sus respectivas ordenaciones procesales (derecho procesal civil y derecho procesal laboral), cuando, por el contrario, lo que mandan la técnica legislativa y la seguridad jurídica es que la construcción de lo que falta del régimen sustantivo y todo lo adjetivo de esta acción judicial sea he-

cha en un solo dispositivo legal, con todas las precisiones y variantes a que obliga esta compleja materia.

Esta crítica, como veremos luego, es el punto de inicio de varios de los problemas aplicativos del régimen actual, siendo un punto importante que debe ser afrontado por nuestro legislador dentro de todo el derecho de la función pública y del personal de empresas públicas, a fin de construir una verdadera teoría de los daños públicos e ir disminuyendo el desorden imperante, atacar la propia disminución del patrimonio público, la falta de eficacia respecto al pleito judicial incoado contra un sujeto causante, y el abuso que viene imperando desde la CGR y las propias organizaciones empleadoras del país.

3. Descripción del mecanismo para obtener el regreso o la repetición

Como había adelantado, el modelo de acción de regreso en el derecho peruano es completamente *judicial*. No existe reconocimiento normativo de un procedimiento administrativo de reparación o indemnización en vía de regreso. Sin embargo, en casos excepcionales, y aplicando —directa o indirectamente— la actividad extrajudicial que aparece recogida en el numeral 260.6 del TUO LPAG, aparecieron algunos dispositivos que, muchas veces sin reconocer responsabilidad patrimonial de una Administración pública, otorgaron montos económicos a ciertos sujetos privados afectados por actividades administrativas. A continuación, estas normas cubrieron la no aplicación de la acción de regreso tras conceptos como apoyos económicos o irreales formas de subvenciones. El más reciente es el D.U. 066-2023, que muestra esta forma antijurídica de eliminar responsabilidad patrimonial de la organización administrativa, pero resarciendo.

En cuanto a asuntos procesales de la acción de regreso, esta queda ligada a la naturaleza jurídica del sujeto a ser demandado, pues si es propiamente un **funcionario público de la Administración pública** (en el sentido más amplio, y no importando el modelo organizativo de función pública), se utilizará lo siguiente: (i) el proceso de conocimiento del CPC, que es altamente formalizado, adaptado a petitorios de mucha cuantía y largo en etapas y plazos; (ii) su plazo general de prescripción es de diez años contado a partir de la comisión del hecho generador o vinculado a la producción del daño público; (iii) el impulso de la acción judicial es siempre de parte y se encuentra sometida al principio de rogación y la figura extintiva del abandono; (iv) la Administración pública demandante se somete a la jurisdicción ordinaria y no tiene ningún poder para ponderar la cuantía judicial final (más allá del cálculo dinerario inicial de la pretensión indemnizatoria); (v) la

imposición final de la cuantía indemnizatoria es hecha solo por los jueces civiles competentes, y se basa exclusivamente en criterios referidos a la anti-juridicidad y otros que se explicarán en las siguientes partes de este trabajo; (vi) la parte sustantiva de la acción de regreso se basará en elementos de culpabilidad, dolo y otros esenciales contruidos desde las reglas del CC y la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema de la República; (vii) la explicada acción judicial de regreso basada en un previo informe de control calza por completo en el presente esquema procesal y sustantivo, con lo cual surge la pregunta de si —en este caso— estamos solo ante una forma de prueba indiciaria e incentivo preliminar para incoar el proceso judicial respectivo, antes que ante una verdadera modalidad de la categoría. Me decanto a pensar que es lo primero (es solo una forma de impulsar la presentación de una demanda procesal distinta de contenido, a partir de prepararse en base a un medio probatorio que indiciariamente justificaría algunos hechos antijurídicos y dañosos contra el patrimonio público atribuibles a unos determinados sujetos-funcionarios)⁷.

