



<https://doi.org/10.18800/dys.202202.012>

FECHA DE RECEPCIÓN: 16/09/2022
FECHA DE APROBACIÓN: 10/12/2022

APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Introductory notes about the bases of the patrimonial liability of the Administration Public

Vicente Brayan Villalobos Villalobos* **

Universidad de San Martín de Porres

* Bachiller en derecho. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Administrativo (CEDA) y del Centro de Estudios de Contrataciones del Estado (CECE), ambos de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Miembro del círculo estudiantil Lex Patria – C. Jurídico. Ex practicante preprofesional de la Zona Registral N° IX – Sede Lima y ex practicante profesional de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Actualmente, es asistente legal de la Dirección General de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS). ORCID iD: 0000-0003-2384-9771. Contacto: vicentevillalobos2196@gmail.com

** Un agradecimiento a Vicente Villalobos Laredo, basamento de mi vida.

Resumen:

La responsabilidad patrimonial del Estado es un tema perteneciente a la parte general del derecho administrativo. En el derecho peruano, esta institución no tiene un claro y profundo desarrollo teórico como sí lo tiene el sistema de responsabilidad civil aplicado en el derecho privado. Mediante el presente trabajo, el autor esboza algunas consideraciones genéricas sobre los fundamentos del deber de resarcir a cargo de la Administración Pública, generada cuando, en el ejercicio de sus potestades atribuidas legalmente, causa lesiones en los intereses jurídicamente tutelados de los administrados. Así, el propósito de este trabajo es establecer una aproximación en sede nacional sobre la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin perjuicio de reconocer la influencia de algunas instituciones del derecho privado.

Abstract:

The patrimonial responsibility of the State is an issue belonging to the general part of administrative law. In Peruvian law, this institution does not have a clear and deep theoretical development as the civil liability system applied in private law does. Through this paper, the author outlines some generic considerations on the foundations of the duty to compensate by the Public Administration, generated when, in the exercise of its legally attributed powers, it causes injuries to the legally protected interests of the administered. Thus, the purpose of this work is to establish an approximation at the national headquarters on the theory of the patrimonial responsibility of the State, without prejudice to recognizing the influence of some institutions of private law.

Palabras clave:

Administración Pública – Función administrativa – Responsabilidad patrimonial del Estado – Principios constitucionales – Acción contenciosa administrativa – Autotutela administrativa

Keywords:

Public Administration – Administrative function – Patrimonial responsibility of the State – Constitutional principles – Contentious administrative action – Administrative self-protection

Sumario:

1. Introducción – 2. Necesidad de distinguir la responsabilidad patrimonial estatal del sistema de responsabilidad civil del derecho privado – 3.

Fundamento constitucional del deber estatal de resarcir – 4. La fuente legal del deber de la Administración Pública de responder patrimonialmente – 5. Conclusiones – 6. Lista de referencias

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho administrativo peruano, lamentablemente, no hay un cabal desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños irrogados a los administrados como consecuencia del ejercicio defectuoso de su función administrativa, atribuida por mandato constitucional; al menos, no al mismo nivel que se tiene en el derecho privado en materia de responsabilidad contractual (también llamada “por inejecución de obligaciones”) y de responsabilidad extracontractual (también llamada “aquiliana”). En sede nacional, este tipo de responsabilidad jurídica carece de sistematización y suficiencia, ya que contamos con normas dispersas, fragmentadas y escuetas para regular a plenitud los elementos y presupuestos de esta institución, así como los supuestos de hecho de daño a los administrados como consecuencia de la función administrativa estatal y sus correlativas consecuencias jurídicas, lo que impide construir una teoría de la responsabilidad patrimonial estatal autónoma del derecho de daños aplicable en el derecho privado. Ante este problema, lo que suele hacerse en doctrina y jurisprudencia es utilizar las bases teóricas y normativas del sistema de responsabilidad civil del derecho privado para efectivizar el principio de responsabilidad patrimonial estatal. Sin embargo, un estudio exhaustivo de los perjuicios de los administrados irrogados por la Administración Pública, nos permite advertir que ambos sistemas de responsabilidad no deben compartir los mismos fundamentos.

El tema es inagotable. No obstante, por el motivo antes indicado, mediante este trabajo se aspira a esbozar algunas aproximaciones sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de los cuales pueda afianzarse en sede nacional una teoría autónoma dentro de la parte general del derecho administrativo. Por tanto, para este propósito abordaré algunos preceptos constitucionales y parte de la normativa legal que regula genéricamente el principio de responsabilidad estatal. Ahora bien, antes de entrar a desarrollar ello, es necesario precisar que tales fundamentos se circunscriben al tipo extracontractual, es decir, aquellos daños no derivados de patologías contractuales, sino de las tres grandes funciones estatales que encierran y manifiestan el poder público en un cuerpo político jurídicamente instituciona-

lizado: legislativa, judicial y administrativa. De esta manera, las consideraciones que aquí apuntaré, si bien se centrarán en la faceta administrativa del Estado, provienen de la teoría general de la responsabilidad estatal aplicable a dichas tres funciones públicas, mas no a las relaciones contractuales de carácter administrativo (por ejemplo, procedimientos de contratación con el Estado) ni mucho menos a las que se rigen por el derecho privado (por ejemplo, actos de gestión de bienes de dominio privado estatal, sin perjuicio de la legislación especial que regula esta materia).

2. NECESIDAD DE DISTINGUIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DERECHO PRIVADO

Este problema de distinción teórica entre el derecho público y el derecho privado en materia de responsabilidad patrimonial no parece ser endémico, sino antes bien histórico, algo que se advierte en el derecho comparado. En efecto, esta cuestión ha sido abordada por el connotado jurista argentino Juan Carlos Cassagne (2017), quien comenta que, en el derecho argentino, “las dificultades que se plantean en torno de la responsabilidad del Estado y sus agentes, [en el derecho argentino], son de índole diversa, agravadas en gran parte por la tendencia jurisprudencial a mantener los esquemas y soluciones provenientes del Derecho Civil” (p. 417). Esto lo lleva a enfatizar la necesidad de distinguir el régimen jurídico aplicable al momento de determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, señalando lo siguiente:

Quando los daños provengan de la actuación del Estado [argentino] en el campo del Derecho Civil o Mercantil (v.gr., bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del Derecho Privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil y Comercial de la Nación. En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal **dentro del campo de la potestad administrativa o en ocasión de ella**, la reparación se regirá por los principios y normas del Derecho Público, aun cuando pueda acudir al Código Civil y Comercial por analogía en el caso de carencia normativa (Cassagne, 2017, pp. 423-424). (El resaltado es nuestro).

La razón de ser de este criterio se encuentra en que la naturaleza de la actividad desplegada por el Estado en los ámbitos civiles y mercantiles es la misma que la desplegada por los particulares en las relaciones jurídicas de derecho privado, esto es, cuando la satisfacción del interés individual constituye el centro y objeto de los negocios jurídicos, motivo por el cual se vulneraría el

principio de igualdad ante la ley si se aplicara un régimen jurídico diferenciado cuando el Estado interviene en estos ámbitos. Así, Cassagne disgrega la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en: i) civil o de derecho privado; y, ii) de derecho administrativo.

