

## VII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO\*

LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS\*\*

Sumario. 1. Introducción y postulación del tema. 2. La garantía constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos en general y de la administración pública en particular: un (breve) intento de construcción. 3. El régimen legislativo vigente de la responsabilidad de la administración pública a partir de la Ley núm. 27444 – Ley del procedimiento administrativo general. 3.1 Características de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a partir de su desarrollo legislativo. 3.2 Requisitos para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento peruano. Una revisión de sus presupuestos. 4. Facultad de la administración de repetir contra los funcionarios responsables y demás personal a su servicio. 5. Ausencia de procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad de la administración. Su exigencia directa en la vía judicial y las deficiencias de la pretensión indemnizatoria.

### 1. INTRODUCCIÓN Y POSTULACIÓN DEL TEMA

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 público ejercido por la Administración. Desde luego, estas garantías de

---

\* La presente investigación se enmarca en el programa de MPhil/PhD Law que el autor cursa en University College London con el apoyo y financiamiento del UCL Faculty of Laws Scholarship.

\*\* PhD in Law candidate y Master of Laws (LLM) in Energy Law por University College London (Reino Unido). Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA PUCP). Socio de Sánchez Povis Abogados.

protección no están destinadas a impedir que la Administración ejerza los poderes que le asisten, sino que los mismos sean ejercidos debidamente. Destacan, tradicionalmente, dos regímenes de protección patrimonial desde el Derecho administrativo: la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración, la que a su vez abarca los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. En el presente estudio, me dedicaré únicamente a exponer los fundamentos que definen el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Esto supondrá brindarles atención a sus postulados sustantivos, pero también a aquellos de carácter adjetivo que permiten (o limitan) su efectividad a nivel procesal.

Sin duda, adentrarse al estudio de esta figura resulta una tarea, si no ambiciosa, bastante difícil. Esto, no solo 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 todavía insuficiente doctrina nacional sobre la materia (1), pero, más preocupante aun, una escasa práctica y desarrollo jurisprudencial. Esto último no pasará desapercibido para muchos y, seguramente, lo que más se extrañe en las páginas siguientes sea la remisión a casos o decisiones jurisdiccionales que, por lo pronto, carecen de atención por las razones que expondré posteriormente (2).

Conforme a lo anterior, el estudio que se ofrece a continuación tendrá como primer objetivo describir las principales características de este régimen en el ordenamiento peruano; seguidamente expondré cuáles son los presupuestos a ser evaluados para determinar la responsabilidad patrimonial de la autoridad administrativa; y, finalmente, analizaré las particularidades y deficiencias de las reglas procesales que regulan la pretensión indemnizatoria por daños antijurídicos deriva-

---

(1) Deben destacarse los valiosos aportes a la fecha de: MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica SA: Lima, 10.<sup>a</sup> 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. núm. 9 (2010), 233-248. VIGNOLO CUEVA, Orlando, «La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas peruanas», en: Zegarra Valdivia, Diego, y Baca Oneto, Víctor (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*. Palestra Editores: Lima. 2011, pp. 377-404. MARTÍN TIRADO, Richard, «La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio», en: AA. VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley núm. 27444*. Lima: ARA Editores. 1.<sup>a</sup> parte, 2001., pp. 307-323. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», en: AA. VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley núm. 27444*. ARA Editores: Lima, 2.<sup>a</sup> parte. 2003. pp. 561-599.

(2) Las resume bien DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, «La evolución de las garantías jurídicas de lo administrados en el Perú», en: Muñoz Machado, Santiago y Rivero, Ricardo (Dir.), *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Boletín Oficial del Estado: Madrid, 2021, pp. 217-219.

dos de la actuación administrativa. Desde luego, el recurso a la doctrina extranjera será imprescindible a lo largo del presente estudio (3) (4).

---

(3) 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*. Editorial Aranzadi: Madrid. 2006. 2.<sup>a</sup> Reimpresión. pp. 145-228. La posición actual del mismo autor, en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra-Temis: Lima-Bogotá. 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*. Editorial Civitas SA: Madrid. núm. 23. 1979. pp. 523 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*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, núm. 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*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, núm. 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*. Editorial Civitas SA: Madrid. núm. 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*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, núm. 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». Editorial Aranzadi SA: Madrid. 2005; MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas Ediciones: Madrid. 2002; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en: *Documentación Administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública: Madrid, núm. 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. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», en: *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid. núm. 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*. Tirant lo Blanch: Valencia. 2013. 2.<sup>a</sup> edición.

(4) 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*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, núm. 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.

## 2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS EN GENERAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PARTICULAR: UN (BREVE) INTENTO DE CONSTRUCCIÓN

La garantía patrimonial de los particulares no solo supone un reconocimiento expreso de un conjunto de herramientas de protección de la persona frente al ejercicio del poder público, sino también el reconocimiento implícito del ejercicio necesario de este último por parte del Estado como ruta protagónica para el cumplimiento de los roles públicos. De este modo, la aproximación dicotómica al Derecho administrativo exige, por un lado, el reconocimiento del poder en manos estatales juntamente con las herramientas jurídicas y materiales que facilitan el cumplimiento de los fines públicos; y, por el otro, la procura de que este responda frente al afectado cuando dicho ejercicio de poder se torne ilegal, irrazonable o arbitrario. Reconocimiento y límites del poder es la dualidad que envuelve al Derecho público en general y que se manifiesta en gran medida en el escenario administrativo.

Lo anterior exige, entonces, que los poderes públicos actúen y se responsabilicen patrimonialmente por su actuar. Esto incluye a los tradicionales poderes del Estado (como son el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Legislativo), así como también a los demás organismos que la Constitución confiere autonomía y, por tanto, ejercen algunas funciones del poder (5). En otros términos, la garantía constitucional de responsabilidad es una que cubre y vincula a toda la estructura del Estado y a todos sus niveles de gobierno, abarcando la responsabilidad derivada de actuaciones legislativas (Estado-legislador), de actuaciones jurisdiccionales (Estado-juez) y de actuaciones administrativas (Administración Pública). La consecuencia es que no puede admitirse en un Estado Social y Democrático de Derecho que algunos espacios del ejercicio del poder público queden exentos de control y de la posibilidad de responder por sus consecuencias.

Pese a lo anterior, la identificación de una garantía de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos a nivel constitucional no ha sido mayormente atendida en el Perú. Sin embargo, en mi posición, sí puede advertirse su consagración, aunque tímida, en el artículo 45 de la Constitución Política del Perú de 1993 (CP) cuando este, después de señalar que el «poder del Estado emana del pueblo», agrega que «quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y “responsabilidades” que la Constitución y las leyes establecen» (énfasis agregado) (6). Al menos tres razones explican esto.

---

(5) Como he tenido oportunidad de señalar, el poder público es uno solo y se manifiesta a través de funciones o actividades del poder. Estas se diferencian no por su contenido material, sino por el régimen jurídico que les resulta aplicable, identificándose tradicionalmente las funciones/actividades administrativa, jurisdiccional y legislativa.

