

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano: Aproximaciones a una Institución Pendiente de Reforma*

Lucio Andrés Sánchez Povis**

Resumen:

El autor estudia el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ordenamiento peruano, partiendo de las relaciones que guarda éste con el régimen de expropiación forzosa y las garantías que ofrece para hacer frente a los daños derivados de la actuación administrativa. En este contexto, el autor advierte las deficiencias adjetivas que este régimen padece en sede judicial y propone su reforma para lograr un régimen eficaz de responsabilidad patrimonial en un contexto de cada vez mayor intervención pública sobre los particulares.

Palabras clave:

Garantía patrimonial – Regulación – Responsabilidad patrimonial de la Administración

Abstract:

The author studies the protection that the liability of public administration regime offers against Public Administration's actions in Peruvian Administrative Law. In this context, he notes the shortcomings of such regime and proposes Peruvian legislation must change in order to overcome this weakness. Finally, the author notes that it is necessary to change this regime in order to guarantee effective economic protection against illegal decisions of the Regulatory State.

Keywords:

Property guarantee – Regulation – Liability of the Administration

Sumario:

1. Introducción – 2. Postulados iniciales – 3. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el artículo 238 de la Ley N° 27444 – 4. La pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración pública en sede contencioso-administrativa y sus deficiencias – 5. A modo de conclusión: una propuesta de reforma del actual régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública a partir de la posibilidad de plantear la pretensión indemnizatoria de forma autónoma

* A mi padre, Lucio Sánchez Avendaño.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Adjunto de docencia del curso de Derecho Administrativo Económico y Jefe de Práctica de Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del área regulatoria de Santiváñez Abogados. lucio.sanchez@santivanez.com.pe

1. Introducción

Cuando nos referimos al propósito del Derecho administrativo como ciencia jurídica, es habitual traer a colación aquella definición tradicional que deja en manos de esta rama del Derecho el reconocimiento y configuración de un conjunto de garantías a favor del administrado necesarias para hacer frente al poder ejercido por la Administración pública. Sin duda, ejemplos de este conjunto de garantías son el procedimiento administrativo, el proceso contencioso-administrativo, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Dependerá de cuán eficazmente haya sido regulada cada una de ellas, para poder concluir cuán protegidos se encuentran los particulares frente al ejercicio de dicho poder.

Desde luego, estas garantías de protección no están destinadas a impedir que la Administración ejerza los poderes que le asisten, sino que los mismos sean ejercidos debidamente. No sólo ello, sino que en el caso particular de la responsabilidad

patrimonial de la Administración objeto de este estudio, el análisis transcurre necesariamente por la evaluación de si el régimen vigente garantiza realmente que a los particulares se les indemnice por los daños que sufren con ocasión de toda actuación –incluyase también la omisión– desplegada por la Administración pública.

Sin duda, adentrarse al estudio de esta figura resulta una tarea, si no ambiciosa, bastante difícil. Esto, no sólo por la brevedad –pero valioso espacio– propia de publicaciones como la presente, sino porque su estudio supone, en nuestro país, superar también el problema de una reducida doctrina nacional existente sobre la materia¹.

Por esta razón, el estudio que se ofrece a continuación tendrá como primer objetivo describir las principales características de esta figura y el importante rol que cumple como garantía de protección del administrado para, en un siguiente momento, sumarnos al llamado de su pronta reforma. Desde luego, el recurso a la doctrina extranjera será imprescindible a lo largo del presente^{2/3}.

- 1 Deben destacarse los valiosos aportes a la fecha de: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 10ma Edición. 2014. pp. 819-832. BACA ONETO, Víctor. *¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa*. En: Revista de Derecho Administrativo. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. N° 9. 2010. 233-248. VIGNOLO CUEVA, Orlando. *La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas peruanas*. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Víctor BACA ONETO (Coords.). *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Palestra Editores. 2011. pp. 377-404. MARTÍN TIRADO, Richard. *La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 1ra parte. 2001. pp. 307-323. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 2da parte. 2003. pp. 561-599.
- 2 De gran aplicación, por cierto, sobre todo la elaborada en el ordenamiento español y a la cual este estudio se remite. Así, valga la mención de, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Editorial Aranzadi. 2006. 2da Reimpresión. pp. 145-228. La posición actual del mismo autor, en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Lima-Bogotá: Palestra – Temis. 2006. Tomo II. pp. 1273-1371. En la misma posición: LEGUINA VILLA, Jesús. *El fundamento de la responsabilidad de la Administración*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A. N° 23. 1979. pp. 523 y ss. Una posición distinta y/o crítica nos ofrecen: GARRIDO FALLA, Fernando. *El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 81. Año 1976. pp. 7-33. La misma posición en unos estudios más actuales en GARRIDO FALLA, Fernando. *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 119. 1989. pp. 7-48; y, GARRIDO FALLA, Fernando. *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A. N° 94. 1997. pp. 173-188. Por su parte, MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 150. Año 1999. pp. 317-371. Por otro lado, las propuestas más significativas de reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en: MEDINA ALCOZ, Luis. *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*. Madrid: Editorial Aranzadi S.A. 2005; MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. En: Documentación Administrativa. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. N° 237-238. 1994. pp. 239-253. Finalmente, una propuesta alternativa a las reformas antes citadas, aunque también enfocada a superar los problemas del sistema español en: MUÑOZ GUIJOSA, Astrid. *Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuricidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 187. Año 2012. pp. 97-139. Finalmente, véanse los estudios compilados en dos tomos por QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. 2da Edición.
- 3 La evolución de la responsabilidad de la Administración no ha sido materia definida y acogida de modo indiscutido. Sobre la evolución de la misma, brevemente: Cfr. NIETO, Alejandro. *Evolución expansiva del Concepto de la Expropiación Forzosa*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 38. Año 1962. pp. 93-94. El autor resume la evolución, desde el contexto francés, en tres etapas marcadas del siguiente modo: A) teológica, que se extiende desde el año VIII hasta la segunda mitad del siglo XIX, donde el principio general es la irresponsabilidad del Estado. Esto, influenciado por causas como la no desaparición de las tesis absolutistas y la creencia que el Rey no podía hacer mal. B) metafísica, hasta 1905. El aumento de la actividad del Estado lleva a que se clame el principio de responsabilidad, el cual finalmente termina imponiéndose, aunque de una manera ni general ni absoluta, a decir del *arret Blanco*. C) positiva, que inicia con el *arret Greco* de 1905, que significa el fin de la irresponsabilidad del Estado.