Por su parte, el también jurista argentino Agustín Gordillo (2013, pp. 538-539) se encuentra en la misma línea doctrinaria al apuntar que:

De cualquier forma, el punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. Los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil, estén o no vigentes en éste en el presente **no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la actuación del Estado se refiere (...)** Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de **principios específicos para regular la responsabilidad del Estado**. Se la llama todavía, a veces, responsabilidad “civil” del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. (El resaltado es nuestro).

Esta conclusión es sencilla de entender si reparamos en la distinta naturaleza de la personalidad jurídica de los sujetos intervinientes en ambos sistemas de responsabilidad. El argumento es tan elemental como este: si la categoría de “sujeto de derecho” considera a la persona como un centro de imputación de derechos y deberes jurídicos, y la clase de personalidad jurídica determina su naturaleza pública o privada, de ello sigue que tales derechos y deberes de los particulares y las organizaciones que componen el Estado, así como las relaciones jurídicas que entablen en la sociedad, no tendrán los mismos fundamentos ni se regirán por el mismo fragmento del ordenamiento jurídico. No es, pues, lo mismo un accidente de tránsito originado por un conductor (persona natural) que la demolición arbitraria de una edificación por mandato contenido en un acto administrativo; la consecuencia material “daño” es la misma, pero los presupuestos jurídicos y la naturaleza de la relación (en una horizontal, en la otra vertical), no. Queda, por tanto, determinar cuáles son esos principios que dan fundamento propio a la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DEBER ESTATAL DE RESARCIR

Si bien esta línea divisoria entre el régimen jurídico privado y el público para la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública

no ha sido clarificada a plenitud, este déficit dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho formal no puede llevarnos a negar el reconocimiento de esta garantía en el ordenamiento jurídico peruano; antes bien, es imperioso recurrir a los principios generales del derecho, en especial, a aquellos que propugna el constitucionalismo contemporáneo, para encontrar los fundamentos jurídicos que le den soporte teórico. En buena cuenta, la garantía a favor de los administrados de la responsabilidad patrimonial estatal se desprende directamente de los principios que inspiran el vigente Estado Constitucional de Derecho, del control del poder público como una de sus características, y de la garantía de la protección de los derechos fundamentales frente a cualquier arbitrariedad que impida su pleno ejercicio, así como la restitución al estado de cosas anterior al evento lesivo o, de no ser posible ello materialmente, prestar el resarcimiento correspondiente. Se trata, pues, de una obligación estatal ineludible desde que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El rol garante del Estado respecto de los derechos fundamentales impone la obligación de no solo adecuar sus actuaciones conforme a las normas constitucionales y legales vigentes, sino también a dispensar tutela preventiva, cesatoria y *resarcitoria* de los intereses que el derecho considera merecedores de protección. En este paradigma, el viejo aforismo inglés según el cual *“the king can do no wrong”*, empleado por las monarquías absolutistas para evadir responsabilidad originada por actos de gobierno en perjuicio de sus súbditos (el pueblo) (Ortega, 1995, p. 17), ha sido sepultado para dar paso a los criterios de imputación de los daños producidos por los Estados modernos en el ejercicio de su función administrativa. Así, un primer fundamento del deber de resarcir estatal es la obligación del reconocimiento, respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales frente al poder público, sea que estén reconocidos expresamente en el listado del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), en algún otro precepto constitucional de la parte dogmática u orgánica, o derivados implícitamente de la cláusula abierta establecida por el artículo 3 de la norma suprema, y que son concretizadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y es que la persona humana y su dignidad son el punto de partida y llegada de las funciones estatales, constituyendo, por tanto, fuentes de legitimidad del poder público.

Este postulado se refuerza con las ideas expuestas por Juan Carlos Cassagne (2017), quien considera que “el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella”. Nos recuerda que la existencia y aplicación de los principios generales del derecho

no dependen del reconocimiento positivo, pues estos preexisten y prevalecen a la ley formal. Así, continúa explicando que los análisis sobre el fundamento constitucional del deber de responder estatal que se han desarrollado en la doctrina administrativista coinciden en que se encuentra relacionada de una u otra manera a los principios del Estado de Derecho (p. 429). Desde luego, una de las principales finalidades del orden constitucional es limitar el poder estatal y así proscribir la arbitrariedad contra los administrados.

Ahora bien, el jurista argentino añade a este argumento una idea que expone una génesis más del deber estatal de responder patrimonialmente frente a los administrados, la cual permite distinguirla por completo de la responsabilidad civil teorizada por la doctrina privatista sobre la base de la idea de que la fuente de la obligación de resarcir es el “deber genérico de no dañar a otro”. En contraste a esta base teórica del derecho de daños en el derecho común, Cassagne (2017, p. 428) afirma lo siguiente:

La obligación de reparar tiene como fundamento el **principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño**, desigualdad que requiere una justa restitución que responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. **La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad**, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa. (El resaltado es nuestro).

En síntesis, la idea aquí expuesta puede ser resumida con este enunciado: en el ámbito del derecho público, la activación del deber de resarcir a cargo del Estado presupone la vulneración del principio de igualdad y la producción de un daño, pero la sola ocurrencia de este último elemento no presupone dicho deber. El asidero legal de este postulado radica en los incisos 260.2 y 260.3 del artículo 260 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG); la primera de estas disposiciones establece —entre otros supuestos— que “no hay lugar a reparación cuando se trate de daños que el **administrado tiene el deber jurídico de soportar** de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias” (el resaltado es nuestro); y la segunda regula que “la declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial **no presupone necesariamente derecho a la indemnización**” (el resaltado es nuestro). Se extrae de la interpretación de estos preceptos que la sola verificación de un daño, cualquiera sea su tipo, es insuficiente para dar lugar a la obligación

de resarcir a cargo de la Administración Pública, pues tal perjuicio debe afectar el principio de igualdad, de manera que surja la exigencia de restaurar el equilibrio de la situación jurídica subjetiva del administrado perjudicado en sus intereses jurídicamente protegidos. Por consiguiente, como segundo y tercer fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado tenemos al principio de igualdad y al valor justicia.

Los postulados desarrollados hasta aquí se refuerzan con el reconocimiento a nivel internacional de la responsabilidad del Estado como una garantía contenida en el perímetro protector del derecho fundamental a la buena Administración Pública. Al respecto, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano precisa en su numeral 46 que es derecho de los ciudadanos “exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan con funciones administrativas de acuerdo al ordenamiento jurídico respectivo”. Así, nos dice este instrumento internacional que los ciudadanos están facultados para demandar ante los tribunales nacionales las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores y funcionarios públicos, para lo cual podrán solicitar un monto resarcitorio justo y equitativo, en atención a la naturaleza y magnitud de los daños irrogados. En este sentido, los fundamentos precisados hasta este punto se condensan o dan origen a la garantía contenida en el perímetro protector del derecho fundamental a la buena administración pública adscrita a nuestro derecho constitucional por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según la cual los derechos y libertades fundamentales se interpretan conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados internacionales sobre esta materia ratificados por el Estado peruano.