En cambio, si el demandado es propiamente un **trabajador o directivo de empresas públicas que tengan forma jurídico-societaria**, al estar bajo el régimen laboral de la actividad privada, esta acción de regreso quedará ligada a las siguientes consideraciones jurídicas: (i) se someterá al proceso ordinario laboral propio de la LPT y con claros anclajes conceptuales en el ordenamiento sustantivo laboral contenido en el D.L. N.º 728, RIT, otras normas internas, reglas jurisprudenciales casatorias y las propias del CC; (ii) el impulso de la acción judicial es siempre de parte y se encuentra sometida al principio de rogación y la figura extintiva del abandono; (iii) la empresa pública demandante se someterá a la jurisdicción laboral ordinaria y no tiene ningún poder para ponderar la cuantía judicial final; (iv) la imposición final de la cuantía indemnizatoria es hecha solo por los jueces laborales competentes, y se basa exclusivamente en criterios referidos a la antijuridicidad y otros que se explicarán en otros apartados de este trabajo; y por último, (v) al igual que con los funcionarios, la acción judicial de regreso para personal de empresas públicas, basada en un previo informe de control, se somete por completo al descrito sistema de fuentes procesal y sustantivo.

7. Lo dicho da un sentido interpretativo equilibrado al carácter de prueba preconstituida que aparece preceptuado para los informes de control en el literal f) del artículo 15 de la LSNC, norma que indica que los primeros, “con el debido sustento técnico y legal”, constituyen “prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes”. Para ver más detalles sobre esta cuestión polémica puede revisarse Morón Urbina (2013: 45 y ss.).

Ahora bien, cabe indicar que frente a los **democráticamente elegidos** existen algunos criterios aplicativos y mitologías que hasta ahora no se disipan en nuestro derecho. Por lo general, frente a la falta de informes de control o demandas de responsabilidad civil efectivamente presentadas contra alcaldes, regidores, gobernadores regionales, consejeros regionales y presidente de la República, aparece la responsabilidad civil instruida en los procesos penales, como una categoría de ejercicio directo que ocupa un lugar preponderante y de suplencia frente a la inoperancia de la CGR y las propias entidades que fueron dirigidas por estos sujetos tan particulares. Al respecto, en este grupo funcional, el artículo 96 del CP y siguientes han tomado casi un exclusivo protagonismo, asumiéndose la responsabilidad civil por el delito como el “derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento”.

En cualquier caso, cabe indicar que una muestra normativa final de la potente potestad jurisdiccional aplicable a nuestro modelo de acción de regreso aparece en la definición de la indemnización que preceptúan los artículos 1973 y otros del CC, en los cuales se muestran muchos detalles y elementos propios de la conceptualización de la acción lesiva, el daño, los factores de atribución y otros. En todos los casos, estas cuestiones sustantivas quedarán a cargo y control del juez competente. Pero, además, el legislador permite que se abra siempre la posibilidad de reducción de la cuantía final, debido a la aparición de imprudencia que “hubiere *concurrido* en la producción del daño”. En estos casos, siempre “la indemnización será reducida por el Juez, según las circunstancias”.

4. Sujetos del mecanismo de regreso o repetición

Como puede deducirse del epígrafe anterior, existen **tres grupos humanos del sector público** que podrían verse impactados por la acción de regreso en el derecho peruano: (i) los funcionarios públicos, no importando su modelo organizativo de función pública o forma de vinculación (incluyendo a los que trabajan en las empresas públicas de forma jurídico-pública o Administraciones públicas empresariales); (ii) los directivos, mandos medios gerenciales y personal de las empresas públicas societarias; y (iii) los políticamente elegidos que antes había tratado (presidente de la República, gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y regidores municipales), incluyendo en esta lista a aquellos que gozan de privilegios constitucionales (tales como el Presidente de la República y los ministros de Estado). En cualquier caso, en nuestro derecho —lo que merecería una explicación y tiene no pocas voces discordantes— no se ha establecido ninguna inmunidad para la

demanda judicial indemnizatoria en contra de ningún funcionario democráticamente elegido (aunque no se utilice tanto).