Sólo como precisión previa, es necesario mencionar que la responsabilidad patrimonial que enseguida se estudia se centra únicamente en los daños extracontractuales producidos por toda actividad –y omisión– de la Administración pública. Por ello, a lo largo de este estudio no se hará referencia a aquella responsabilidad surgida en el marco de un contrato celebrado con el Estado, la cual quedará sujeta a las reglas del Código Civil, de la legislación especial o a lo que las cláusulas contractuales celebradas con la Administración, de ser el caso, señalen.

2. Postulados iniciales

2.1 El carácter *ex ante* de la expropiación forzosa en contraposición al carácter *ex post* de los remedios de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Desde el Derecho administrativo, destacan tradicionalmente como garantías patrimoniales del administrado los regímenes de expropiación forzosa y de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ambos institutos, se señala, cumplen un rol complementario en el objetivo que demanda resguardar la esfera patrimonial del administrado.

Por un lado, la expropiación forzosa se erige como la potestad pública tal vez más gravosa que enfrenta el particular sobre su esfera patrimonial, la cual concluye con el despojo de los bienes de su propiedad, en supuestos excepcionales limitados por cada ordenamiento en particular. En el caso peruano, la expropiación se aprueba por Ley formal y únicamente en casos de necesidad pública y seguridad nacional, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 70° de la Constitución Política de 1993⁴. Estamos, en estos casos, ante el *ejercicio deliberado* de una potestad pública expresamente dirigido a dar fin a un vínculo real entre un bien inmueble y su titular. No hay mayor ejemplo de acto lícito ejercido por el Estado que exija también de él el pago de la correspondiente indemnización justipreciada a favor del administrado afectado.

Precisamente de lo anterior se explica por qué es común que el estudio de la responsabilidad extracontractual de la Administración parta inicialmente de relacionarla con la figura de la expropiación forzosa: a diferencia de lo que ocurre con ésta, los daños tutelados por la responsabilidad patrimonial de la Administración *no son consecuencia de actuaciones deliberadas* ni se fundan en una finalidad explícita buscada por el Estado⁵. Los daños tutelados por la responsabilidad patrimonial de la Administración no se justifican en la necesidad pública o la seguridad nacional, como sí acontece con el despojo realizado mediante la expropiación⁶.

Por esta razón, se postula comúnmente que, toda vez que los daños cubiertos por la responsabilidad patrimonial de la Administración *no son deliberados*, su aplicación debe efectuarse, más bien, de *modo residual* al ejercicio de la potestad expropiatoria. Es decir, la responsabilidad de la Administración debe emplearse como una garantía patrimonial frente a los daños generados y de aplicación *en defecto* de la tutela garantizada por la expropiación forzosa. Por tanto, si es que un daño ha sido ocasionado en el patrimonio del administrado y éste no ha sido producido con ocasión de la decisión certera del Estado de ejercer su potestad expropiatoria, entonces corresponderá evaluar la posibilidad de tutelar dichos daños por medio de la garantía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta posición, claramente, sostiene el carácter *ex ante* de la expropiación forzosa en contraposición al carácter *ex post* en la aplicación de los remedios de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Con esto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración cumple un rol de complementariedad a los supuestos de tutela que reconoce el régimen de expropiación forzosa y está llamado, por tanto, a cubrir los espacios que aquél no hubiese atendido. En ese sentido, el administrado acude a ella cuando ha sufrido daños no previstos por la actuación de la Administración o que no estuvieron dirigidos a cumplir *directamente* propósitos de interés público. Así, si

4 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

5 Para una exposición clara de la distinción entre expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración, Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. pp. 119-127. Como señala el autor, pueden surgir algunas objeciones a la diferencia efectuada. Cabe mencionar entre ellas al hecho de que la actuación de la Administración, en general, siempre está destinada a una finalidad pública, que es lo que se niega justamente en el caso del daño sujeto a responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, debe señalarse al respecto que, si bien existe una finalidad pública en toda actuación administrativa, el daño que ésta produzca no se debe al cometido de dicha finalidad, sino que viene a ser una consecuencia adicional y ocasional, no justificada en la actuación primordial de la Administración. Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. p. 121.

6 Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. pp. 119-127.

bien toda actuación administrativa está dirigida a una finalidad de interés público, puede que los daños patrimoniales que esta actuación ocasione no sean consecuencia directa de dicho cometido, sino un resultado ocasional no previsto. En tales casos, si los daños no han sido considerados como expropiatorios al no haber sido expresamente previstos como tales y no haber seguido el procedimiento de expropiación correspondiente, restará al administrado recurrir, a falta de ello, al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración y obtener una reparación sobre la base de él. Desde luego, para un reclamo patrimonial exitoso, se requerirá previamente de un régimen óptimo de responsabilidad de la Administración, que cumpla verdaderamente con complementar y dar solución a aquellos supuestos de daño patrimonial no cubiertos bajo el régimen de expropiación forzosa.