Para finalizar este acápite, es preciso mencionar otro fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado: la llamada *acción contenciosa administrativa*, que procede —entre otras pretensiones— para demandar a la Administración Pública que garantice tutela resarcitoria por los daños producidos ilegítimamente. Esta acción puede ser conceptualizada desde distintos enfoques; no obstante, el concepto que más se ajusta a los fines de este trabajo es el que se construye a partir de la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo.

La Constitución, en su artículo 148, consagra la acción contenciosa administrativa como el instrumento procesal que tienen los administrados para impugnar judicialmente las resoluciones administrativas que causan estado. Se trata de una pretensión que, a su vez, es una garantía constitucional de

naturaleza jurisdiccional, concedida a los ciudadanos en tanto personas humanas; la cual se inserta no en el núcleo de los derechos fundamentales, sino en su perímetro protectorio¹, debido a que faculta al Poder Judicial a controlar el ejercicio del poder público concretizado en la función administrativa del Estado, que da origen a los actos administrativos y las actuaciones materiales (sustentadas o no en tales actos) emitidas y ejecutadas por las organizaciones premunidas de función administrativa.

Por tanto, la acción contenciosa administrativa es una competencia jurisdiccional que relativiza el principio de separación de poderes² —el cual es tajante en los regímenes presidencialistas puros como los Estados Unidos— y un mecanismo de control perteneciente al sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) implementado en los Estados constitucionales, que se justifica en la necesidad de proscribir las arbitrariedades que históricamente han cometido quienes detentaron un poder absoluto, es decir, sin estar sometido al control de otro órgano capaz de equilibrar la balanza. Así, la efectividad de esta garantía es realizable mediante el proceso contencioso administrativo, que es un cauce procesal a través del cual se garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución como un *principio* de la Administración de Justicia. Esta tutela especial de las posiciones jurídicas subjetivas que los administrados detentan en su relación con la Administración Pública (relación vertical) garantiza —entre otros derechos— el resarcimiento patrimonial de los daños ocasionados como consecuencia del despliegue de las actividades administrativas interventoras, de fomento y de prestación de servicios públicos.

De esta manera, a través del proceso contencioso administrativo, los ciudadanos están facultados para plantear pretensiones resarcitorias contra la organización con función administrativa autora del daño padecido. Más

¹ Sostengo la tesis de que la acción contenciosa administrativa es una modalidad de tutela jurisdiccional efectiva, que forma parte de la estructura de los derechos subjetivos, exactamente, en el perímetro protectorio, por cuanto tiene una relación mediata o indirecta con el núcleo-razón que funda el derecho. Así, el derecho subjetivo existe, aunque no se le otorgue un mecanismo de tutela jurisdiccional, pues la existencia de este se justifica en la obligación de garantizar aquel. Sobre el puesto de la tutela jurisdiccional en la estructura de los derechos, véase: Pino, G. (2017). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, pp. 148-151. (1ra ed.). Zela.

² Sobre este asunto ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, dejando en claro que: “[l]a separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes” (STC 00004-20054-CC/TC, fundamento jurídico 24).

adelante abordaré el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en la regulación legal del proceso contencioso administrativo; por lo que aquí respecta, concluyo que el control jurisdiccional de las actividades administrativas fundamenta el principio de responsabilidad patrimonial del Estado.

4. LA FUENTE LEGAL DEL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE RESPONDER PATRIMONIALMENTE

4.1 En primer lugar, ¿qué se entiende por “Administración Pública”?

Hasta el momento, he desarrollado los fundamentos filosófico-constitucionales del deber de la Administración Pública de responder patrimonialmente por los daños ocasionados en los intereses jurídicamente protegidos de los administrados. Ahora, de pronto surge una pregunta elemental en esta materia: ¿qué se entiende por “Administración Pública”? La resolución de esta interrogante es insoslayable si lo que se busca es determinar qué tipo de organización está sujeta al deber de resarcir por los daños ocasionados a los administrados como consecuencia del ejercicio de la función administrativa estatal. A este respecto, es conveniente partir por el artículo I del TUO de la LPAG, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

Es preciso empezar criticando el vocabulario empleado por el legislador para la redacción de este precepto. Convento con Abruña Puyol (2010) cuando advierte la imprecisión conceptual del término “entidad” para denotar la unidad básica de la Administración Pública a la que se extiende el ámbito de aplicación del derecho administrativo, ya que esta palabra denota necesariamente una entequeia con personalidad jurídica. Como acertadamente lo explica el citado jurista en un estudio imprescindible sobre la delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, esta comprende el conjunto de organizaciones heterogéneas con potestad pública administrativa y elementos estructurales y funcionales esenciales comunes; organizaciones que no necesariamente deben tener personalidad jurídica para calificar como tal.

A partir de esto colige que, para que una organización sea considerada parte de la Administración Pública, basta con que esté integrada autónomamente en una persona jurídica superior como es el caso, ejemplarmente, de la Administración Gubernativa con relación al Estado, o como los órganos con función administrativa del Poder Legislativo, Judicial y demás órganos constitucionales, los cuales están integrados en sus respectivas estructuras organizacionales a fin de coadyuvar sus funciones prevalentes. Ciertamente es también que hay organizaciones que desempeñan función administrativa con personalidad jurídica, tal como ocurre con las instituciones instrumentales de las que se sirven las administraciones territoriales; sin embargo, en modo alguno esta característica es una condición necesaria. Por todo esto, el citado jurista concluye que técnicamente existen varias administraciones públicas (pp. 97-100). A la luz de esta precisión, corresponde interpretar cada uno de los incisos del artículo I de la LPAG, no sin antes advertir que el entendimiento cabal del concepto de Administración Pública requiere de un estudio pormenorizado que excede los alcances del presente trabajo, por lo que me remito a la obra citada previamente.

Los tres primeros incisos, que mencionan a los Poderes Ejecutivo (incluyendo a los Ministerios y Organismos Públicos), Legislativo y Judicial, positivizan lo que ya he precisado como las tres máximas funciones democráticas de los Estados contemporáneos, en tanto derivan del principio republicano de separación de poderes. Cabe añadir sobre este punto que, si bien estos poderes son

titulares de funciones prevalentes (ejecutiva, legislativa y judicial), también las comparten en cierta medida, es decir, sin llegar a sustraerlas³. Por ello, estos tres poderes constituidos ostentan una faceta administrativa regulada normativamente por el derecho administrativo, en especial, por los instrumentos de gestión pública, llámense Manual de Organización y Funciones (MOF) o Reglamento de Organización y Funciones (ROF), los cuales son instrumentos de gestión que estructuran las organizaciones del sector público, delimitando las funciones de los órganos y las unidades que las conforman, con la finalidad de gestionar eficientemente los recursos asignados por el sistema nacional de presupuesto público.

De aquí, la necesidad de que tales poderes constituidos diseñen e implementen estos instrumentos técnico-normativos en aras de gestionar sus recursos para la consecución de los resultados proyectados y, en última instancia, garantizar el derecho fundamental a la buena administración pública en beneficio de los ciudadanos. Estas consideraciones también son aplicables *mutatis mutandi* para las funciones ejercidas por los organismos constitucionalmente autónomos⁴ a que hace referencia el inciso 6 del artículo citado.