(6) Lo que sí es innegable es que, respecto a la responsabilidad de la Administración, en concreto, no existe mención expresa alguna en el texto constitucional. En el mismo sentido, 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*. Círculo de Derecho Administrativo: Lima, núm. 9. 2010. p. 234.

Primero, puede señalarse que el artículo 45 de la CP, siguiendo la lógica de la dualidad del enfoque del Derecho público expuesta anteriormente, no solo reconoce el poder conferido al Estado para que cumpla los cometidos de interés público a su cargo, sino que también establece expresamente que el ejercicio de dicho poder genera responsabilidad. Todo esto conversa con el mandato que el artículo 44 de la CP efectúa al encomendar al Estado la labor de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general. Esto, sin duda, no podría tener lugar, si no existiera una contrapartida de control y responsabilidad a partir del ejercicio del poder. Con esta lectura se cierra el círculo del poder: es necesario que los poderes públicos actúen sujetos a la ley, pero que también respondan por el perjuicio que ocasionen (7).

Segundo, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional pueden sumar a una identificación de dicha garantía en el artículo 45 de la CP o, en todo caso, no niegan que ésta pueda inferirse de él. En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el análisis del artículo 45 de la CP ha estado más ligado al reconocimiento, a partir de él, del derecho de participación en la vida política de la nación y el derecho a ser elegido (8); así como también su relevancia en la consagración del principio de cooperación entre poderes públicos (9); el derecho a la protesta como expresión del principio de soberanía popular (10); y, por último, el principio de democracia representativa (11). Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha reconocido la relevancia de las disposiciones contenidas en el artículo 45 de la CP al referirse al respeto de «los acuerdos básicos que la sociedad adopta y plasma en la Constitución», el cual «es exigible de los ciudadanos, pero sobre todo de las autoridades representativas, porque son estas quienes están constitucionalmente comprometidas con el bien común». Concluyendo, de esta forma, y con clara referencia al artículo 45 de la CP, que quienes ejercen el poder «lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» (12). Aunque esta instancia no hace referencia expresa a la responsabilidad patrimonial del Estado o de los poderes públicos, es claro que se infiere de su análisis que quienes ejercen el poder deben también responder por el uso que hagan del mismo.

Tercero y ligado a lo anterior, el artículo 45 de la CP realiza una referencia general a quienes ejercen el poder y no especifica quiénes son los llamados a responder, aunque el criterio para identificarlos es que lo ejerzan. No se precisa si deben responder los servidores o las organizaciones del poder público o si acaso pueden reconocerse regímenes de responsabilidad solidaria. En tal sentido, y considerando la amplitud de su redacción, bien puede indicarse que se encuentran todos estos enfoques reconocidos. Tal parece que la voluntad constitucional ha sido dejar a cargo de

(7) Parafraseando una conocida cita de HAURIU, Maurice, *Précis de droit administratif*. París. 12.ª edición. 1933, p. 31, hecha por Eduardo García de Enterría en el Prólogo al libro de LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Tecnos: Madrid. 1979, p. 21.

(8) Como en el caso de la Sentencia 340/2020 del 9 de junio de 2020 recaída en los Expedientes 0015-2018-PI/TC y 0024-2018-PI/TC (Acumulados).

(9) Es el caso de la Sentencia del 14 de enero de 2020 recaída en el Expediente núm. 0006-2019-CC/TC.

(10) Ver la Sentencia del 2 de junio de 2020 recaída en el Expediente 0009-2018-PI/TC, FJ 72.

(11) Ver Sentencia del 29 de agosto de 2017 recaída en el Expediente núm. 0006-2017-PI, FJ 2.

(12) Sentencia 778/2020 del 19 de noviembre de 2020 recaída en el Expediente núm. 0002-2020-CC/TC.

otras disposiciones de la Constitución y del legislador el desarrollo a detalle de dicho alcance, como en efecto se ha hecho y se expondrá posteriormente.

Por otra parte, una cuestión distinta ha sido el tratamiento que la Constitución peruana ha brindado específicamente a algunos supuestos de responsabilidad de los poderes públicos, complementando en parte el mandato general de responsabilidad contenido en el artículo 45 de la CP. En efecto, algunas disposiciones de la Constitución desarrollan supuestos particulares de responsabilidad patrimonial del Estado, aunque no limitan la posibilidad de su desarrollo extenso a nivel legislativo. Del mismo modo, los supuestos identificados no abarcan toda la amplitud de las organizaciones del poder público, pero tampoco debe entenderse restringida la posibilidad de realizarlo legislativamente, tomando como base el ya expuesto artículo 45 de la CP.

Un primer supuesto específico de responsabilidad recogido en la CP está referido a los casos derivados de actuaciones judiciales. Por un lado, ligado al ámbito penal, el numeral 7 del artículo 139 de la CP reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional «la indemnización, en la forma que determine la ley, por los “errores judiciales en los procesos penales” y por “detenciones arbitrarias”, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar» (Énfasis agregado). La Ley núm. 24973, anterior a la Constitución de 1993, dio desarrollo a estos supuestos de responsabilidad, los que entonces se encontraban consagrados con similar redacción en los numerales 5 y 16 del artículo 233 de la Constitución peruana de 1979. De acuerdo con esta Ley, respecto a la detención arbitraria, tiene derecho a indemnización quien es privado de su libertad por la autoridad policial o administrativa, sin causa justificada o, existiendo esta, si se excede de los límites fijados por la Constitución o por sentencia, así como también quien no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido (13). Mientras que el error judicial da lugar a indemnización a favor de quienes, luego de ser condenados en proceso judicial, hayan obtenido en juicio de revisión, resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria; o, a favor de quienes hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de este y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria.

Por otra parte, aunque no cuenta con un desarrollo expreso a nivel constitucional, pero sí implícito en el artículo 45 de la CP, el ordenamiento peruano también regula un supuesto de «responsabilidad civil de los jueces» cuando causen daños a las partes o terceros «en ejercicio de su función jurisdiccional». Así lo prevé el artículo 509 del Código Procesal Civil (CPC), indicándose que, para ello, es necesario que se haya actuado con dolo –es decir, haber incurrido en falsedad o fraude, o haber denegado justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia– o con culpa inexcusable –por haber cometido un grave error de derecho, o haber hecho una interpretación insustentable de la ley o haber causado indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado– (14). En estos casos, lo

---

(13) Resulta complementario a esto, también, lo señalado en el artículo 2, numeral 24, literal g) del CP 93, cuando indica: «Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida».

(14) El artículo 510 del CPC desarrolla los supuestos en los cuales se presume que el juez ha actuado con dolo o culpa inexcusable.

que llama la atención es que se recoja como un régimen de responsabilidad civil de los jueces aquellos supuestos que en realidad supondrían una responsabilidad del Estado-Juez y que, como tal, debería ser evaluada a partir de un régimen especial. En efecto, tal y como está regulada, esta responsabilidad le es imputable a los jueces y no al Estado, pese a que los daños son derivados del ejercicio de la función jurisdiccional y deberían, por tanto, ser atribuibles a este último. Bajo este régimen regulado en el CPC, solo se involucra al Estado como responsable solidario para efectos del pago de la indemnización junto con el juez o los jueces colegiados que hayan expedido la resolución causante del agravio y en los términos del artículo 516 del CPC.