Finalmente, la expropiación forzosa no da lugar a discusiones referidas a la imputación –subjetiva u objetiva– de la actividad desplegada por la Administración (el despojo) ni mucho menos se cuestiona la decisión de despojar⁷, sino que supone un régimen expreso de protección patrimonial de aplicación previa, que da lugar al pago de una indemnización justipreciada –único extremo dejado para su discusión judicial o arbitral–. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual de la Administración genera un proceso judicial en el cual se discute la imputación de determinada conducta a una entidad administrativa, se sustentan los daños susceptibles de indemnización y se exige el pago de esta última.

Expuestas estas relaciones y diferencias, lo que se buscará a continuación será determinar qué supuestos se encuentran protegidos efectivamente por el instituto de la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento peruano y si, conforme a su rol complementario a la expropiación forzosa, cumple efectivamente con dar protección a los daños que no cuentan con tutela bajo este último régimen. Para ello, se empezará por estudiar las características y presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, para luego proceder con el análisis de

su régimen normativo y los daños sobre los cuales ofrece tutela a favor del administrado en el ordenamiento peruano.

2.2 Características de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

Una de las particularidades básicas de la responsabilidad patrimonial del Estado es que ésta **tiene lugar tanto por los daños causados por actos lícitos como ilícitos**. De este modo, la Administración no solo responde por actos antijurídicos, sino también por actos compatibles con el orden jurídico siempre que ocasionen perjuicios en los ciudadanos en un nivel que no sea exigible soportarlos⁸ o, como otros proponen, únicamente en los casos que la Ley expresa y típicamente lo señale⁹. El fundamento, por tanto, del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración está en la protección y garantía de la esfera jurídica de la víctima. Tanto las actuaciones ilícitas como las lícitas, podrán ser susceptibles de cuestionamiento bajo el régimen de responsabilidad patrimonial.

Aun así, debe entenderse que los supuestos para que la Administración responda por actos lícitos deben estar en principio bien limitados, para no dar cabida a indemnizaciones exageradas o a una amplitud desmesurada de situaciones tuteladas. Una interpretación amplia de respuesta ante daños ocasionados por actos lícitos de la Administración podría llevar a un desmedro de la caja fiscal e, incluso, a incentivos perversos por parte del administrado para verse indemnizado por toda actuación lícita desplegada por la Administración¹⁰. Sin perjuicio de ello, es bien aceptada en la doctrina una serie de supuestos de responsabilidad patrimonial por actividad lícita, entre las cuales se destacan comúnmente la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles de particulares; los daños producidos por actuaciones materiales que suponen el resguardo de la seguridad y paz de la sociedad; los daños por afectación al principio de confianza legítima del administrado por la anulación de actos administrativos¹¹; entre otros supuestos¹².

7 Salvo la ausencia de justificación basada en la necesidad pública y la seguridad nacional, la que conlleva su nulidad en sede judicial de acuerdo a lo señalado en el artículo 23 de la Ley N° 27117.

8 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Editorial Aranzadi. 2006. 2da Reimpresión. pp. 145-228. Asimismo, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Lima-Bogotá: Palestra – Temis. 2006. Tomo II. pp. 1273-1371.

9 Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. p. 254.

10 Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. pp. 196-251; PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. En: Documentación Administrativa. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. N° 237-238. 1994. pp. 239-253.

11 Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis. *Confianza legítima y responsabilidad patrimonial*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A. N° 130. 2006. pp. 275-326.

12 Valga la remisión a los supuestos que expone brevemente CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores. Tomo I. 2010. pp. 492-493.

Por otra parte, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una **responsabilidad directa**, por la cual la Administración siempre responde cualquiera que hubiese sido el grado de culpabilidad en que pudiera haber incurrido la actuación de sus funcionarios o empleados¹³. De este modo, los afectados no tienen que determinar la culpabilidad de la persona física generadora de la actuación dañosa, sino que pueden exigir directamente a la Administración el pago de la correspondiente indemnización, pues el derecho siempre lo tienen frente a ella. Desde luego, como se señaló al inicio de este estudio, esta responsabilidad tiene **carácter extracontractual**, por lo que se da al margen de la relación jurídica contractual que pudieran tener el administrado y la Administración. La responsabilidad contractual de la Administración se ventila de acuerdo a las reglas establecidas en los contratos a través de la normativa de contrataciones o la referida a los contratos de concesión que celebra el Estado con particulares.

Ahora bien, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta deberá ser **determinada judicialmente**¹⁴. Esta característica exige, en el ordenamiento peruano, la necesidad de iniciar un proceso contencioso administrativo en el cual se determine la responsabilidad y la indemnización que debe asumir la Administración por la actuación u omisión desplegada. Como se verá más adelante, este cauce procesal es trascendental para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración y el pago de la correspondiente indemnización a favor del administrado afectado, debiendo prestarse especial atención a las pretensiones que este proceso judicial reconoce al particular.