En este punto, existe una **cuarta opción** que resulta harto polémica y necesitada de explicaciones extras, aunque puede ser perfectamente encajada en cualquiera de los dos primeros grupos. Me refiero a los exfuncionarios públicos y extrabajadores o directivos de empresas públicas societarias. En concreto, cuando se han aplicado acciones de regreso basadas en previos informes de control, se ha utilizado hasta un plazo de diez años para considerarlos como sujetos procesales que puedan ser demandados judicialmente (ver definición contenida en la novena disposición transitoria de la LSNC). Sin embargo, de manera específica cuando la demanda es presentada por las empresas públicas, esta posibilidad colisiona con la brevedad de los plazos de presentación de acción que tiene el derecho procesal laboral, y el propio tratamiento que tienen los asuntos de antiguos empleados (desvinculados). Esto merece un trabajo separado y sistémico, tomando como prisma la categoría de la responsabilidad extracontractual, el plazo específico del CPC⁸ y la construcción judicial sobre el principio de inmediatez aplicado en relaciones laborales de las empresas públicas societarias⁹.

Ahora bien, este señalamiento tripartito luego debe pasar un segundo filtro de conceptos procesales y sustantivos, a fin de poder seleccionar al correcto demandado. Estas cuestiones son las siguientes: (i) solo se puede demandar a quien produjo el daño al patrimonio público, y, por ende, solo podrían aparecer funcionarios públicos o personal de empresas públicas societarias que tengan relación causal con la lesión; (ii) no han existido muchos casos de sujetos privados delegados de potestades administrativas o externalizados que realicen actividades materiales públicas que hayan sido sometidos a procesos judiciales indemnizatorios, y en nuestro derecho estos casos están completamente apartados de la acción de regreso, porque el legislador ha cuidado que las Administraciones públicas no se hagan responsables patrimonialmente de estos hechos cometidos por dichos terce-

8. El artículo 2001 del CC peruano establece que el plazo de prescripción para la responsabilidad civil extracontractual es de dos años desde que la víctima tuvo conocimiento del daño y de la identidad del responsable. Esto significa que cualquier acción judicial por responsabilidad extracontractual debe iniciarse dentro de este período, contado a partir del momento en que se conoció el hecho dañino. Además, el artículo 233 del Código Civil estipula que el plazo de prescripción para la acción de responsabilidad civil es de dos años. Además, el Informe de Control Específico de la Contraloría no puede extender la aplicación del régimen de responsabilidad civil contractual más allá del término de la relación contractual del demandado. De acuerdo con el artículo de prescripción de dos años, las acciones por responsabilidad civil deben ser iniciadas dentro de este periodo desde la ocurrencia del hecho.

9. Por todas, ver Casación Laboral N.º 15867-2015.

ros sujetos, indicándose, de manera muy escueta, que las “entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas” (ver numeral 260.1 del TUO LPAG); y, por último, (iii) el modelo peruano de acción de regreso (sea por incoación propia o por evidencia obtenida desde un informe de control) puede ser ejercitado por cualquier Administración pública o empresa pública, sin importar su condición organizativa o territorial, su objeto o su cuestión funcional propia. El modelo es altamente descentralizado.

5. La exigencia de elementos subjetivos o de valoración de la conducta del sujeto pasivo

Todos estos puntos han sido tratados por la jurisprudencia civil y laboral aplicable a los distintos casos concretos. Resumo a continuación varias de las consideraciones que han sido usadas por los tribunales de justicia peruanos, además de las normas más relevantes que aparecen tras estos elementos del régimen. Así, en primer lugar, en el ámbito de la responsabilidad civil, resulta imprescindible la *existencia de un daño o una lesión* para que se genere la obligación indemnizatoria. En concreto, a fin de que procedan la acción de regreso y la consiguiente indemnización, debe probarse la existencia de un daño cierto, es decir, uno existente y consistente, además de injusto. En ese sentido, una lesión no puede ser hipotética.

En este sentido, **la certeza de esta lesión** se verifica a través de la probanza efectuada exclusivamente por el demandado, mediante la existencia de la utilidad en poder del damnificado al momento del daño y su consecuente pérdida. En casos en que sea necesaria la subsistencia de la lesión, lo que se requiere es que, al momento de realizar la pretensión indemnizatoria, aún se verifiquen sus efectos. El requisito de especialidad se relaciona con la afectación de un interés que ha merecido juridicidad por parte del ordenamiento jurídico. Es decir, que se encuentre tutelado por el mismo y que confiera, en ese sentido, al titular afectado el derecho de actuar en protección de la afectación generada a dicho interés. Ello, en orden a lo previsto en el artículo 1321 del CC: “queda sujeta a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuosos, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante”.