Un segundo supuesto específico de responsabilidad de los poderes públicos es el que se desarrolla con relación a la actividad del Estado-legislador. El ordenamiento peruano, sin embargo, no parece muy auspicioso al respecto. Aunque existe sustento constitucional para su desarrollo (artículo 45 de la CP), no existen disposiciones constitucionales ni legales que den ideas sobre su tratamiento y supuestos de aplicación en el Perú. Tampoco se evidencia mayor atención a nivel jurisprudencial, ya sea a nivel constitucional o judicial. Al menos dos supuestos de responsabilidad derivada de actuaciones legislativas deberían ser atendidos por nuestro ordenamiento: los daños singulares ocasionados por una ley que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar (15); y, los supuestos de daños singulares producidos por leyes posteriormente declaradas inconstitucionales (16).

En el primer caso, el análisis sustantivo o material de los supuestos en los cuales tienen lugar afectaciones que los interesados no tienen el deber jurídico de soportar ya es atendido de forma similar a nivel constitucional, aunque en procesos de amparo. Sin embargo, los procesos amparo no son vías de tutela indemnizatoria, ni el Tribunal Constitucional peruano cuenta con competencias para ordenar el pago de indemnizaciones. La tutela que se obtiene en estos casos es reponedora, inaplicando la medida normativa lesiva al agraviado demandante, pero dejando desatendido el daño sufrido durante la aplicación de dicha medida.

En el segundo caso, en el que tienen lugar daños antijurídicos por aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales, la reflexión no es diferente al caso anterior. Según el artículo 103 de la CP, la ley «queda sin efecto» por la sentencia que declara su inconstitucionalidad, mientras que el artículo 204 de la CP agrega que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma no tiene efectos retroactivos. Como se advierte, las disposiciones citadas brindan atención al juicio de validez de las leyes y los efectos de las sentencias que declaran su inconstitucionalidad, pero omiten pronunciarse sobre los daños que estas leyes pueden haber ocasionado durante su vigencia y la necesidad o no de indemnizarlos.

En cualquiera de los casos anteriores, la vía más conveniente para poder discutir el reconocimiento de una indemnización parece ser cuestionando las actuacio-

(15) LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 196, 2019, pp. 37-39.

(16) GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*. Editorial Aranzadi: Navarra. 2007, 2.ª Edición. Cap. VI; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, pp. 297 ss.

nes administrativas que tengan lugar en ejecución de leyes que generan daños que el particular no tiene el deber jurídico de soportar o que son posteriormente declaradas inconstitucionales. La responsabilidad del Estado-legislador, por tanto, es una materia que requiere de desarrollo legislativo en el ordenamiento peruano, debiéndose reconocer la necesidad de aprobar uno por mandato consagrado en el artículo 45 de la CP.

Una cuestión aparte es el desarrollo constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Más allá de la cláusula general de responsabilidad recogida en el artículo 45 de la CP, no existen referencias a este régimen (17), el cual ha sido dejado en su desarrollo al plano legislativo, como se expondrá seguidamente.

### **3. EL RÉGIMEN LEGISLATIVO VIGENTE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LA LEY NÚM. 27444 –LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL–**

En el ordenamiento peruano, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública estuvo regulado, hasta hace unos años, únicamente por el artículo 238 de la Ley núm. 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General– (LPAG). La redacción original de este, anterior a la modificación introducida en 2008 por el Decreto Legislativo núm. 1029, era sin duda una expresión de lo que anteriormente había recogido la legislación española del año 1992, por lo que podía mencionarse incluso que no solo se habían recogido las virtudes de este desarrollo legislativo extranjero, sino también sus bemoles, afortunadamente bastante estudiados y advertidos por la academia y la jurisprudencia de dicho país.

A partir de 2016, con las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo núm. 1272, se incluyó expresamente el principio de responsabilidad como numeral 1.18 del artículo IV de la LPAG, lo cual ha supuesto un giro significativo en la regulación de este régimen en el Perú, como daré cuenta posteriormente. En 2017 se aprobó el primer Texto Único Ordenado de la LPAG mediante el Decreto Supremo núm. 006-2017-JUS, para finalmente reemplazarse éste por el vigente Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo núm. 004-2019-JUS (TUO LPAG).

En teoría, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública desarrollado en el TUO LPAG está llamado a complementar otras garantías de protección patrimonial ofrecidas desde el Derecho Administrativo, como es el caso del régimen de expropiación forzosa. En una primera aproximación al numeral 1.18 del artículo IV y al artículo 260 TUO LPAG, así pareciera serlo, al menos, a nivel sustantivo.

En esta sección, empezaré por identificar cuáles son las principales características que definen al régimen peruano de responsabilidad patrimonial de la Admi-

---

(17) A diferencia del caso español, por ejemplo, en el que el numeral 2 del artículo 106 de la Constitución de 1978 consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados «por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

nistración, poniendo énfasis en su carácter unitario, directo, predominantemente subjetivo y omnicompreensivo de la actividad administrativa sobre la que rige; y, seguidamente, desarrollaré cuáles son los requisitos que se exigen para la existencia de responsabilidad, a partir de la revisión de sus presupuestos, como son el daño antijurídico; el hecho generador y la relación de causalidad entre éste y el daño; y los criterios de imputación de responsabilidad.

### 3.1 CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE SU DESARROLLO LEGISLATIVO

- i) Es un sistema unitario de responsabilidad.

El TUO LPAG ha desarrollado un único régimen aplicable por igual a todas las autoridades que califican como Administración Pública en el ordenamiento peruano. Esta afirmación, sin embargo, puede traer a discusión la delimitación de lo que entiende nuestro ordenamiento por Administración Pública, discusión no menor que rebasa por mucho el presente estudio. Pese a esto, la posición que adopto es que solo las organizaciones del poder público pertenecientes a la estructura del Estado y que se desenvuelven ejerciendo actividad administrativa<sup>(18)</sup> son las únicas a las que les resulta aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Concebido de dicha forma, este sistema unitario exige al menos tres precisiones.

Primero, no se encuentra comprendida en él la responsabilidad por el actuar de las personas jurídicas del régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, aludidas en el numeral 8 del artículo I del TUO LPAG. Para empezar, el artículo 260 TUO LPAG identifica como responsables bajo este régimen de responsabilidad a las «entidades (de la Administración Pública)», noción a la cual el artículo I del TUO LPAG asigna un contenido particular. De hecho, es necesario precisar que el TUO LPAG no ha recogido una definición abstracta y genérica de Administración Pública aplicable al Derecho administrativo peruano. La disposición, siempre en discusión, contenida en el artículo I del TUO LPAG solo tiene por objeto definir su «ámbito de aplicación», para lo cual enuncia y describe quiénes serán consideradas «entidades de la Administración Pública» para tales efectos, tomando en consideración dos criterios fundamentales. Por un lado, uno de carácter orgánico o subjetivo, en el que el TUO LPAG enumera a las «entidades» a las que les resultarán aplicables sus disposiciones, cayendo en la generalidad de abarcar, bajo este criterio, prácticamente toda la estructura del Estado peruano.