Lo propio ocurre con los Gobiernos Regionales y Locales (Municipalidades Provinciales y Locales) estipulados en los incisos 4 y 5 del artículo bajo comentario, los cuales, al ser organismos originados por la ejecución de la política democrática de descentralización del poder, les son atribuidos autonomía administrativa mediante sus respectivas leyes orgánicas (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales – Ley N° 27867, y Ley Orgánica de Gobiernos Locales – Ley N° 27972), así como por la Ley de Bases de la Descentralización – Ley N° 27783; autonomía que encuentra sus límites en los principios de competencia, de coordinación y de Estado unitario. Por tanto, el marco general del procedimiento administrativo les alcanza a manera de lineamientos mínimos que han

³ La no sustracción de las funciones prevalentes de los tres Poderes Constituidos es salvaguardada a través de límites a sus competencias y atribuciones que impone el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo tiene la posibilidad jurídica de legislar siempre y cuando exista previamente una ley autoritativa del Congreso que delegue tal facultad por un plazo y sobre materias determinadas indubitadamente, con las reservas que la Constitución establece a favor del Congreso en calidad de materias exclusivas y excluyentes: reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República (inciso 4 del artículo 101).

⁴ Los organismos autónomos que la Constitución vigente ha creado para la vigencia del Estado de Derecho, en tanto no pertenecen a ningún poder del Estado, pueden ser revisados en la Plataforma digital única del Estado peruano (s. f.), disponible en: <https://www.gob.pe/estado/organismos-autonomos>.

de implementar en sus procedimientos específicos, lo que incluye el principio de responsabilidad positivado en el inciso 1.18 del artículo VI del TUO de la LPAG, principio que abordaré en el siguiente apartado.

En cuanto al inciso 7 del artículo comentado, se trata de una norma de aplicación extensiva por cuanto integra a los demás órganos y organismos que realizan actividades en virtud de potestades administrativas, lo cual en principio parece redundante considerando los incisos 1 y 6; sin embargo, presumo que el legislador ha tratado de evitar que se margine del marco normativo del procedimiento administrativo general a los entes públicos existentes o por crearse, que no estén adscritos a algún sector ministerial y que, debido a ambigüedades de su ley de creación, subsistan dudas sobre su autonomía. Reitero, esto es redundante, pero tomando en cuenta las complejidades interpretativas que con frecuencia caracterizan las leyes, podría considerarse esta norma como una naturaleza dilucidadora en caso de obscuridades hermenéuticas.

Ahora bien, este mismo inciso 7 menciona a los proyectos especiales y programas estatales como parte de la Administración Pública y, por ende, obligados a adecuar sus procedimientos a las disposiciones de la LPAG. Los proyectos especiales constituyen una forma de incrementar la capacidad ejecutora del Estado en la prestación de servicios y en la inversión de infraestructura con un alto impacto social frente a situaciones extraordinarias que son diagnosticadas previamente a la ejecución de la inversión pública, pero, debido a que responden a problemas inusuales y urgentes, no han podido ser comprendidos en la Programación Multianual, sectorial o multisectorial, tal como corresponde según la primera fase del Ciclo de Inversión prescrito por el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones⁵.

De esta manera, con la implementación de estos proyectos de carácter gubernamental se busca acelerar y dinamizar el desarrollo de las inversiones públicas orientadas a fortalecer y ampliar la infraestructura en los sectores socioeconómicos como salud, saneamiento, tecnología y educación, así como

⁵ Se trata de un sistema administrativo creado por el Decreto Legislativo 1252, vigente desde el 24 de febrero de 2017 y modificado por Decreto Legislativo 1432, publicado el 16 de setiembre de 2018, fecha en la que también se publicó el Decreto Legislativo 1435, que establece la implementación y funcionamiento del Fondo Invierte para el Desarrollo Territorial – FIDT. Ahora bien, como ejemplo de regulación de proyectos especiales tenemos el Decreto de Urgencia 021-2020, que establece el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de Proyectos Especiales de Inversión Pública (PEIP) y otras disposiciones, con el objetivo de ejecutar inversiones viables, sostenibles y presupuestadas, las que deben cerrar brechas de infraestructura y de acceso a servicios públicos.

impactar en la actividad económica en el corto plazo. Ahora bien, que la norma precise a los proyectos especiales, no excluye a los proyectos regulares, estos son los establecidos en la Programación Multianual para el logro de los objetivos nacionales, sectoriales, regionales y locales, consistentes en el cierre de brechas sociales y de acceso a servicios públicos por la población.

Por último, en cuanto a los programas sociales, estos son parte del gasto público que pueden ser calificados según su naturaleza universal o focalizada o si otorgan beneficios individuales o colectivos, los cuales son creados con el propósito de satisfacer, bajo principios de justicia social y solidaridad, las necesidades de los sectores desfavorecidos de la población, a fin de cerrar las brechas en materia de derechos fundamentales sociales. Como se advierte, los proyectos especiales y programas sociales, a que hace mención el inciso 7 del artículo I de la LPAG, tienen una naturaleza programática para la atención del interés general; de aquí que sean considerados como organizaciones pertenecientes a la Administración Pública para efectos de la aplicación de la LPAG, lo que a su vez supone la asunción del deber de responder patrimonialmente por los daños que irroguen en el marco de la ejecución del proyecto de inversión pública o de la asistencia brindada por el programa social.

4.2 El fundamento en la normativa del procedimiento administrativo general

A nivel del ordenamiento jurídico nacional de fuente legal, la responsabilidad de la Administración Pública está prescrita en el inciso 1.18 del artículo IV y en las normas contenidas en el Capítulo I del Título V del TUO de la LPAG. En la primera norma se positiva la responsabilidad como un principio del procedimiento administrativo, ordinarios y especiales, bilaterales y trilaterales, el cual cumple una función orientadora e informadora del ejercicio de las competencias de los servidores y funcionarios públicos, así como de la labor hermenéutica del juez al momento de evaluar el mérito de una pretensión resarcitoria dirigida contra una organización con función administrativa. Mientras que, como ya lo mencioné inicialmente, las normas contenidas en el mencionado Capítulo I desarrollan la responsabilidad patrimonial de la Administración y del personal, como una garantía de las posiciones subjetivas de los administrados, la cual es autónoma de la responsabilidad civil, penal y administrativa, de manera que el ejercicio y satisfacción de una no supone la extinción de las otras.