Finalmente, una última característica que la doctrina señala es que la responsabilidad de la Administración **es objetiva**, es decir, tiene lugar independientemente del concurso de culpa, negligencia o dolo¹⁵. Sobre el particular, dado que la discusión sobre este punto demandaría con seguridad un estudio exclusivo y en extenso, es necesario indicar que no adoptamos la posición por la cual la Administración debe responder amplia y objetivamente por todo daño que su actuación lícita e ilícita produce¹⁶. Con esto, si bien largamente ha sido propugnada una respuesta absoluta por parte de la Administración por los daños que su actuación genera, lo cierto es que la crítica se ha dirigido a cuestionar últimamente este postulado, sobre todo en el ordenamiento en el cual esta posición inicialmente se gestó¹⁷. Conforme a esto, lo propio es no confundir el régimen de responsabilidad patrimonial con una suerte de aseguramiento universal¹⁸ contra todo riesgo y/o daño generado por la Administración, labor para la cual no está llamada –ni preparada–. Quizá lo que menor discusión merece es que la Administración deba responder por sus actuaciones ilícitas, pero los daños derivados de aquellas que gozan de licitud deberían someterse al análisis riguroso del juez o, como otros proponen, limitarse a los supuestos taxativos que la ley señale expresamente¹⁹.

2.3 Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública²⁰

2.3.1 La lesión como daño injusto

Sin duda alguna, sin daño no existirá el deber de reparar. Para que prospere la pretensión indemnizatoria judicialmente, el daño deberá ser cierto, evaluable económicamente y subsistente.

13 Cfr. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva. *Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)*. En: QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. 2da Edición. Tomo I. pp. 46-47. Asimismo, Cfr. PERRINO, Pablo Esteban. *La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho argentino*. En: Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores. 2010. p. 437.

14 Cfr. MARTIN TIRADO, Richard. *La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio*. En: AAVV. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444. Lima: ARA Editores. 1ra parte. 2001. p. 308.

15 Cfr. PERRINO, Pablo Esteban. *La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho argentino*. En: Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores. 2010. pp. 429-465. En el sistema argentino, como lo señala este autor, la responsabilidad no es "ampliamente objetiva" como lo es el sistema español y lo fue el sistema peruano en la versión original del artículo 238 de la Ley N° 27444. En el sistema argentino se requiere evaluar que la conducta desplegada por la Administración ha sido irregular, no bastando acreditar el daño y el nexo causal.

16 En el mismo sentido se ha manifestado BACA ONETO, Víctor. *¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa*. En: Revista de Derecho Administrativo. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. N° 9. 2010. 233-248.

17 Es lo que sucedió en España, con la evolución (revisión) de la tesis planteada principalmente por GARCÍA DE ENTERRÍA y criticada por PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. En: Documentación Administrativa. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. N° 237-238. 1994. pp. 239-253; y, sobre todo, por MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002.

18 Así lo critica también MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002.

19 Nuevamente, siguiendo la tesis de Oriol MIR. De hecho, un ejemplo de un supuesto en el cual la Administración debe responder por los daños generados por sus actos lícitos es aquella que recoge, bajo una interpretación a contrario, el numeral 238.3 del artículo 238 de la Ley N° 27444, admitiéndose la indemnización por los daños derivados de la declaración de nulidad de un acto administrativo.

20 Los presupuestos desarrollados a continuación obedecen al esquema presentado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Navarra: Editorial Aranzadi. 5ta Edición. 2010. pp. 364-575.

Ahora bien, no debemos confundir perjuicio con lesión. El perjuicio hace alusión, en sentido amplio, a toda pérdida o reducción patrimonial, distinguiéndose de la lesión en que esta última supone un perjuicio patrimonial antijurídico. De este modo, un perjuicio se vuelve antijurídico siempre que la persona que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo²¹ o, como otros propugnan²², cuando existe una decisión expresa y típica del legislador que así lo dispone²³. Desde luego, la antijuridicidad del perjuicio no derivará necesaria y únicamente de una conducta ilícita, sino que bien podrá derivarse de una actividad lícita. No resultará relevante, por tanto, para evaluar si nos encontramos frente a una lesión, dilucidar sobre el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa causante del daño, sino sobre los efectos que ésta produce en el particular y si éste tiene o no el deber de soportarlos.

En consecuencia, la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predicará del efecto de la acción y no de la acción administrativa en sí misma. La distinción entre uno u otro caso se realizará a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto no existan causas de justificación que legitimen el perjuicio²⁴.

2.3.2 *La relación de causalidad, como vínculo o relación que debe mediar entre el daño y la acción estatal*

Se suele afirmar que para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo (causalidad adecuada).

Sobre la base de este presupuesto, por tanto, se evaluará si las consecuencias o daños patrimoniales producidos pueden considerarse originados por determinada actividad de la Administración, a fin

de no imputarle erróneamente a esta última la responsabilidad por los daños acaecidos.

2.3.3 *La imputación*

Para que surja la responsabilidad es preciso que esa lesión pueda ser imputada, esto es, jurídicamente atribuida a un sujeto distinto de la propia víctima. La imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño.

Si bien en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la lesión se deriva del comportamiento de personas que están integradas a la estructura de la Administración pública y que actúen dentro del marco legítimo o aparente de sus funciones, la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño es suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración y no al funcionario, bajo un criterio estrictamente orgánico.

La imputación de la lesión a la Administración brinda un necesario control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional medida bajo la sanción de responsabilidad patrimonial. Del mismo modo, en los supuestos de inactividad material de la Administración, el sistema de responsabilidad patrimonial actúa como correctivo del mismo.