---

(18) La posición que asumo parte de la tesis planteada para el Perú por ABRUÑA PUYOL, Antonio, *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Palestra: Lima. 2010.

no(19)(20); y, por el otro, uno de carácter funcional, el cual delimita dicha generalidad inicial y establece una razón para la aplicación del TUO LPAG fundada en la naturaleza administrativa (21) de la actividad que realizan dichas «entidades».

Hasta aquí, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el TUO LPAG abarcaría a todas las organizaciones del poder público comprendidas en el Estado que ejercen actividad administrativa. Lo que llama la atención, sin embargo, es la inclusión de las «personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa» como parte de las «entidades» a las que, en algunos casos, les podría resultar aplicable esta normativa (22). Podría acogerse la posición de que el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable a estas personas jurídicas es el de Derecho administrativo (23). No obstante, esta posición no parece ser concluyente a la luz de lo que enfatiza el artículo II del TUO LPAG, al indicar que las normas de este cuerpo son aplicables a las «actuaciones de la función administrativa “del Estado”» (énfasis agregado) y, además, parece haber sido zanjada esta discusión con la precisión agregada en 2016 al numeral 8 del artículo I del TUO LPAG, la cual enfatiza que «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”» (énfasis agregado). Por tanto, el régimen de responsabilidad aplicable a estas personas jurídicas es el previsto en el Derecho civil y no opera para ellos ninguna extensión del régimen administrativo (24).

---

(19) Los tres poderes tradicionales (Ejecutivo –incluyendo sus ministerios y organismos públicos–, Legislativo y Judicial); las administraciones territoriales regionales y locales; los organismos constitucionalmente autónomos; y, las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales.

(20) Esta generalidad del criterio orgánico o subjetivo podría llevarnos al sinsentido de entender que el TUO LPAG resulta aplicable, por ejemplo, a las labores parlamentarias y legislativas del Congreso de la República, o incluso al análisis y resolución de litigios a nivel judicial. Cuestión absurda y que, por tanto, justifica la lectura que aquí expongo.

(21) Lo que el TUO LPAG alude como «potestades administrativas» (numeral 7 del artículo I) o «función administrativa» (numeral 8 del artículo I).

(22) Para efectos de delimitar lo que es la Administración Pública en el Perú, llama la atención sobre esta disposición ABRUÑA PUYOL, Antonio. «¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?» En: AA. VV. *Derecho Administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Palestra: Lima. 2007, pp. 131-141.

(23) Es la posición que parece asumir MONZÓN VALENCIA, Loretta. «La pretensión indemnizatoria en el proceso contencioso administrativo». Ediciones Legales: Lima. 2009, pp. 43-44: «El supuesto de delegación de potestades públicas a entidades privadas para realizar actividades o servicios públicos, no es un hecho aislado, por ello, consideramos que, cabe una precisión al respecto; de esta manera, es pertinente señalar que hay empresas concesionarias de servicios públicos que mantienen contratos con los administrados en una relación de servicios regulados, por tanto, su actuación será como si fuese la misma administración, más no así en aquellos que las concesionarias contrata con los administrados sujetándose a contratos de naturaleza civil, los llamados clientes libres [...] En los numerales 7 y 8 del artículo I del Título Preliminar de la Ley núm. 27444, se ha establecido quienes son consideradas entidades públicas para efectos de dicha Ley [...] de esta manera, consideramos que de demostrarse la existencia de una (sic) daño podría hacerse extensivo este tipo de responsabilidad a la empresa concesionaria, porque presta servicios públicos; por tanto, en caso de generar daños a la esfera del patrimonio del administrado debe resarcirlo».

(24) Una pequeña reflexión al mismo tema le dedica REBOLLO, Manuel, «Rasgos del régimen de responsabilidad patrimonial de la administración en Perú y España», en: *Revista de Investigación. Derecho Administrativo: Experiencia Nacional e Internacional*. Lima: Taller de Investigación en Derecho Administrativo. Vol. 1, núm. 1. 2022, pp. 212-213.

Segundo, el régimen unitario de responsabilidad de la Administración excluye su aplicación a otros entes con personalidad de Derecho privado, pero de titularidad estatal, como es el caso de las empresas públicas. La razón es que las empresas estatales, aunque de titularidad pública, actúan observando las normas del Derecho privado en sus relaciones comerciales, así como en aquellas actividades propias de su objeto social a partir de las cuales se relacionan jurídicamente con otros agentes (25). Esta es una cuestión que se refuerza, además, a partir de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo núm. 757, el cual prohíbe el otorgamiento a estas empresas públicas de «atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública» (26). No se advierte, por tanto, el ejercicio de actividad administrativa por parte de estas empresas públicas y, en consecuencia, no califican como «entidades de la Administración» para efectos de la aplicación del TUO LPAG y del régimen de responsabilidad administrativa, de acuerdo con el criterio funcional expuesto anteriormente.

Por último, el régimen de responsabilidad de la Administración no incluye a la responsabilidad derivada de la actuación legislativa (Estado-legislador) ni judicial (Estado-juez). En estos casos, la responsabilidad de estos poderes se rige por sus propios regímenes, aunque estos sean escasos o poco desarrollados en el Perú. Valga señalar aquí que la responsabilidad imputable a estos poderes deberá ser asumida por ellos mismos de acuerdo con sus propias normas y recursos. En efecto, serán los órganos administrativos respectivos del Poder Legislativo o Judicial los que responderán patrimonialmente por el daño indemnizable.

ii) El régimen comprende toda actividad e inactividad material y también toda actuación administrativa jurídica o formal de carácter extracontractual.

El numeral 260.1 del artículo 260 TUO LPAG dispone 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». Entonces, el punto de partida para determinar el alcance de este régimen consiste primero en descifrar lo que el legislador alude, por un lado, por «actos de la administración» y, por el otro, por «servicios públicos directamente prestados por ella», puesto que no son precisamente nociones con contenidos predefinidos en el ordenamiento peruano.

---

(25) Esto no niega que las empresas públicas observan también los sistemas administrativos y, en esos casos, se someten a los procedimientos y normas de Derecho administrativo correspondientes. Esto no desvirtúa, sin embargo, que en sus relaciones jurídicas habituales observen únicamente el Derecho privado. Esta es la lectura que efectuó también de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo núm. 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, y señala que «Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil». Tal supletoriedad de las normas civiles frente a las administrativas no se da en la práctica en las relaciones comerciales diarias de estas empresas, donde el Derecho privado es la norma común.

(26) El único caso que exceptúa este artículo es la delegación de cobranza coactiva de tributos, como ocurre con el Banco de la Nación, en cuyo caso la discusión podría llevar a una respuesta distinta.

## VII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL...

Por «actos de la administración», el legislador parece haber hecho alusión genérica a lo que entendemos por «actividad administrativa» y no solo a una aproximación restringida que únicamente abarcaría a las declaraciones mediante actos administrativos. Esta interpretación es la que tiene asidero si consideramos, por un lado, que las disposiciones del TUO LPAG tienen por objeto regular las actuaciones de la «función administrativa» del Estado (art. II.1 del TUO LPAG), con el claro propósito de comprender y regular de forma general toda actuación administrativa y las consecuencias que puedan derivarse de esta.