Ahora bien, con relación al requisito de **injusticia**, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento el mismo se rige por un criterio de “atipici-

dad”, en el sentido de que se parte de la premisa de que toda lesión a un interés protegido es injusto, a menos que expresamente, por medio de una norma legal, se definan supuestos de daños justamente sufridos, como es el caso de los supuestos definidos en el artículo 1971 del CC: i) ejercicio regular de un derecho; ii) legítima defensa; y iii) estado de necesidad. En cualquier caso, este elemento se adapta muy bien a los derechos y bienes incluidos dentro del macroconcepto de patrimonio público.

Por otro lado, en nuestro derecho han aparecido **distintos daños** patrimoniales públicos que han sido planteados de manera más corriente, tales como i) daño emergente, cuando existe una pérdida patrimonial efectivamente sufrida; o ii) lucro cesante, cuando existe una ganancia frustrada o dejada de percibir. Aquí es más difícil la probanza de daños extrapatrimoniales públicos, aunque se ha intentado en recientes casos penales (sin mucho éxito procesal), tales como i) daño al buen nombre de la Administración pública¹⁰.

A partir de los conceptos de daños que acabo de resumir, resulta importante señalar que se han definido otros elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del agente público, en las siguientes consideraciones jurisprudenciales y normativas relevantes¹¹:

- a) Primer elemento, **intencionalidad de daño**, entendida del siguiente modo: “cuando se trata de un funcionario al que se le imputa responsabilidad por sus actos funcionales, el examen no se reduce al hecho de que su actividad se haya producido en contravención a algún dispositivo legal, motivo por el cual, incluso, luego el acto puede ser anulado, sino además debe verificarse si se realizó con el ánimo de producir daño”¹².
- b) Segundo elemento, **antijuridicidad**, entendida según los hechos, dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, como siempre

10. Cfr. Taboada Córdova (2003: 19).

11. Estas posturas jurisprudenciales peruanas se encuentran cercanas a las expresadas por la jurisprudencia española. Por todas, ver la sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de marzo de 1998 (RJ 1988, 2488), citada por Bartual Ramón (2015). En dicha sentencia se indica que los elementos de esta categoría son: “a) el primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o a perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente; b) en segundo lugar la lesión se define como daño ilegítimo; c) el vínculo entre la lesión y el agente que produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas, d) finalmente la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado”.

12. Ver Casación N.º 2360-2017-Lima.

exclusivamente típica, según lo preceptuado por el artículo 1321 del CC. Esto daría lugar a los siguientes patrones de conducta antijurídicos:

- Incumplimiento en sentido estricto: en este caso, el funcionario público o trabajador de empresa pública simplemente no ejecuta su obligación o deber, por lo que ni siquiera existe un supuesto de cumplimiento tardío, parcial, defectuoso o inexacto en términos espaciales.
- Cumplimiento tardío o inexacto en términos temporales: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación o deber, pero de manera tardía, es decir, en un momento posterior a aquel en que se había establecido por una fuente jurídica exacta.
- Cumplimiento inexacto en términos especiales: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación o deber, pero sin respetar ciertas condiciones especiales establecidas jurídicamente (modo, condición, temporalidad).
- Cumplimiento parcial: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación, pero no íntegramente, sino que solo cumple parte de ella.
- Cumplimiento defectuoso: en este supuesto, el agente público ejecuta su obligación, pero de manera defectuosa, en condiciones y con características distintas a las establecidas, es decir, existe una divergencia entre la obligación ejecutada y aquella que fue introducida por el derecho.

Ahora bien, sobre este elemento, en cuanto a la antijuricidad, la Corte Suprema señaló lo siguiente¹³:

4.6. Al respecto, uno de los principales elementos, es el de la antijuricidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico¹⁶.