Morón Urbina (2019, p. 146), comentando de forma didáctica el principio de responsabilidad, señala que este se manifiesta en el ordenamiento nacional en cuatro formas:

- i. Por el sujeto concernido: se centra en determinar la responsabilidad de la Administración Pública frente a los ciudadanos (sea a título personal por sus funcionarios o por la entidad en tanto persona jurídico-pública); y en la responsabilidad de los ciudadanos frente a la administración por incumplimiento a las obligaciones emanadas de las disposiciones normativas, la cual es dilucidada mediante el procedimiento sancionador.
- ii. Por el bien protegido: se da cuando la responsabilidad de los funcionarios y servidores es interna, esto es, cuando el daño ha recaído sobre la propia administración, siendo este el fundamento del procedimiento disciplinario y del proceso judicial en el que la entidad se dirige contra su personal; y también de forma externa, cuando la sociedad civil es la afectada por los daños generados por la administración.
- iii. Por la inmediatez con el resultado: esta puede ser directa e indirecta. Directa cuando la responsabilidad se atribuye a los actores inmediatos que ejecutaron el acto administrativo o actuación material desencadenante de la producción del daño; e indirecta cuando se imputa responsabilidad a quienes hayan obrado con impericia o retardo en el cumplimiento de sus deberes, lo que propendió a la producción de una falta directa.
- iv. Por el hecho indispensable para imputar responsabilidad: aquí se encuentran los clásicos criterios de imputación de responsabilidad basados en el resultado de la manipulación de un bien riesgoso o peligroso o en la ejecución de una actividad riesgosa o peligrosa, y en el elemento subjetivo de la culpabilidad en la conducta del responsable, es decir, analizar la presencia de dolo, culpa leve y culpa inexcusable en la conducta antijurídica.

El principio de responsabilidad es concretizado en la normativa general del procedimiento administrativo en el Capítulo I del Título V del TUO de la LPAG, estableciendo algunos elementos a partir de los cuales se puede construir una teoría general de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, a tenor del inciso 260.1 del artículo 260, la Administración Pública solo responderá por los daños directos e inmediatos causados por sus actuaciones o los servicios públicos *directamente prestados por ella*. Al respecto, es menester hacer dos comentarios: primero, la ley acoge la teoría de la causa inmediata propio de la responsabilidad contractual regulada en el artículo 1321 del Código Civil; y, segundo, aparentemente, la ley adopta el concepto estricto de “Administración Pública”, es decir, la función administrativa del Estado conformada solo por personas jurídico-públicas.

Esta conceptualización la eximiría de responder por los daños irrogados como consecuencia de los servicios públicos prestados por personas jurídico-privados con títulos habilitantes otorgados por el Estado, o incluso prestados por empresas estatales en tanto no están expresamente mencionadas en el artículo I del TUO de la LPAG como sujetos abarcados por el término “entidad”. Al parecer, esta es la interpretación que condice con dicha fórmula normativa cuando prescribe que la Administración solo responderá por los daños causados por los servicios públicos “directamente prestados por ella”. Sin embargo, cabe manifestar algunas consideraciones al respecto.

Sobre el primer punto explico que la teoría de la causa inmediata establece que no toda condición (hecho precedente) de un evento dañoso genera responsabilidad, sino solo aquel inmediatamente anterior a la ocurrencia del daño, de modo que el nexo de causalidad se configura entre tal suceso próximo y el daño irrogado. Esto trae una ventaja a nivel práctico porque, a diferencia de la teoría de la causa adecuada, utilizada para la responsabilidad extracontractual, la teoría de la causa directa o inmediata no exige que el hecho precedente *in abstracto* sea capaz de producir el daño de acuerdo con el curso ordinario de los acontecimientos; bastará con demostrar la proximidad del evento que se reputa como desencadenante del daño, es decir, es una cuestión de orden cronológico antes que de idoneidad (Taboada Córdova, 2013, p. 100).

En cuanto al segundo punto, esto es, sobre la limitación de la responsabilidad derivada solo de los servicios directamente prestados por la Administración, no estoy conforme, ya que su aplicación en la realidad social ha traído una serie de injusticias que agravan la situación del damnificado, tal como sucede en los denominados por la doctrina italiana como *danni da inside trabocchetti stradali* (daño por peligros ocultos) en espacios públicos por ejecución defectuosa de obras de infraestructura vial o saneamiento (alcantarillado, suministro de electricidad, redes de agua y desagüe, por mencionar algunos). En estas circunstancias el Estado suele eludir responsabilidad alegando que dichas ejecuciones de proyectos urbanísticos fueron asumidas por empresas contratistas y, con ello, la total responsabilidad ante cualquier desperfecto o malfuncionamiento, por lo que los usuarios de los servicios públicos prestados por empresas privadas deberán recurrir a los organismos reguladores competentes para pretender tutela de sus derechos como consumidores.

En suma, mi desacuerdo con esta exigente de responsabilidad se sustenta en que, si bien la prestación del servicio público puede ser encargado al sector privado para optimizar la ejecución del presupuesto público y lograr la eficiencia de la gestión de los recursos estatales, la Administración no se libera de su obli-

gación de garantizar un procedimiento de selección o concurso público prolijo en todas sus etapas, a fin de adjudicar la actividad económica al proveedor que haya acreditado el cumplimiento de todos los requerimientos formulados en el expediente técnico; obligación de control y supervisión que subsiste inclusive en la ejecución contractual, y que han de ser cumplidos ejerciendo las facultades exorbitantes o prerrogativas concedidas por el derecho administrativo para adecuar la conducta del contratista a la satisfacción del interés público.

En esa línea de ideas, el connotado civilista Hilario Leysser León (2020), al ser entrevistado a propósito del lamentable deceso de un niño tras caer en un pozo oculto en un parque ubicado en Cercado de Lima (RPP Noticias, 2020), advirtió la falta de desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial sobre este tipo de daños, que ha provocado su consideración como causas no imputables a la Administración Pública. Asimismo, exhortó a la comunidad jurídica al abocamiento de esta materia a partir de una mirada a la experiencia académica y jurisprudencial sobre los *danni da inside e trabocchetti stradali*. Para el referido jurista, estamos ante un supuesto de responsabilidad que debe ser construida sobre la base de la responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, por lo que —en su consideración— la Administración Pública solo podrá eximirse de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o hecho de la propia víctima.

Esta postura se condice con lo prescrito por el ya citado inciso 260.2 del artículo 260 del TUO de la LPAG, cuyo primer párrafo prescribe que la Administración Pública no repara los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor, por hecho determinante del propio damnificado o de tercero, los cuales son supuestos de ruptura del nexo de causalidad y, consecuentemente, eximentes de responsabilidad. Estamos ante un caso fortuito y de fuerza mayor cuando se produce un hecho extraordinario, irresistible e imprevisible, que sobrepasan la capacidad humana para preverlas y resistirlas. Sin embargo, contemporáneamente, con el avance de la ciencia y de las nuevas tecnologías, hablar de un hecho que reúna tales características es cada vez más extraño, máxime si consideramos la capacidad del Estado para ejercer la fuerza pública y contar con diversas fuentes de información que le permitan prever los acontecimientos lesivos.

Aunado a ello, y en contra de lo propuesto por Leysser León en cuanto a la exclusividad de la ruptura de nexo causal como eximente de responsabilidad de la Administración Pública, el TUO de la LPAG estatuye dos disposiciones normativas que suprimen la antijuricidad de las actuaciones administrativas lesivas. El primero de ellos es el segundo párrafo del inciso 260.2 mencionado, según

el cual tampoco hay lugar a reparación cuando el órgano u organismo hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, la integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o —recordémoslo— cuando se trate de daños que el administrado deba soportar por ser su deber jurídico conforme al ordenamiento y en atención de las circunstancias. Se tratan de supuestos que eliminan la antijuricidad, ya que la Administración Pública, ante el dilema de escoger entre múltiples bienes jurídicamente protegidos, prefiere uno de ellos en mérito a un juicio previo de ponderación e interviniendo con razonabilidad y proporcionalidad en el bien sacrificado. Es decir, son daños que el ordenamiento jurídico legitima en defensa de bienes jurídicos confrontados, cuya ponderación por el Estado encuentra su justificación en el interés general o la utilidad pública. No obstante, adviértase que siempre la Administración está limitada en el ejercicio de sus competencias, por lo que en este caso la razonabilidad y proporcionalidad son los principios que permiten la adecuación del poder estatal a parámetros de justicia material.