Por otro lado, a partir de las modificaciones introducidas en 2016, esta eventual discusión ha quedado absuelta con la inclusión del principio de responsabilidad en el numeral 1.18 del artículo IV del TUO LPAG, de cuyo texto queda expresamente determinado que la obligación de responder por parte de la Administración procede «del...funcionamiento de la “actividad administrativa”» (énfasis propio), de donde no se aprecia la voluntad del legislador de únicamente limitar este régimen a los daños producidos por actos administrativos, sino de abarcar toda la amplitud de la actividad de la Administración.

Por último, esta interpretación es la única que puede tener respaldo en el ordenamiento administrativo peruano, si consideramos que con ella se confirma el carácter *ex post* del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración y solo así cumple plenamente su vocación de ser complementario al régimen de expropiación forzosa (27). Esta amplitud de la actividad objeto del 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 responsabilidad patrimonial que puede enfrentar el administrado.

Por su parte, respecto a los «servicios públicos» que, además, son «directamente prestados por la Administración», debe entenderse que el legislador optó por utilizar esta expresión en el artículo 260.1 del TUO LPAG en su sentido más amplio, haciendo referencia nuevamente a cualquier actividad administrativa. No se está haciendo alusión, por tanto, a la actividad prestacional de carácter esencial que, como modo de actividad administrativa, conocemos como «servicio público». Sin embargo, lo que sí es relevante de esta redacción es la alusión a que dichos servicios públicos (actividad administrativa) deban ser «directamente prestados» por la autoridad administrativa. A partir de esta redacción, todo indica que la Administración solo será responsable cuando haya sido ella quien haya estado a cargo de la prestación de la actividad y no cuando dicho rol haya sido contratado, autorizado o concesionado a otros agentes privados. Esto excluye, por ejemplo, los supuestos en los cuales el daño sea producido por contratistas de obras públicas o por empresas privadas concesionarias de servicios públicos. Cuestión distinta es si puede

---

(27) Sobre este carácter complementario y las diferencias entre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración puede verse por todos MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. B de F. Montevideo. 2012. 2.ª Edición, pp. 90-97; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Aranzadi: Navarra. 2016. 8.ª Edición, pp. 175-177. En Perú, SÁNCHEZ POVIS, Lucio. «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano: aproximaciones a una institución pendiente de reforma», en: *Revista Derecho y Sociedad*. Lima: Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. 2015. núm. 45. pp. 323-324.

entenderse, a partir de esta redacción, que la Administración tampoco responde en los casos en que, por acción u omisión, no evita la producción del daño por parte de terceros (contratistas, autorizados o concesionarios), es decir, en los supuestos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, lectura que sería incorrecta, pues en estos casos no se imputa el actuar de otro a la Administración (no debería tampoco), sino el de ella misma al no realizar o realizar defectuosamente sus actividades dirigidas a evitar que el daño antijurídico tenga lugar. Como sea, esta es la interpretación más adecuada del artículo 260.1 TUO LPAG a la luz de la cláusula de responsabilidad del Estado del artículo 45 CP.

Finalmente, es necesario recalcar que este régimen de responsabilidad es únicamente de naturaleza extracontractual. En tal sentido, si bien abarca toda la actividad administrativa antes referida, no incluye las obligaciones indemnizatorias derivadas de otros ámbitos. De hecho, el TUO LPAG parece haber reconocido la existencia de otros supuestos de responsabilidad, aunque de una forma un tanto confusa, al consagrar el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero «sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales». Al menos tres reflexiones merecen atención a partir de la consagración de este régimen como extracontractual.

Primero, la referencia al «derecho común y a las leyes especiales» no puede poner en cuestión el sistema unitario de responsabilidad patrimonial de la Administración. Como se ha indicado, este régimen de responsabilidad extracontractual se extiende a toda la Administración y es el único régimen que la regula, no resultando aplicables las reglas del Derecho civil. De acuerdo con ello, aunque la citada expresión es confusa, podría entenderse de ella que existe un régimen civil (común) que regula también supuestos de responsabilidad de la Administración (28), lo cual sería errado. Por común, no podría entenderse algo distinto al Derecho administrativo, pues este es el Derecho «común» de la Administración. No es la finalidad de este estudio negar la importancia que el Derecho civil y su régimen de responsabilidad representan en la génesis del Derecho administrativo y el régimen de responsabilidad de la Administración (29); sin embargo, este último supone un régimen autónomo, con reglas y principios propios; y es 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, supondrían una interpretación forzada y a veces absurda de las disposiciones del Código Civil peruano. Por tanto, aunque tal vez sin mayor utilidad práctica, me temo que lo que el legislador ha querido reconocer es que, en algunos casos, el legislador podrá establecer supuestos excepcionales en el que una específica actividad administrativa quede sometida al régimen de responsabilidad civil (30).

---

(28) Cuestión que también alude REBOLLO, Manuel, «Rasgos del régimen de responsabilidad patrimonial de la administración en Perú y España», en: *Revista de Investigación. Derecho Administrativo: Experiencia Nacional e Internacional*. Lima: Taller de Investigación en Derecho Administrativo. Vol. 1. núm. 1. 2022, pp. 211-212.

(29) 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*. Civitas Ediciones: Madrid: 2.ª Edición. 1996, pp. 25-67.

(30) El Derecho común de la Administración es el Derecho administrativo, al igual que el Derecho civil lo es de los privados. Sin embargo, las leyes pueden prever supuestos excepcionales para

Segundo, debemos entender que, como el régimen en estudio atiende la responsabilidad extracontractual, quedan excluidos otros supuestos indemnizables. Es el caso, solo por citar algunos, de la responsabilidad que surge del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Administración, el cual se rige por sus propias normas, incluyendo los regímenes de contratos de gestión patrimonial de la vigente Ley núm. 30225, como de los contratos de asociación público-privada previstos en el Decreto Legislativo núm. 1362, y otros. Así también, quedan excluidos de este régimen los supuestos de responsabilidad previstos en normas especiales. Esto no niega nuevamente la unidad del régimen, sino más bien va acorde con el reconocimiento del carácter común del TUO LPAG (art. II.1) y la posibilidad de que las leyes especiales regulen específicamente supuestos y procedimientos especiales para reclamar indemnización a la Administración, sin negar que dichos regímenes sean de Derecho administrativo. De igual modo, quedan excluidos los supuestos de indemnización que no surgen de un daño antijurídico derivado de una actuación administrativa, sino de la decisión del legislador por razones de solidaridad, redistribución de riesgos, efectividad de ciertas políticas públicas, entre otros (31).

En consecuencia, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración regulado en el TUO LPAG es uno de carácter unitario y extracontractual, que tutela los daños antijurídicos ocasionados por su actividad e inactividad material, así como aquellos derivados de su actividad administrativa jurídica o formal, comprendiendo a los reglamentos administrativos, la actividad material, los actos administrativos y su inactividad u omisión.

iii) Es un régimen general de responsabilidad subjetiva, que admite supuestos específicos de responsabilidad objetiva. En definitiva, es un régimen mixto.