3. **La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el artículo 238 de la Ley N° 27444**

En el ordenamiento peruano, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública se ha reducido a una disposición legal consagrada en el artículo 238 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. El artículo en cuestión fue objeto de una modificación legislativa mediante el Decreto Legislativo N° 1029 en el año 2008. La versión original, anterior a la modificación, era sin duda una expresión de lo

21 Es la tesis ya señalada de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Lima-Bogotá: Palestra – Temis. 2006. Tomo II. pp. 1296-1304. Un resumen de la misma puede encontrarse también en el Prólogo que el maestro español realiza al libro de Oriol Mir. Cfr. MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. pp. 19-26.

22 Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. p. 254.

23 Existe una discusión teórica que se da en la doctrina entre: i) quienes sostienen una distinción entre las nociones de indemnización y de responsabilidad, señalando que esta última surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración pública sin título jurídico para ello; mientras que por su parte, la indemnización tiene su lugar en el campo de la actividad administrativa lícita (GARRIDO FALLA); y, ii) quienes, por su parte, trasladan su postura al campo de la lesión y señalan que quedan incluidas dentro del ámbito de la responsabilidad las conductas dañosas que tengan origen en una actuación bien lícita, bien ilícita (GARCÍA DE ENTERRÍA). Cfr. NIETO, Alejandro. *Evolución expansiva del Concepto de la Expropiación Forzosa*. En: Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 38. Año 1962. pp. 68-69

24 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Lima-Bogotá: Palestra – Temis. 2006. Tomo II. pp. 1296-1297.

que anteriormente había recogido la legislación española, por lo que podía mencionarse incluso que no sólo se habían recogido las virtudes de este desarrollo legislativo extranjero, sino también sus bemoles, afortunadamente bastante estudiadas y advertidas por la doctrina de dicho país.

No obstante, con la modificación legislativa realizada, el caso peruano ha pasado a ser uno peculiar, por lo que se estima conveniente estudiar las disposiciones que la misma contiene e identificar a grandes rasgos las principales características del régimen de responsabilidad de la Administración en el Perú, siempre dirigiendo dicho estudio a nuestro propósito de verificar si esta institución cumple eficazmente o no con su rol ya expuesto de complementariedad al régimen de expropiación forzosa en nuestro país.

3.1 Sobre las responsabilidades previstas en el Derecho común y en las leyes especiales

La modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 1029 tuvo la desafortunada decisión de introducir en el numeral 238.1 del artículo 238 de la Ley N° 27444 una disposición que señalaba que las entidades debían ser patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos que les causaran sus actos o los servicios públicos directamente prestados por ellas, *sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales*.

Esto último, sin embargo, trae serios problemas de interpretación. El primero está referido a la aparente necesidad de acudir al Derecho común y a las reglas de responsabilidad previstas en la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil. Esto, pese a que el artículo 238 tiene precisamente la finalidad de cubrir dicho ámbito de responsabilidad.

No es la finalidad de este estudio negar el origen común que tiene la responsabilidad civil y la responsabilidad de la Administración en el Derecho civil²⁵; sin embargo, el régimen de la responsabilidad de la Administración supone un régimen autónomo diferente al régimen del Derecho común y que, por tanto, merece una disposición especial. Esto no supone apartarse de la finalidad común que envuelve al sistema de responsabilidad, sino advertir que las normas

de responsabilidad del Derecho civil están desarrolladas para aplicarse en una relación entre agentes privados, por lo que, en último caso, de ser aplicadas a la Administración pública –y éste es el segundo problema detectado– supondrían una interpretación forzada y a veces absurda de disposiciones del Código Civil peruano para ser aplicables en sede administrativa.

De igual modo, surge la interrogante de si el legislador al modificar dicho numeral 238.1, estaba permitiendo que en algunos casos resulte aplicable la regla de responsabilidad subjetiva prevista en el Código Civil peruano²⁶ de modo supletorio a lo desarrollado en la Ley N° 27444. Independientemente de la respuesta que se obtuviese en este caso, la introducción de una disposición como la aludida llevaría incluso al exceso de hacer responsable a la Administración por las reglas del artículo 238 y, adicionalmente a ello, a responder en virtud a las reglas del Código Civil.

Una interpretación que proponemos es que la alusión a las responsabilidades del Derecho común y las reguladas en leyes especiales hacen mención en realidad a la responsabilidad contractual de la Administración pública, cuyas reglas pueden encontrarse en lo normado en el Código Civil y en leyes especiales referidas a contratos del Estado como son el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (próximo a ser derogado por la Ley N° 30225); y, las referidas a contratos de inversión como son el Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, entre otras.

Por tanto, en la interpretación realizada, la mención del numeral 238.1 a las normas de Derecho común y leyes especiales supone una suerte de precisión de que el objeto de desarrollo del artículo 238 y del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración está referido únicamente a la responsabilidad extracontractual de esta última y no a la responsabilidad contractual.

25 Bien se ha advertido el trascendental rol cumplido por el Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo. Por todos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Madrid: Civitas Ediciones. 2da Edición. 1996. pp. 25-67.

26 Ello, incluso, no tan acertado, considerando que el artículo 1969 del Código Civil no alude a una regla plenamente subjetiva, toda vez que el dolo o la culpa se presume, correspondiendo su descargo al autor del daño.

3.2 Actos por los cuales debe responder patrimonialmente la Administración

El numeral 238.1 del artículo 238 alude que la Administración responde por los daños directos e inmediatos causados por *los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por ella*.

Con esta disposición, el artículo 238 está haciendo referencia a toda actuación administrativa, lo cual no se resume a los actos administrativos²⁷ sino que también abarca las demás actuaciones administrativas como son las actividades materiales de las entidades e, incluso, la omisión. Por su parte, la mención a *los servicios públicos directamente prestados por la Administración* no hace referencia en estricto a los servicios públicos económicos que se encuentran en titularidad de la Administración, sino genéricamente equipara el concepto de servicio público al despliegue de la función administrativa.