13. Ver Casación N.º 3230-2019-Lima.

En suma, siempre primero debe revisar los hechos que puedan ser estimados como *antijurídicos*, principalmente, y en este caso, los comportamientos considerados por el ordenamiento como **deberes funcionales**. Solo si se comprueba este elemento y su conexión con el sujeto activo (el productor de la posible lesión) se podrá pasar al examen de la causalidad, los factores de atribución y el tipo de daños a ser indemnizados. Si se quiere los indicados son elementos sucesivos, que si se van consolidando uno a uno, se puede avanzar al siguiente.

- c) El elemento **imputación**, que aparece unido a la causalidad. Así, para que surja la responsabilidad patrimonial, deben concurrir, además: (i) la imputación de conductas, y (ii) la imputación de daños a las conductas previamente imputadas. Entonces, se afirma que solo procede imputar una lesión propia de este régimen cuando el imputado, “con su actuación, además de haberlo causado (además de que haya relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño), haya creado un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido de producirlo, y dicho riesgo – y no otro: fuerza mayor o intervención de la víctima o de un tercero – sea el que se haya realizado en el resultado lesivo”¹⁴.
- d) El elemento **causalidad**, por el cual se ha indicado lo siguiente: “conducta antijurídica abstractamente considerada de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido el factor in concreto”¹⁵. Adicionalmente, en materia contractual, la relación de causalidad está recogida en el artículo 1321 del CC, el cual hace alusión al resarcimiento de los daños derivados de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata o directa de tal inejecución.
- e) Los factores de atribución, en este caso, como elementos aparecen en nuestro Código Civil bajo el sistema subjetivo de la **responsabilidad contractual**, recogido en el artículo 1321 del CC, cuyo texto señala lo siguiente:

14. Cfr. Mir Puigpelat (2012: 251).

15. Taboada Córdova (2003: 85).

“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”.

En cualquier caso, el factor de atribución subjetivo se construye sobre la base de la culpabilidad de la parte incumplidora. En ese orden de ideas, para que proceda la obligación de indemnizar no solamente se requiere que se haya producido un daño, sino también que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor.

En resumen, para la configuración de la responsabilidad civil (patrimonial) de un agente público, sea funcionario público o personal de empresas públicas, se requiere la presencia de los *cuatro principales* elementos antes señalados, los cuales han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de la República como partes taxativas y obligatorias del régimen. Al respecto, se indicó que, en “ese contexto, se debe partir que la disciplina de la responsabilidad civil, [...], tiene por finalidad resolver los conflictos [...] como consecuencia de la producción del daño, y en ese sentido, en ambos casos, **para su configuración se requiere necesariamente de la concurrencia de sus elementos, tales como: la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución**”¹⁶.

6. La transmisibilidad de la responsabilidad

No existe posibilidad en nuestro derecho. La indemnización patrimonial reconocida por sentencia judicial definitiva con carácter de cosa juzgada solo puede ser ejecutada contra el patrimonio del agente público demandado, agotándose en sus límites. No existe una posibilidad general de transmisión de ningún tipo, pues no se ha considerado que este monto pueda ser considerado como derecho de crédito, salvo en algún supuesto excepcional que se explicará a continuación.

16. Casación N.º 3168-2015-LIMA.

Así, en temas propiamente sucesorios regulados en los artículos 660 y 661 del CC peruano, una sentencia indemnizatoria por ejecutarse puede ser incluida en la masa hereditaria transmitida, asumiéndose como un pasivo en los límites económicos de la primera. Además, la transmisión y aceptación de esta masa hereditaria con este específico pasivo (creado por la sentencia judicial) siempre quedará bajo la voluntad y libre renuncia del respectivo heredero forzoso. Este último supuesto es hipotético, y quedará absolutamente supeditado a la autonomía de voluntad de los diversos herederos del causante del daño al patrimonio público.

Por otro lado, si el deceso del causante se da antes o durante el proceso judicial de indemnización, simplemente se dará por concluido el respectivo proceso judicial civil o laboral, sea mediante el abandono o cualquier otra forma extintiva que pueda existir en el régimen procesal pertinente. La responsabilidad patrimonial potencial y no demostrada judicialmente se agota con la vida misma del causante del probable daño.