Una de las particularidades básicas de la responsabilidad patrimonial de la Administración es que esta tiene lugar tanto por los daños causados por su funcionamiento normal como anormal. De este modo, la Administración no solo puede responder por los daños con ocasión de su actuación irregular —cuando se evidencia culpa, como explicaré luego—, sino también por actuaciones regulares siempre que estos ocasionen perjuicios en los ciudadanos en ejercicio de actividades riesgosas o en donde tienen lugar sacrificios que trasgreden la igualdad ante las cargas públicas (32) o, como otros proponen, únicamente en los casos en los que la ley

---

un caso u otro, disponiendo la aplicación del Derecho público a relaciones privadas, como a la inversa también. Esto no quiebra, repito, la unidad del régimen de responsabilidad de la Administración ni mucho menos del Derecho administrativo. Citar a REBOLLO, Manuel, *Derecho Administrativo*. Tecnos: Madrid. 2017. Tomo I. 3.ª Edición. El tomo I de su curso, la primera lección, pp. 27-35.

(31) Por ejemplo, pagos a las víctimas de una catástrofe natural o derivadas de actos de terrorismo. También, un caso en Perú ha sido el Decreto de Urgencia núm. 031-2021, que aprobó medidas económico-financieras para asegurar el financiamiento del proceso de inmunización contra la COVID-19, así como el pago de obligaciones a cargo del Estado a favor de las personas que recibieron en territorio peruano las vacunas contra la COVID-19, y que presentan un Efecto Supuestamente Atribuido a la Vacunación o Inmunización (ESAVI) severo. Rebollo, Manuel y Vera, Diego (Dir.), *Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos: Madrid. 3.ª Edición. 2018, pp. 253, las refiere como obligaciones administrativas indemnizatorias surgidas por «consagración legal».

(32) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Editorial Aranzadi: Madrid. 2006. 2.ª reimpresión, pp. 145-228. Asimismo, Cfr. GARCÍA DE

expresa y típicamente lo señale (33). El fundamento, por tanto, del sistema de responsabilidad de la Administración está en la protección y garantía patrimonial (34) de la esfera jurídica de la víctima. Tanto el funcionamiento anormal como normal podrán ser susceptibles de cuestionamiento bajo este régimen de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esto dista de reconocer que el régimen de responsabilidad de la Administración sea uno de carácter objetivo, que únicamente atienda a la antijuridicidad del daño y excluya el análisis de criterios de imputación para responsabilizar a la autoridad. Esto no se subsume ni tiene fundamento en el principio de garantía patrimonial del administrado (35).

Los supuestos para que la Administración responda por su funcionamiento normal 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 el funcionamiento normal de la Administración podría llevar a un desmedro del tesoro público e, incluso, a incentivos perversos por parte del administrado para verse indemnizado por toda actuación regular desplegada por la Administración (36). Sin perjuicio de ello, es bien aceptada en la doctrina una serie de supuestos de responsabilidad patrimonial por actividad normal o regular, 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 administrativos (37); entre otros supuestos. En esta sección trataré de brindar una propuesta de análisis para el caso peruano, afirmando que este régimen es uno generalmente subjetivo (basado en la culpa o negligencia), en el marco del cual se admiten supuestos de responsabilidad objetiva respecto al funcionamiento normal de la Administración, basados en el riesgo de la actividad y en el quebrantamiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

La redacción original del artículo 238 de la Ley núm. 27444 establecía un régimen general de responsabilidad que abarcaba, al menos de la lectura de su redacción, toda actuación administrativa, fuera esta normal o anormal y parecía consagrar un régimen de responsabilidad objetiva para el que no era relevante si el actuar

---

ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra-Temis: Lima-Bogotá. 2006. Tomo II, pp. 1273-1371.

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

(34) Respecto al principio de garantía patrimonial como fundamento para ser indemnizado Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Editorial Aranzadi: Madrid. 2006. 2.ª reimpresión, pp. 165-175.

(35) La misma crítica en MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. B de F: Montevideo. 2012. 2.ª Edición, pp. 180-185.

(36) Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas Ediciones: Madrid. 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*. Instituto Nacional de Administración Pública: Madrid, núm. 237-238. 1994, pp. 239-253.

(37) Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial». en: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas SA núm. 130. 2006, pp. 275-326.

administrativo había sido regular o no (38). En efecto, este artículo hacía mención, con una evidente influencia española, de que el derecho a ser indemnizado por las entidades surgía siempre que el perjuicio fuera consecuencia del «funcionamiento de la administración». Esto supuso que se importara también la doctrina predominante en dicho país que concebía este régimen como uno de responsabilidad objetiva. No considero, sin embargo, que esta fuera la lectura correcta del régimen peruano. No lo fue durante su redacción original y difícilmente puede serlo ahora luego de las modificaciones introducidas por los Decretos Legislativos núm. 1029 y 1272. Más bien, el régimen peruano de responsabilidad de la Administración se caracteriza por ser fundamentalmente subjetivo, pero admite supuestos específicos de responsabilidad objetiva. Al menos cinco razones sustentan esto.

Primero, un régimen objetivo no se desprende de la cláusula de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 45 CP. De hecho, este no realiza mención o distinción alguna, dejando al legislador la labor de precisar su alcance en el ámbito administrativo. Esta precisión no fue hecha en la redacción original del artículo 238, pero bien podría haberse acudido por analogía al desarrollo que el Derecho civil brindaba a su régimen de responsabilidad extracontractual, donde los artículos 1969 y siguientes del Código Civil dan cuenta de un régimen subjetivo que reconoce supuestos específicos de responsabilidad objetiva. Concluir que, para el ordenamiento peruano, se había consagrado un régimen de responsabilidad objetivo, era importar sin más un desarrollo que era ajeno a nuestro país.

Segundo, bajo la redacción inicial del artículo 238 no se reconocía lo que fue entendido como un régimen de responsabilidad objetiva. Se abrazó una posición inspirada en el ordenamiento español, en donde este carácter objetivo se reforzaba por solo admitir como causal de exclusión de responsabilidad la fuerza mayor (entendida como riesgo externo a la actividad) y no el caso fortuito (riesgo interno, incluido el error), pero se desconoció que este régimen ya era fuertemente criticado por su propia doctrina e, incluso, no era plenamente acogida por la práctica jurisprudencial de este país (39). Lo cierto era que del artículo 238 no tenía por qué inferirse que el régimen fuera de este tipo, por más que no precisara si eran objeto de ella tanto el funcionamiento «anormal» como «normal» de la Administración.

---

(38) Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General». *Gaceta Jurídica SA*: Lima. 10.<sup>a</sup> edición. 2014, pp. 821-822. MARTIN TIRADO, Richard, «La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio», en: AA. VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley núm. 27444–*. ARA Editores: Lima. 1.<sup>a</sup> parte. 2001. pp. 307-323. GUZMÁN NAPURÍ, Christian, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública». En: AA. VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley núm. 27444–*. ARA Editores: Lima. 2.<sup>a</sup> parte. 2003, pp. 561-599. Discrepaba y defendía una posición distinta frente a esta redacción original 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*. Círculo de Derecho Administrativo: Lima, núm. 9. 2010; también defiende esta posición ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, «Responsabilidad objetiva de la administración en el Perú: entre la erosión de un modelo y la posible configuración de una alternativa mixta». En: AA. VV., *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México: Universidad Panamericana. 2014. Tomo II. p. 423.