Ahora, quiero reiterar en una cuestión. Este inciso establece como supuesto que elimina la antijuricidad al deber jurídico de los administrados de soportar los daños que puedan perjudicarlos por estar legitimados jurídicamente y siempre que se enmarquen dentro de los límites materiales deducibles de las circunstancias fácticas; es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad de los actos administrativos que contienen una sanción contra quien haya incurrido en responsabilidad administrativa determinada por la potestad sancionadora del Estado, tal como lo son las órdenes de clausura de establecimientos u órdenes de demolición de edificaciones informales, mandatos que, aunque repercuten negativamente en la esfera de intereses del administrado, están legitimados por el ordenamiento jurídico. En suma, como ya lo he anotado en líneas anteriores, este deber jurídico de los administrados de resistir los daños jurídicamente legitimados, refuerza la idea de que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado no emerge del daño *per se*, sino de la trasgresión del principio de igualdad del que se derivan otros principios complementarios.

La segunda disposición normativa que describe una hipótesis de supresión de la antijuricidad es el numeral 260.3 del artículo 260 del TUO de la LPAG —también precisado anteriormente—, según el cual la declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización. Aquí quiero añadir que la particularidad de esta norma es que se trata de una supresión *prima facie* de antijuricidad en vista de que los actos administrativos son la expresión del poder público estatal luego de haber seguido el procedimiento reglado

conforme a su naturaleza, a fin de garantizar a los administrados el debido procedimiento administrativo.

Por tanto, se presume relativamente que tales actos reúnen los requisitos de validez mientras no se declare su nulidad por la propia Administración o por el Poder Judicial. Como se sabe, los actos administrativos están sujetos a revisión administrativa y judicial, lo que permite controlar la legalidad y constitucionalidad del procedimiento transitado para su emisión, así como de su contenido material; revisión que presupone el carácter falible de las instancias administrativas en la consecución de la satisfacción y protección del interés público. De esto emerge la conclusión de que, en principio, no todo acto administrativo inválido genera automáticamente el deber de resarcir a cargo de la Administración Pública emisora; para ello, es necesaria la verificación de un daño no admitido por el ordenamiento jurídico, de manera que se trate de un acto cuyos efectos lesivos supongan un *menoscabo injustificado* en la posición subjetiva del administrado, la cual se verifica —recordémoslo— cuando la actividad administrativa *vulnera el principio de igualdad*, lo que implica, ahora sí, la supresión del deber del administrado de soportar las lesiones irrogadas por el Estado en el ejercicio de su función administrativa.

Por otro lado, respecto del factor de atribución, el TUO de la LPAG omite pronunciarse sobre el sistema subjetivo u objetivo de responsabilidad bajo el que debe examinarse la responsabilidad patrimonial estatal. Frente a este vacío, la Corte Suprema tiene resuelto en una ejecutoria —tesis a la que me adhiero— que la responsabilidad de la Administración Pública es de tipo objetivo, en razón de la finalidad pública y el rol tuitivo y garante de los intereses legítimos de los administrados que recaen sobre el Estado y las instituciones que la conforman⁶. Esto significaría que está proscrita toda evaluación de concurrencia del elemento subjetivo (culpa leve, culpa inexcusable o dolo) de los servidores y funcionarios públicos que lesionaron en la realización de sus funciones la esfera de intereses de los administrados; máxime si en muchos casos es complejo identificar al dependiente que realizó el acto, pues para efectos de imputar responsabilidad usando el criterio de la culpa, no basta con la visación o suscripción del documento que lo contiene. Sin embargo, este asunto es lagunoso, pues no hay consenso sobre el criterio de imputación aplicable en la responsabilidad patrimonial estatal.

Para lo que no hay duda es que el factor de atribución subjetivo de responsabilidad rige el ejercicio del derecho de repetición de la Administración

⁶ Casación N° 1028-2007-La Libertad, fundamentos jurídicos 2 y 3.

Pública frente al personal a su servicio que actuó con dolo, culpa leve o culpa inexcusable en la generación del daño derivado de la ejecución de las labores encomendadas. En este ámbito de la responsabilidad, la ley sí integra explícitamente el criterio subjetivo de imputación, debido a que el numeral 6 del artículo 260 del TUO de la LPAG faculta a la Administración Pública a repetir judicialmente contra las autoridades y demás personal a su cargo que hayan participado en la producción del perjuicio, tomando en consideración la existencia o no de intencionalidad.

De esta norma se desprenden dos consideraciones. La primera es que la responsabilidad del Estado es de *tipo vicaria y solidaria*, por cuanto el órgano u organismo debe resarcir los daños producidos por su personal (servidores o funcionarios públicos), contra quienes luego puede accionar para obtener el reembolso del monto resarcitorio pagado al damnificado. La segunda es que este derecho de repetición es una *manifestación del poder público hacia el interior de la propia Administración*, ya que, como he precisado, se dirige contra las personas que han asumido un cargo dentro de la misma, sea el régimen laboral que fuera, derivado del sufragio popular o no; y, como tal, la ley limita su ejercicio estableciendo el sistema de responsabilidad subjetiva para la aplicación de la potestad sancionadora del Estado. Sin embargo, la norma también habilita la posibilidad de celebrar un acuerdo, aprobado mediante resolución administrativa, entre la Administración Pública y el responsable directo sobre el reembolso de lo indemnizado al administrado.

4.3 El fundamento en la ley del proceso contencioso administrativo

En este punto retomaré el asunto de la vinculación entre la acción contenciosa administrativa y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya abordada en la parte final del apartado tercero; no obstante, ahora analizaré someramente su desarrollo legislativo mediante el Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, en cuanto a la tutela resarcitoria se refiere. Había mencionado que este proceso es un tipo de tutela jurisdiccional que la Constitución consagra como mecanismo de control del poder público confiado, en este caso, al Poder Judicial respecto de las actuaciones administrativas del Estado, lo que a su vez abarca la tutela resarcitoria emergida de los fundamentos filosófico-constitucionales ya precisados, a fin de garantizar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, esta Ley constituye el cauce procesal de efectivización del control jurídico de las actuaciones administrativas de las organizaciones sujetas al derecho administrativo; de aquí que el segundo párrafo de su artículo 1

prescriba que, para su alcance normativo, la acción contenciosa administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.