7. Las consecuencias de la condena en regreso o repetición

En general, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos y del personal de empresas públicas, incluyendo la aplicación de la acción de regreso, no se conecta con la definición final por actos administrativos disciplinarios o sentencias penales en nuestro derecho (derecho disciplinario y derecho penal). El *principio de independencia de responsabilidades* o también denominado de “autonomía” aparece expresamente reconocido en el citado numeral 264.1. del TUO LPAG (las “consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación”), y se convierte en una categoría clave para separar estos regímenes en sus respectivos desenvolvimientos. Por tanto, no existe conexión entre lo que se deberá especificar y concretar por parte de un juez penal en la imposición de una pena y lo procesado por parte de los órganos disciplinarios cuando instruyen o sancionan (en ambos casos, con posibilidad del uso de inhabilitaciones como penas o sanciones).

Una de las pocas posibilidades de *conexión probatoria* y de *delimitación fáctica* entre estas responsabilidades punitivas y no punitivas es que pueda utilizarse una sentencia de responsabilidad civil como medio probatorio de cargo o de descargo en un proceso penal o procedimiento disciplinario, tanto para precisar de manera indubitable algún hecho como para probar la ocurrencia efectiva de una lesión contra el patrimonio público o mostrar la aparición de más sujetos responsables.

En este punto, repito que no existen causantes privados (incluyendo contratistas) que sean procesados en este régimen de daños públicos por acción de regreso, por el alcance actual planteado en el numeral 260.1 del TUO LPAG (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”). Este tipo de sujetos privados responden en el sistema de responsabilidad civil propia apartada de cualquier fuente de derecho público, con la aplicación exclusiva del CC, el ordenamiento de los seguros y la jurisprudencia pertinente.

8. La eficacia del mecanismo de regreso o repetición

Los índices de eficacia y éxito de las acciones de regreso son bastante escasos. Además, se tiene poca información pública sobre los resultados judiciales en términos globales y específicos, además de la existencia de muchos datos judiciales confidenciales por los propios condicionantes existentes en nuestra legislación procesal. En suma, la responsabilidad patrimonial es quizás el subrégimen de la función pública y del personal del sector público más oscuro que existe en nuestro derecho administrativo. Esta misma opacidad se traslada a los potenciales acuerdos extrajudiciales o la eficacia de la tutela cautelar aplicada sobre el patrimonio de los demandados (particularmente, sobre el destino de los embargos, secuestros o inscripciones registrales de ciertos bienes).

Por otro lado, aunque se ha empezado a discutir para ciertas burocracias que tienen altos riesgos de lesión patrimonial (policías, serenazgos, personal asistencial y médicos, funcionarios penitenciarios, etc.), actualmente no existen sistemas concretos para permitir una aceleración del pago o un cubrimiento económico efectivo de las potenciales indemnizaciones, financiadas con fondos públicos (tales como seguros, mecanismos propios del mutualismo o cualquier otro elemento económico de protección). Ahora bien, aunque sí existe la posibilidad de transacción o conciliación extrajudicial en nuestro modelo de acción de regreso (como paso previo a la judicialización), en la práctica es un mecanismo solo de tránsito para llegar a la demanda final ante el poder judicial, con pocas posibilidades de utilización para llegar a un verdadero acuerdo fuera del litigio procesal (aunque, todo sea dicho, sobre esto no existen datos fidedignos y públicos).

Lo anterior viene fundamentado en la cláusula legal que da origen a la acción de regreso, la cual siempre plantea la aparición de una potestad discrecional a cargo de la Administración pública posiblemente damnificada,

pues el legislador presenta la partícula optativa clásica de la discrecionalidad administrativa (“podrá”). Esto puede revisarse en el actual numeral 260.6 del TUO LPAG, que preceptúa que, cuando “la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido”.