(39) Esta realidad práctica alejada de los textos académicos la advierten, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Aranzadi: Navarra. Octava Edición. 2016, pp. 408-409; LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 196. 2019. pp.45-46.

Por un lado, hubiera significado alejarse sin sustento de la línea evolutiva de la responsabilidad extracontractual, según su construcción más longeva en el ámbito civil; y, por el otro, habría significado un despropósito en sentido económico, al convertir a la Administración en una suerte de aseguradora universal sin mayor incentivo para mejorar su actuación (40).

Tercero, a partir de la modificación introducida a la LPAG por el Decreto Legislativo núm. 1029 en el año 2008, la posición que reconoce un régimen de responsabilidad subjetiva se vio reforzada, aunque también seriamente cuestionada por disposiciones confusas. En efecto, se incluyó en el segundo párrafo del artículo 238.2 (actual 260.2 TUO LPAG) la mención a que no había 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» (énfasis agregado). Esta redacción no hace más que reconocer diversos supuestos en donde es difícil concluir que se prescinde del elemento subjetivo. Por el contrario, la evaluación de la culpa (de la organización y no del servidor) tendría que estar presente para determinar si la actuación fue «razonable» y «proporcional», y si acaso supone daños que, de acuerdo con las «circunstancias», deben ser soportados por el particular en cada caso.

Lo que resulta confuso y preocupante, sin embargo, son un par de aspectos incorporados con ocasión de esta reforma. Por una parte, el primer párrafo del artículo 238.2 (actual 260.2 TUO LPAG) señala que «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». Toparse con una disposición como ésta podría llevar a muchos a concluir que el régimen consagrado es uno de carácter subjetivo, sobre todo si consideramos las diferencias que tienen a nivel comparado (principalmente a nivel europeo continental) los conceptos de «caso fortuito» y «fuerza mayor». Sin embargo, cuestión distinta se puede concluir en el ordenamiento peruano, donde estos supuestos de exclusión de responsabilidad, previstos en el artículo 1972 del Código Civil, son aplicados a los casos de responsabilidad objetiva (por riesgo) que regula el artículo 1970 de este cuerpo normativo (41),

---

(40) MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. B de F: Montevideo. 2012. 2.ª edición, pp. 206-210; también es importante citar la crítica de PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas)*. Editorial Civitas: Madrid. 1995, p. 85: «Una responsabilidad general de las Administraciones Públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de la gestión administrativa no sería verdadera “responsabilidad civil” (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino “seguridad social”: mecanismo de protección regido por principios de justicia social, que solo debe asistir a quienes se encuentran en situaciones de necesidad económica y en la medida indispensable para cubrir las; y que no se ve razón, finalmente, para restringir a los casos fortuitos “de carácter administrativo”».

(41) Código Civil peruano de 1984.

Artículo 1970. Aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

Artículo 1972. En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

y en donde «caso fortuito» y «fuerza mayor» son tomados como sinónimos y relacionados con eventos externos a la actividad. En mi posición, este argumento no es sostenible, pues los supuestos de exclusión de responsabilidad previstos en el primer párrafo del artículo 238.2 (260.2 TUO LPAG) no son exclusivos de la responsabilidad objetiva; más bien, hacen alusión a otros supuestos de determinación de la causa del daño, los cuales se analizan metodológicamente en el plano material de cada caso para identificar el hecho generador de la lesión y no son supuestos de «ruptura» de un nexo causal, simplemente son causa del mismo, como expondré más adelante.

Por otra parte, preocupa otra lectura que la Administración puede darle al segundo párrafo del artículo 238.2 (260.2 TUO LPAG). De hecho, he indicado que este artículo consagra un régimen de responsabilidad subjetiva, sobre todo al referirse al actuar «razonable y proporcional» de la Administración (una clara referencia a la negligencia), pero otra lectura podría sugerir que, en realidad, el legislador solo ha querido regular un régimen subjetivo en los casos en los que la Administración actúe «en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos», siendo que en los supuestos restantes, la responsabilidad se le imputará de forma objetiva. No obstante, una interpretación constitucional del segundo párrafo del artículo 238.2 (260.2 TUO LPAG) a la luz del artículo 45 CP me lleva a rechazar esta lectura. Una cuestión es que se haya dejado al legislador definir las características y requisitos del régimen de responsabilidad aplicado a la Administración, y otra muy distinta es que se pretenda aceptar que el ordenamiento peruano ha previsto regímenes subjetivos y objetivos dependiendo del bien jurídico o el objeto involucrado o tutelado que justifica la actuación administrativa en cada caso. Una lectura como esta solo complicaría el régimen de responsabilidad y generaría inseguridad, así como falta de predictibilidad.

Cuarto, y ante las complicaciones generadas por el Decreto Legislativo núm. 1029, la discusión parece haber quedado zanjada con la consagración del principio de responsabilidad en el numeral 1.18 del artículo IV del TUO LPAG, introducido por el Decreto Legislativo núm. 1272. Dicho principio señala ahora que «la autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del “mal” funcionamiento de la actividad administrativa» (énfasis agregado). A partir de esto, puede sostenerse que la regla general es que, en el ordenamiento peruano, la Administración solo responde por los daños que genera con su funcionamiento anormal, es decir, inadecuado, deficiente y culpable, y ya no, salvo los supuestos así consagrados, cuando su actuar sea regular y adecuado. Desde luego, esta culpabilidad se entiende en sentido objetivo (culpa objetiva), no como un examen de culpabilidad a las concretas características del sujeto que ha causado el daño, sino como infracción del deber de diligencia debida o el apartamiento de las normas de diligencia a las que debe someterse la Administración en su actuar. Referirme a esto último puede resultar extraño para una realidad como la peruana, donde estas normas son prácticamente inexistentes y el legislador, al igual que muchas autoridades administrativas, han descuidado la aprobación de procedimientos internos que orienten su actuación debida. No queda sino confiar ese análisis a los jueces para cada caso, al amparo del TUO LPAG, demás normas de procedimientos especiales y los principios generales del Derecho administrativo.