El artículo 5 de esta Ley establece la posibilidad de plantear pretensiones resarcitorias bajo la condición de que sean acumuladas subordinadamente a otras pretensiones, tales como la nulidad total o parcial del acto administrativo, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de medidas necesarias para tales fines, la declaración contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, y la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada la Administración Pública por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme. De esto se colige que, en la vía contenciosa administrativa la tutela resarcitoria no tiene la cualidad de autónoma; de este modo, la demanda de resarcimiento mediante pretensión única solo procedería en la vía del proceso de conocimiento civil con el riesgo de que el órgano jurisdiccional se declare incompetente por razón de la materia debido a la derogación por el Decreto Legislativo 1067 de la fórmula original que sustanciaba las pretensiones de resarcimiento por esta vía⁷.

Entiendo que el propósito de este requisito es hacer efectiva la economía procesal y maximizar la cognición probatoria, ya que, como lo he mencionado en párrafos anteriores, hay daños que el administrado está obligado a soportar, además de que la nulidad o ineficacia del acto administrativo no supone automáticamente el derecho de resarcimiento, por lo que si lo que se pretende es esto último, el juez deberá valorar conjuntamente la actuación impugnada y los daños que esta haya provocado; sin embargo, ello no es justificación razonable para restringir la libertad de los administrados en la elaboración de

⁷ Ley N° 27584, antes de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo 1067, publicada el 28 de junio de 2008, establecía lo siguiente en su artículo 26 sobre la pretensión indemnizatoria: “la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil”.

Si bien, esta norma expresamente no reconducía la pretensión indemnizatoria de los administrados a la vía civil, al establecer que esta se regía por las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil, daba pie a que los jueces contenciosos administrativos se declararan incompetentes por razón de la materia, derivando la causa al juez especializado en lo civil. Claramente, esto suponía la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional por cuanto impedía que la discusión sobre el resarcimiento a los administrados no se lleve a cabo en sede contenciosa administrativa, lo cual era lo más conveniente debido a la especialidad de los magistrados. El Decreto Legislativo 1067 corrige parcialmente este error normativo; y digo esto porque reconduce la tutela resarcitoria a la vía contenciosa administrativa siempre que se acumule subordinadamente a otra pretensión, suprimiendo su cualidad de autónoma.

la estrategia procesal que más se ajusten a sus conveniencias como es el caso de los daños irrogados por una actuación material de la Administración no sustentada en acto administrativo previo y el cual ya haya cesado, deviniendo en irrelevante la declaración judicial de contraria a derecho mencionada en el inciso 3 del citado artículo 4 del TUO de la Ley 27584.

Cabe la posibilidad que este requisito de procedencia —en caso que el impugnante de la actuación administrativa no acumule accesoriamente una pretensión resarcitoria por diversos motivos— genera desventajas como la poca familiaridad y dominio que el juez civil pueda tener sobre el derecho administrativo y, en específico, sobre la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la normativa —aunque insuficiente— que la regula, la cual, como ya lo he enfatizado, es autónoma del sistema de responsabilidad civil aplicado en el derecho privado, en tanto responde a fundamentos distintos. Sin embargo, ya en un estudio anterior —sobre la actividad probatoria en torno a la pretensión de resarcimiento en el proceso contencioso administrativo— he postulado una solución a esta barrera de acceso a la justicia consistente en encauzar esta pretensión mediante un reclamo previo ante la propia Administración, en ejercicio del derecho fundamental de petición (artículo 20 de la Constitución, concordado con el artículo 116 del TUO de la Ley 27584). De este modo, si tal petición es denegada, procederá su impugnación por la vía del proceso contencioso administrativo en el cual válidamente podría realizarse control difuso del mencionado artículo 5 al establecer un límite irrazonable al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (Villalobos Villalobos, 2022, p. 53).

Precisamente, en lo que respecta al régimen probatorio de las pretensiones resarcitorias, debe resaltarse que la modificatoria al texto original de Ley 27584 efectuada por el Decreto Legislativo 1067, introdujo dos cambios trascendentales sobre la libertad probatoria. En primer lugar, se faculta a las partes a alegar y probar hechos nuevos, propios e impropios; los primeros se definen como los sucesos *acaecidos* con posterioridad a la preclusión de la etapa postulatoria, mientras que los segundos constituyen los sucesos *acaecidos* con anterioridad a la etapa postulatoria, pero *conocidos* con posterioridad a la preclusión de la misma (primer párrafo del artículo 29 del TUO de la Ley 27584). En segundo lugar, se faculta a las partes a alegar y probar *todos los hechos necesarios* para fundamentar fácticamente las pretensiones de resarcimiento, inclusive los sucesos que no constan en el expediente administrativo (segundo párrafo del artículo 29 del TUO de la Ley 27584). Ambas modificatorias ampliaron el espectro de hechos susceptibles a ser probados, lo que a su vez garantiza en

mayor medida a los administrados la tutela resarcitoria de sus situaciones jurídicas ante afectaciones derivadas de la actividad administrativa estatal. Podría decirse, además, que el proceso contencioso administrativo se influenció de los postulados del garantismo procesal. (Villalobos Villalobos, 2022, p. 48).

4.4 El fundamento en la normativa que limita la potestad de la autotutela administrativa

Un último fundamento legal del deber del Estado de reparar los daños generados a los administrados, es la denominada *autotutela administrativa*. Se trata de un principio de raigambre histórico-política, más concretamente fundada en el Absolutismo y la Revolución Francesa, la cual se define por contraste respecto de la posición jurídica de los ciudadanos frente a los tribunales de justicia, pues, si estos necesitan tutela jurisdiccional para la satisfacción de sus derechos cuando quien es el llamado a cumplir con la pretensión debida no lo hace voluntariamente, la Administración, por el contrario, no requiere de la intervención judicial para que sus actos administrativos adquieran las características de ejecutoriedad y ejecutividad, por cuanto son mandatos de autoridad emanados de la ley y la Constitución.

El jurista español García de Enterría (1974) nos brinda una explicación histórica del origen de lo que ahora conocemos como principio de autotutela administrativa, señalando que en el Antiguo Régimen el monarca no requería del respaldo de los tribunales para actuar en los asuntos administrativos, de manera que la ejecutoriedad de sus decisiones estaba implícita al ser actos de autoridad. En esa misma línea histórica anota que si bien la Revolución Francesa supuso la instauración del principio de separación de poderes, el mismo fue entendido como la proscripción de interferencia de los jueces en el funcionamiento de la Administración. La ruptura de este último postulado político fue lo que dio origen al actual proceso contencioso administrativo. (pp. 63-80)

Yuri Romero (2019) explica que, de este fundamento histórico-político, se colige que la autotutela administrativa es una potestad pública desde que es concedida por el ordenamiento jurídico a la Administración para la máxima realización del interés público, que la coloca en mejor posición que los ciudadanos ante el Poder Jurisdiccional (p. 32)⁸. Así, por la autotutela administrativa, los

⁸ Este autor desarrolla además tres conceptos de autotutela administrativa desarrolladas por la doctrina administrativista, a saber: i) autotutela administrativa declarativa (ejecutoriedad intrínseca del acto administrativo); ii) autotutela administrativa ejecutiva (ejecutividad del acto administrativo); y iii) autotutela administrativa de segunda potencia (normas que benefician

actos de la Administración constituyen auténticas expresiones de poder público que, en consecuencia, exigen ser limitadas, de modo que cualquier trasgresión a sus límites origina el deber de resarcir a cargo de la Administración Pública correspondiente.