En ese sentido, en el ordenamiento público peruano, toda omisión y actuación –formal o material– desplegada por la Administración, está sujeta, en tanto cause una lesión al administrado, al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta amplitud del objeto sujeto al régimen de responsabilidad no hace sino confirmar la posición seguida de que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública tiene un carácter residual y opera en defecto del régimen de expropiación forzosa, razón por la cual intenta abarcar ampliamente todos los supuestos adicionales o restantes de daño patrimonial que puede sufrir el administrado y, del mismo modo, los daños no patrimoniales

producidos en el particular y que merezcan ser indemnizados²⁸.

Esta “amplitud” es tal que se extiende no sólo a los actos lícitos, sino también a los actos ilícitos de la Administración pública. En efecto, la doctrina en el ordenamiento peruano concuerda en sostener que los daños tutelados por la responsabilidad patrimonial de la Administración pueden originarse tanto en actos lícitos como en actos ilícitos²⁹. Esta posición es sostenida, con mayor razón, toda vez que el modelo peruano adoptó normativamente el mismo modelo español de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el cual las entidades se encuentran sujetas a un régimen amplio de responsabilidad patrimonial, respondiendo por todos sus actos, tanto lícitos como ilícitos.

Una muestra expresa de supuestos de responsabilidad por actos lícitos se recoge en el numeral 238.3 del artículo 238, el cual señala que *la declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización*, disposición que bajo una interpretación a contrario, llevaría a la conclusión de que, en algunas ocasiones, la declaratoria de nulidad de un acto en sede administrativa sí puede acarrear derecho a la indemnización, pese a ser una decisión evidentemente lícita. Este sería, por tanto, un caso específico en el que la normativa peruana contempla un supuesto de responsabilidad de la Administración por actos lícitos, pues no hay duda que la anulación de un acto administrativo corresponde al ejercicio de una potestad de autotutela ejecutiva reconocida en la Ley del Procedimiento Administrativo General y, por tanto, lícita³⁰.

27 Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

28 Como en estricto son los frecuentes casos de mala práctica médica en hospitales nacionales y las infecciones con VIH por transfusiones de sangre realizadas en dichos centros de salud, por mencionar un ejemplo.

29 Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 10ma Edición. 2014. pp. 821-822. MARTÍN TIRADO, Richard. *La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 1ra parte. 2001. pp. 307-323. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444*. Lima: ARA Editores. 2da parte. 2003. pp. 561-599.

30 Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

Ahora bien, por otro lado, aunque se encuentra sujeta a un amplio régimen de responsabilidad patrimonial, en algunos supuestos la Administración no responde por las lesiones que su actuación produce. Muestra de ello es la inclusión expresa en el artículo 238 de un conjunto de “causas no imputables”, por las cuales la Administración no responde patrimonialmente o queda exenta de responsabilidad. Así pues, el citado artículo señala:

*“Artículo 238.- Disposiciones Generales.
(...)”*

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.”

De la lectura del artículo anterior, se advierte que el legislador consideró como “causas no imputables” a la fuerza mayor o caso fortuito; el hecho determinante del administrado damnificado o de un tercero; y, la actuación razonable y proporcional en defensa de la vida, la integridad y los bienes de las personas o los bienes públicos³¹. Llama la atención, por su parte, la consideración del “deber jurídico de soportar el daño” como supuesto de no reparación, figura con la cual podría abrirse la posibilidad de excluir el pago de una indemnización al administrado bajo un concepto que no cuenta con una definición clara, al menos no a partir del modo en que se la recoge en la Ley N° 27444. Parece más bien que el “deber jurídico de soportar” hace referencia a los daños producidos por actos lícitos y no ilícitos. Sería absurdo admitir, pues, que la Ley N° 27444 admite la existencia de actos ilícitos cuyos daños producidos deben ser soportados por el administrado. Bajo esta

interpretación, por tanto, el objetivo del legislador al considerar el “deber jurídico de soportar el daño” como supuesto de excepción de reparación se estaría refiriendo más bien a supuestos en los cuales los daños producidos por ciertos actos lícitos de la Administración se encuentran exentos de compensación, y se excluyen de este modo de la amplitud de supuestos del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

3.3 El daño debe ser directo e inmediato

La mención al *daño directo e inmediato* que realiza el numeral 238.1 de la Ley N° 27444 alude evidentemente al nexo causal entre el daño y la actuación que lo produce, acogiendo lo que en doctrina se identifica bajo la denominada teoría de la “causa adecuada”. Al seguir esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración considera que los daños son atribuibles a una actividad cuando producida ésta el daño resulta ser consecuencia adecuada de la misma.

Con ello, esta disposición tiene el propósito de identificar hasta qué punto determinados daños deberán ser imputados a la actuación de la Administración y cuáles otros deberán considerarse, por el contrario, producidos como resultado de una circunstancia que escapa a la que originó directamente una determinada actuación administrativa.

3.4 Daños por los cuales responde la Administración

De acuerdo a lo señalado por el numeral 238.4 de la Ley N° 27444, el daño debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos. Con esto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración considera dentro de su ámbito de aplicación únicamente aquellos daños que, por un lado, son perfectamente concretos y recaen directamente en el patrimonio de un administrado o grupo de administrados y, por el otro, exceden también lo que podría considerarse una carga común de la vida social³².