9. Conclusiones

Quisiera a continuación, para terminar este reporte nacional del Perú, presentar algunas conclusiones y una recomendación final respecto a la acción de regreso. Estas son las siguientes:

- a) En primer término, debo decir que el modelo peruano de la acción de regreso aplicable sobre funcionarios públicos y personal de empresas públicas es completamente errático, desordenado, altamente inestable en fuentes y sometido a una fuerte mitología conceptual. Hace falta que nuestro legislador tome en serio esta categoría y pueda plantear un dispositivo que **unifique** y **elimine** este caos sistémico que poco bien hace al interés general.
- b) Pero quizás lo más relevante de este análisis sea saber si un régimen tan deficitario e ineficaz debe seguir **existiendo**. Quizás sea necesario realizar una evaluación numérica y de montos judiciales recuperados para saber qué medidas tomar en el futuro inmediato. Más aún si en la actualidad estamos ante una forma de responsabilidad pública de los agentes antes señalados que se asemeja más a un látigo en el aire (que nunca se usa y es muy costoso) que a un mecanismo real de resarcimiento ante daños al patrimonio público. Que en este razonamiento tan necesario no nos pierda la mezquina, ficticia y misteriosa lucha anticorrupción (pública).
- c) Es evidente que la mala aplicación, la excesiva judicialización de todos los hechos potencialmente dañosos o que generen lesiones por culpa leve sobre el patrimonio público, o la falta real de ejecución de sentencias condenatorias contra malos funcionarios o personal de empresas públicas, pueden terminar siendo factores clave para la parálisis administrativa y el pavor individual de muchos buenos funcionarios públicos y personal de empresas públicas. Por eso, la acción de regreso no debe ser un factor más de acrecentamiento de este fenómeno tan nocivo llamado **administración defensiva**.

- d) Por lo anterior, es urgente tener **jueces** independientes y apartados de la contaminación mediática y la presión popular, y que sepan las particularidades de este enredado régimen, tanto del orden civil como del laboral, a fin de que puedan mostrar equilibrio y juridicidad en la sentencia final (esto último ha ido progresivamente mejorando en nuestro país). En cualquier caso, estos magistrados deberán también tener un amplio conocimiento de derecho administrativo para poder mostrar una ecuación completa frente a materia.
- e) Por otro lado, en aras de buscar siempre el equilibrio ante este régimen caótico, considero que toda Administración pública o empresa pública que pretenda demandar debe hacer un previo análisis jurídico de sus posibilidades de **éxito judicial**. Sin planificación y estrategia no se puede afrontar el estado actual de la acción de regreso peruana. Al respecto, debe entenderse que las actuales normas de control gubernamental e incluso las propias normas procesales laborales abren siempre el espacio para revisar si, en un caso concreto, se presenta esta acción judicial o no.
- f) Finalmente, quisiera proponer algunas **cuestiones conceptuales** que podrían resultar útiles para los sujetos demandantes. Estas son las siguientes: (i) la revisión de la entidad económica del potencial daño público (si compensa el esfuerzo procesal); (ii) la toma en consideración de la posible exposición al riesgo de la reconvenición (contrademanda del demandado); (iii) las posibilidades de éxito final de la acción judicial según los análisis previos de los elementos de la responsabilidad civil; (iv) el análisis económico y financiero de la previa capacidad patrimonial del probable demandado; y, por último, (v) las posibilidades procesales y sustanciales del uso de medidas cautelares para secuestrar, custodiar, embargar o inscribir temporalmente acciones, bienes y derechos del potencial demandado (sin tutela cautelar no existe estrategia alguna que lleve al éxito).

10. Bibliografía

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra.
- Bartual Ramón, V. J. (2015). La antijuridicidad. En AA. VV. *Manual de Responsabilidad Pública*. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters.
- Mir Puigpelat, O. (2012). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: B de F.

- Morón Urbina, J. C. (2013). *Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
- Vignolo Cueva, O. (2017). La reconstrucción de la noción de empresas públicas peruanas. *Revista Gallega de Administración Pública*, 54, 125-141.
- (2022). Derecho penal y administrativo. El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática. *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 1 (5), 7-36.

11. Índice de abreviaturas

CPC	Código Procesal Civil
CC	Código Civil
CGR	Contraloría General de la República
RIT	Reglamento Interno de Trabajo
TUO LPAG	TUO Ley del Procedimiento Administrativo General
LPT	Ley Procesal del Trabajo
LSNC	Ley del Sistema Nacional de Control