El primer límite a este principio es la propia ley que lo regula: la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva; norma que establece los presupuestos objetivo (carácter público de la deuda y existencia de acto administrativo previo) y subjetivo (entidades y órganos competentes) para la realización de este procedimiento, así como las facultades y los deberes del ejecutor coactivo. Sin embargo, esta norma tiene insuficiencias que son suplidas por el Código Procesal Civil, especialmente en materia cautelar, que dificulta la identificación de todos los parámetros a los que el ejercicio de la autotutela administrativa ha de adecuarse. Yuri Romero (2019, p. 72) supera este impase normativo a través de un estudio sistemático del ordenamiento jurídico y elabora un listado de límites del ejecutor coactivo, a saber:

- i. Límites establecidos en la ley del procedimiento coactivo:
 - Las causales de suspensión del procedimiento coactivo estipuladas en los artículos 16 y 31.
 - El permiso judicial para realizar el descerraje; esta obligación tiene como propósito garantizar la inviolabilidad del domicilio consagrada en el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución.
 - La suspensión coactiva proveniente del proceso de revisión judicial regulada en el artículo 23.
 - El carácter exigible de la deuda objeto de cobranza coactiva, según los artículos 9 y 25.
 - La tercería de propiedad regulada en los artículos 20 y 36.
- ii. Límites extraídos de otras fuentes de derecho:
 - El derecho fundamental a la propiedad y la garantía de su inviolabilidad, consagrados en el artículo 70 de la Constitución.
 - Los presupuestos para trabar una medida cautelar reguladas en el Código Procesal Civil y desarrolladas doctrinal y jurisprudencialmente.

a la Administración Pública frente a los tribunales jurisdiccionales y en comparación con los ciudadanos) (Romero, 2019, pp. 32-33).

En consecuencia, si el ejercicio de la autotutela administrativa atenta o produce daños injustificados en los bienes jurídicos de los administrados que fundamentan tales límites, se genera en la entidad ejecutora el deber de reparar patrimonialmente sus situaciones jurídicas. Por lo demás, hasta aquí he dedicado estos párrafos para poner de manifiesto los fundamentos del deber de resarcir de la Administración Pública, a partir de los cuales se pueda elaborar una teoría autónoma de la responsabilidad civil proveniente del derecho privado, pero sin negar su función integradora en el derecho público.

5. CONCLUSIONES

Lejos de cerrar el debate, el propósito de este trabajo fue poner en el centro de discusión académica la elaboración en sede nacional de una teoría de la responsabilidad patrimonial (de tipo extracontractual) de la Administración Pública, que se distinga de la responsabilidad civil elucubrada históricamente por la doctrina civilista y responda a los fines propios del derecho público. En este sentido, considero que la construcción de esta teoría perteneciente a la parte general del derecho administrativo, debe partir por la identificación de los fundamentos del deber estatal de resarcir a los administrados.

Debido al auge de la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo, resulta imperioso empezar por extraer los principios filosófico-constitucionales que originan en el Estado la obligación de responder patrimonialmente. La teoría de la justicia y el principio de igualdad constituyen los principios filosóficos por antonomasia, por la razón de que no todo daño supone automáticamente el derecho a ser resarcido, sino que tal menoscabo no ha de ser soportado por el administrado al ocasionar un desequilibrio que el Estado debe corregir mediante la tutela resarcitoria.

Aunado a ello, los derechos fundamentales constituyen el fundamento constitucional de este deber estatal desde que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado; de entre estas posiciones jurídicas *iusfundamentales*, el que influye directamente en este deber estatal es el denominado derecho a la buena administración pública, entendido como un derecho continente de otras sub garantías, entre las que se encuentra el derecho de resarcimiento insertado en el perímetro protectorio de los derechos subjetivos de todos los ciudadanos.

A nivel de fuente legal, es posible identificar disposiciones normativas que, además de fundamentar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la desarrollan y concretizan. Así, el TUO de la Ley 27444 positiviza el principio

de responsabilidad como una norma que deben garantizar todas las organizaciones con potestad administrativa comprendidas en el artículo I de esta ley, en la estructuración de sus procedimientos específicos; asimismo, en su capítulo I del Título V establece un marco de concreción de dicho principio.

Por otro lado, la acción contenciosa administrativa, que es el objeto del proceso contencioso administrativo regulado por el TUO de la Ley 27584, fundamenta este deber patrimonial del Estado al significar un control jurídico de las actuaciones administrativas llevadas a cabo en el marco de su potestad interventora, de fomento y de prestación de servicios públicos, las cuales bien pueden expresarse en actos administrativos o bien en actuaciones materiales no sustentadas en ellos. Por último, el principio de autotutela administrativa, entendida como la potestad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin necesidad de recurrir al Poder Judicial, también fundamenta la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se violen los límites que el sistema jurídico (Constitución, Ley 26979 y Código Procesal Civil) le ha impuesto para proteger los derechos de los ciudadanos.

6. LISTA DE REFERENCIAS

- Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. (1ra. ed.). Palestra.
- Cassagne, J. C. (2017). *Derecho administrativo*. Tomo I. (2da. ed.). Palestra Editores.
- García de Enterría, E. (1974) La formación histórica del principio de autotutela de la Administración. *Moneda y crédito*, (128), 59 – 86. <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/autotutelaenterria.pdf>
- Gordillo, A. (2013). *Teoría general del derecho administrativo*. En *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Fundación de Derecho Administrativo. <https://www.gordillo.com/tomo8.php>
- León, L. (2020). *Entrevista a Leysser León | Daños por peligros ocultos y responsabilidad civil de la Administración Pública*. LP – *Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/danos-peligros-ocultos-responsabilidad-civil-administracion-publica/>
- Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*. (14ta. ed.). Gaceta Jurídica.
- Ortega, L. (1995). La responsabilidad civil de la Administración Pública. *THEMIS*, (32), 17-22. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11475>.

- Pino, G. (2017). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. (1ra. ed.). Zela.
- Plataforma digital única del Estado peruano. (s. f.). *Organismos Autónomos*. Consultado el 8 de octubre de 2021. <https://www.gob.pe/estado/organismos-autonomos>
- Romero Romero, Y. (2019). *La desnaturalización de la autotutela administrativa en el Procedimiento de Ejecución Coactiva. Ley N° 26979*. (1ra. ed.). A&C Ediciones.
- RPP Noticias. (2020, 27 de julio). *Defensoría sobre muerte de un niño en pozo de agua: 'Es obvio' que la MML y Sedapal no cumplieron con sus obligaciones*. RPP Noticias. <https://rpp.pe/lima/actualidad/defensoria-sobre-muerte-de-nino-en-pozo-de-agua-es-obvio-que-mml-y-sedapal-no-cumplieron-sus-obligaciones-noticia-1282951>
- Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la responsabilidad civil*. (3ra. ed.). Grijley.
- Villalobos Villalobos, V. (2022). El proceso contencioso administrativo. *Revista LP-Derecho*, (2), 37-73. <https://revista.lpderecho.pe/articulos/el-proceso-contencioso-administrativo-fundamento-actividad-probatoria-y-probanza-de-pretensiones-resarcitorias/>