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

31 i) El caso fortuito o fuerza mayor: el daño resulta de un acontecimiento, previsto e imprevisto, pero en todo caso irresistible y ajeno al ámbito dominado por o a la disposición del demandado, en cuanto exterior a su propia organización o esfera de actividad, lo que excluye el deber de reparar dicho daño.

ii) Hecho determinante del propio damnificado o de tercero. Así por ejemplo, aquel ciudadano que participa en una revuelta estudiantil y, por los excesos del mismo, es agredido por las fuerzas del orden.

iii) Actuación razonable y proporcional en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos, como puede ser el caso por ejemplo de los daños que ocasione una intervención policial en una persecución vehicular contra un grupo de secuestradores.

32 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Editorial Aranzadi. 2006. 2da Reimpresión. pp. 182-183.

Desde luego, con lo dispuesto en el numeral 238.4 de la Ley N° 27444, se estaría descartando la posibilidad de cuestionar actos normativos; es decir, aquellos actos que tienen efectos generales y que son de aplicación no sólo para una situación actual, sino para situaciones futuras, al tener labor de permanencia de acuerdo a su vigencia³³. De este modo, no estarían incluidos dentro de la tutela del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquellos perjuicios ocasionados por normas reglamentarias emitidas por la Administración, ni mucho menos, por supuesto, los perjuicios patrimoniales provenientes de la ley y normas con el mismo rango, al estar limitada la responsabilidad patrimonial de la Administración a toda actividad administrativa que conlleve tan solo efectos particulares.

Por otra parte, la mención que realiza el numeral 238.4 sobre el carácter “valuable económicamente” podría generar algunas dudas sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral y el daño a la persona. Sin embargo, el numeral 238.5 precisa que la indemnización comprende, además del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, de modo que podría entenderse cubierta dentro de estos últimos la posibilidad de compensar los daños directos que la actuación administrativa ocasione sobre derechos de carácter no patrimonial del administrado, como son la salud, la integridad personal, entre otros. Con esta disposición, por tanto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración excede la tutela de la garantía patrimonial del administrado e involucra, más allá de ella, la protección de bienes y derechos no patrimoniales del administrado.

Finalmente, debe entenderse de acuerdo al numeral 238.4, que la indemnización al administrado debe suponer una reparación integral por el daño que la actuación administrativa le causó. Esto supone, en materias estrictamente patrimoniales, que al administrado debe restituirse su patrimonio al valor del que gozó con anterioridad al suceso dañoso. Pero no solo ello. En la cuantía de la indemnización deberá incluirse, además, el importe referido al lucro cesante, de modo tal que se proteja efectivamente al administrado.

3.5 Derecho de la Administración a repetir contra los funcionarios responsables y demás personal a su servicio

Por último, y no se busca ahondar al respecto, el artículo 238.6 de la Ley N° 27444 señala 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, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio.

De este modo, por la repetición se activa la responsabilidad interna del funcionario para con la Administración, por el dolo, culpa o negligencia con la que hubiese actuado y siempre que no existan causas que lo eximan de responsabilidad. La acción de repetición se ventilará en un proceso judicial, sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución. Cabe agregar que esta repetición es una obligación que debe ser exigida por la Administración de oficio y no queda condicionada a su mera discrecionalidad³⁴.

4. La pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración pública en sede contencioso-administrativa y sus deficiencias

Si bien se ha expuesto el amplio ámbito de protección del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento peruano, la problemática que gira en torno a dicha institución no se reduce únicamente al artículo 238 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sino que, adicionalmente a ello, la normativa procesal que desarrolla la pretensión referida a la indemnización por los daños ocasionados por la Administración pública contiene varios inconvenientes que en la actualidad han hecho de este instituto una figura inutilizada, un mero instituto de discusión que carece de aplicación casuística.

33 Un estudio sobre los actos normativos y particulares y su aplicación a la distinción entre actos administrativos y reglamentos en: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1988. Tomo I. pp. 723 y ss. Véase también lo expuesto por MARTIN TIRADO, Richard. *Análisis de la “función normativa” de los organismos reguladores de la inversión privado en los servicios públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad*. En: Ius Et Veritas. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 24. 2002. pp. 93-112; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. pp. 207-287. Así mismo, BACA ONETO, Víctor y Antonio ABRUÑA PUYOL. *El Reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho peruano?* En: *Revista de Derecho*. Piura: Universidad de Piura. N° 11. 2010. pp. 71-92.

34 En el mismo sentido, Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. 10ma Edición. 2014. pp. 831-832.

No se pretende a continuación agotar el estudio del proceso contencioso en el ordenamiento peruano, sino describir cuál es el alcance de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración y, de ser el caso, qué deficiencias contiene la misma que impiden una efectiva tutela de parte de dicha institución. Este análisis no es en vano, pues como se ha enfatizado anteriormente, el régimen de responsabilidad de la Administración está llamado a tutelar los daños que el régimen de expropiación forzosa no contempla dentro de su ámbito de aplicación, por lo que su importante rol sustantivo debe tener una correspondencia equivalente en el ámbito procesal.

El artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, regula las pretensiones que podrán ser formuladas por el administrado ante esta sede contencioso-administrativa. Expresamente, este artículo prevé las siguientes pretensiones:

“Artículo 5.- Pretensiones

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

a alguna de las pretensiones anteriores”
(Subrayado agregado)

De las pretensiones anteriores, es el numeral 5 el dispositivo que regula la pretensión materia de estudio en este apartado y respecto de la cual se advierten algunas deficiencias que terminan limitando la protección que sustantivamente ofrece el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Así pues, a diferencia de lo que prevé actualmente el numeral 5 antes citado, el texto original del Proyecto de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo³⁵ incluía de modo independiente una pretensión referida únicamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, procurando evidentemente que este régimen tuviera efectividad procesal.

Lamentablemente, la redacción de esta pretensión en dicho Proyecto fue suprimida al momento de aprobarse la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, y aunque podía entenderse que se encontraba de todos modos prevista en la pretensión regulada en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley original –como “pretensión de plena jurisdicción”³⁶–, se agregó en su artículo 26 una disposición que señalaba que la pretensión indemnizatoria se debía plantear como pretensión principal de acuerdo a las reglas de los códigos Civil y Procesal Civil, creándose una suerte de dos fueros procesales donde podían ventilarse cuestiones que deberían verse en uno solo, es decir, en el proceso contencioso administrativo³⁷. Sin embargo, mal que bien, la pretensión indemnizatoria contaba con verdadera eficacia procesal.

Posteriormente, con la dación del Decreto Legislativo N° 1067, se introdujo dentro del conjunto de pretensiones posibles en sede contencioso-administrativa una quinta pretensión referida a la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración pública (numeral 5 antes citado). La virtud de esta modificación, sin duda, fue que se superó la problemática de tener dos fueros procesales para discutir asuntos de responsabilidad de la Administración. No obstante, originó un problema mayor, al dejar prácticamente inutilizable la tutela que ofrecía el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. En estricto, luego de la modificación introducida,

35 La preparación del Proyecto de Ley estuvo a cargo de la Comisión Presidida por el Dr. Jorge Danós Ordóñez.

36 Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Jurista Editores. 2006. pp. 845- 860.

37 Esto, sin duda, fue ampliamente criticado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Jurista Editores. 2006. pp. 903-910. Brevemente también Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *El actual proceso contencioso-administrativo peruano, y las peligrosas repercusiones de no asumir plenamente un contencioso de plena jurisdicción*. En: *Derecho y Sociedad*. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 23. 2004. p. 13.

se acortó gravemente el universo de actuaciones administrativas (actos, hechos y omisiones) que podían dar origen a una responsabilidad de la Administración en sede contencioso-administrativa.

Así pues, el numeral 5 del artículo 5 introducido por el Decreto Legislativo N° 1067, prevé que el daño susceptible de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración es únicamente producido por una "actuación impugnabile", valga decir, por cualquiera de las actuaciones a las que alude el artículo 4 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo³⁸, las cuales hacen referencia, aparentemente, a toda actuación material o formal de la Administración.

Sin embargo, el citado artículo 5 concluye señalando que la presentación de la pretensión indemnizatoria deberá realizarse de modo acumulado a otra de las pretensiones previstas por el mismo artículo. Con ello, y en atención a lo que disponen las pretensiones restantes, la indemnización únicamente podría solicitarse como resultado del cuestionamiento de una actuación –formal o material– que sea *ilícita*³⁹. Es decir, sólo podría reclamarse la efectiva responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de actuaciones ilegales, pese a que, como se señalara antes, la responsabilidad de la Administración puede derivarse también de actuaciones *lícitas*.

En este sentido, si bien sustantivamente la responsabilidad patrimonial de la Administración pública puede originarse en toda omisión y actuación lícita e ilícita, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo restringe esta posibilidad únicamente a los daños derivados de toda omisión y actuación *ilícita*. En resumidas cuentas, son graves las deficiencias del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, por lo que los daños susceptibles de indemnización, en realidad, sólo lo son en el plano sustantivo, mas no procesal.

5. A modo de conclusión: una propuesta de reforma del actual régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública a partir de la posibilidad de plantear la pretensión indemnizatoria de forma autónoma

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, llamado a complementar los supuestos de protección frente a daños susceptibles de indemnización que el régimen de expropiaciones no comprende, ofrece tan solo una limitada eficacia en nuestro ordenamiento. Como se señaló en su momento, el TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo únicamente prevé pretensiones destinadas a requerir una indemnización por los daños producidos por actuaciones administrativas ilícitas, dejando procesalmente sin efecto los reclamos por daños producidos por actuaciones administrativas. Esta problemática se deriva, básicamente, de la necesidad de plantear la pretensión indemnizatoria de manera acumulada a alguna de las pretensiones previstas en el TUO, cuyos presupuestos son la ilicitud de la actividad administrativa.

Ante esta situación, se propone suprimir esta condición y permitir que la pretensión pueda presentarse de manera autónoma. Con esta modificación, la pretensión indemnizatoria tendría efectividad contra todo daño producido por la actuación –lícita o ilícita– u omisión de la Administración, cubriéndose ampliamente, en términos adjetivos, el universo de daños patrimoniales que la actuación administrativa puede producir y que el régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial de la Administración contenido en el artículo 238 de la Ley N° 27444 reconoce que deben ser compensados⁴⁰.

Desde luego, esta acción de reforma deberá concretarse en una iniciativa legislativa que modifique la actual redacción del artículo 5 del TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo y la reconduzca en el sentido aquí expuesto. ☒

38 Artículo 4 del TUO de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo: (...)

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

39 Con la salvedad de la pretensión del numeral 4, referida a daños por omisión, en la cual el daño sólo puede derivarse de una actuación ilegal (la Administración no realiza aquello que por ley está obligado a hacer).

40 Del mismo modo lo hemos sostenido en: SÁNCHEZ POVIS, Lucio Andrés. *La garantía patrimonial del administrado en el ordenamiento peruano y la necesidad de un régimen eficaz de responsabilidad del Estado en el marco de un Derecho público globalizado*. En: Revista de Derecho Administrativo. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 14. 2014. pp. 383-406.