Quinto y último, pese a reconocerse un régimen general de responsabilidad subjetiva, deben reconocerse supuestos de responsabilidad de la Administración por daños causados por su funcionamiento normal para básicamente dos casos: cuando los daños

se deriven de una actividad administrativa riesgosa (de riesgo cualificado) o cuando supongan un sacrificio especial que transgreda el principio de igualdad ante las cargas públicas (42). En el primer caso, cuando estamos ante actuaciones de riesgo cualificado, el fundamento de esta responsabilidad recae en «el riesgo que origina la realización de determinadas actividades, así como el beneficio que obtiene el interesado con su realización» (43). No estamos, en estos casos, ante riesgos inherentes a cualquier actividad, sino de otros que, para cada caso y contexto social, se consideran especialmente cualificados (daños al ambiente, accidentes por prácticas policiales, conducción de vehículos, entre otros) (44). En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante actuaciones lícitas que producen daños que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, pues supone un sacrificio especial que recae o es soportado exclusivamente por él, a efectos de obtener un beneficio a favor de la sociedad. El beneficio de muchos no puede lograrse con el sacrificio de pocos (se afecta la igualdad ante las cargas públicas), por lo que un criterio mínimo de justicia demanda socializar dicho daño entre todos bajo el régimen de responsabilidad de la Administración e indemnizar al afectado. En algunos casos estos daños podrán ser de carácter personal o moral, y en otros de carácter material. En este último caso, algunos señalan que estos daños son «materialmente expropiatorios» y, al no ser tutelados por el régimen de expropiación forzosa (por el carácter eminentemente formal de este régimen), se justifica que sea el régimen de responsabilidad el que atienda los mismos (45).

Ahora bien, el TUO LPAG ha previsto expresamente algunos casos en los cuales, pese a haber desempeñado un funcionamiento normal, la Administración puede tener la obligación de indemnizar al afectado. Un ejemplo es el que tiene lugar con ocasión de la revocación de actos favorables y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 216 TUO LPAG, debe contemplar la indemnización correspondiente cuando ocasione perjuicio económico (46), teniendo en consideración, seguramente, que en estos casos la indemnización se sustenta en haber afectado la igualdad ante las cargas públicas (el cambio en las circunstancias fundado en salvaguardar el interés público que exige sacrificar los derechos de pocos).

iv) Responsabilidad directa: responde la Administración y no el funcionario.

La Administración Pública no es un sujeto que goce de voluntad, emociones o vida. A diferencia de lo que ocurre con las personas físicas o naturales, a quienes puede atribuirse con facilidad el haber realizado determinadas conductas o adoptado ciertas decisiones, propias de sus procesos cognitivos y volitivos, no ocurre lo

(42) LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 196. 2019, pp.55-56.

(43) LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 196. 2019. p.55.

(44) LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*. núm. 196. 2019, p.55.

(45) De *lege ferenda* lo propone para el caso español MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Montevideo: B de F. 2012, pp. 325-327, pero con una lectura que puede ser trasladada para el vigente TUO LPAG.

(46) Artículo 216.-Indemnización por revocación.

216.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

mismo cuando nos referimos a una persona jurídica o a una organización del poder público como lo es la autoridad administrativa. Esta última requiere, para su actuación, de otros sujetos (personas físicas) que sí pueden exteriorizar su voluntad y sus decisiones. Sin embargo, no toda conducta de una persona física le es atribuida inmediatamente a la Administración; para efectuar ello, el Derecho administrativo ofrece criterios que permiten imputar a esta última la conducta (activa o pasiva) desplegada por aquella, de tal forma que se pueda considerar a la Administración como la autora de la conducta enjuiciada(47). Infortunadamente, el TUO LPAG brinda muy poca atención a las reglas que deben observarse para imputar a la Administración la conducta desplegada por una persona física, y no ahonda en detalles respecto a cuál debe ser la vinculación existente entre ambas para imputarle a la autoridad administrativa determinada actuación. Sin embargo, para tales efectos, considero que son dos los criterios que deben cumplirse de forma acumulativa para atribuir una determinada conducta a la Administración y así proseguir con el análisis de responsabilidad extracontractual en cada caso: que la persona física esté integrada a la organización administrativa; y, que actúe en el desempeño o ejercicio del cargo (en ejercicio o con ocasión de sus funciones)(48).

Respecto al primer criterio de atribución, la persona natural que realiza una conducta (activa o pasiva) debe estar integrada a la organización administrativa. Esto debe llevarnos a afirmar, por un lado, que la persona física debe estar integrada por cualquier título a la organización. Esto cobra mayor relevancia en ordenamientos como el peruano donde la inserción del personal en la organización administrativa puede tener fundamento en diversos regímenes de empleo público y bajo diversos títulos. En definitiva, la persona física debe ocupar, como se dice, un puesto al interior de la institución, sin ser relevante si su posición es permanente, temporal u ocasional; y, con ocasión de esa posición, se pueda verificar materialmente el ejercicio, por su parte, de funciones o actividades administrativas que son competencia o parte de las atribuciones reconocidas a la Administración. Esta parece ser también la posición acogida por el TUO LPAG cuando, aunque refiriéndose en su artículo 260.6 a la opción de repetir que tiene la autoridad responsable, hace referencia a «las autoridades y demás personal a su servicio» involucrados en la conducta que derivó en la responsabilidad imputada. Esta expresión no es, sino, una alusión amplia del personal inserto en la organización administrativa, no discriminando el título bajo el cual se encuentren realizando sus funciones u ocupando sus puestos, pero en todos los casos, dando cuenta de que debe existir formalmente una inserción de la persona física dentro de la organización administrativa. Desde luego, como es evidente, deberá entenderse que la actividad realizada por este personal integrado en la organización administrativa no le será imputada a la autoridad, si es que aquella tiene lugar en relaciones privadas o en ámbitos donde la autoridad administrativa no actúa o es evidente que no son cubiertos en el ámbito de sus funciones. De esta forma, las infracciones o delitos que pueda cometer el personal en ámbitos externos al ejercicio de la función administrativa encomenda-

---

(47) Este análisis es denominado como «imputación de primer nivel» por MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000, p. 141.

(48) Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000, p. 144.

da no pueden ser atribuidos a la Administración bajo ningún título ni pueden implicar ninguna responsabilidad en su contra.

Asimismo, este criterio de atribución (que la persona física esté integrada en la organización administrativa) no debe confundirse con la responsabilidad que, para el ámbito privado, regula el artículo 1981 del Código Civil (49), por al menos dos razones. La primera es que el supuesto previsto por esta disposición regula un caso de responsabilidad solidaria (vicaria) y no directa de la persona que dirige u ordena (por ejemplo, una persona jurídica o empresa) una actividad realizada por el sujeto subordinado. Esto, como es evidente, marca distancia del carácter directo de responsabilidad que se atribuye a la Administración en los casos del artículo 260 TUO LPAG (50). Por su parte, la segunda razón es una de carácter cualitativo, pues la subordinación que se alude en el artículo 1981 del Código Civil («aquel que tenga a otro bajo sus órdenes»), aplicable para las relaciones entre privados, no está presente en el vínculo que mantienen la persona física y la Administración dentro de la cual está inserta. En efecto, la subordinación aplicable al ámbito de la responsabilidad civil es entendida en un sentido amplísimo, donde la dependencia «puede ser constante o intermitente, proceder de un consentimiento tácito entre el empresario y el causante material del daño, y derivar no solo de un contrato laboral, sino también de otras figuras contractuales e incluso nacer al margen de todo contrato» (51). Como se advierte, es un vínculo de naturaleza más funcional, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones entre la Administración y la persona física que actúa por ella, donde lo determinante, más allá de la actividad realizada, es «el dato formal de la pertenencia del agente a la organización» (52).

Respecto al segundo título o criterio de atribución, en el que se exige que la persona física actúe en ejercicio o con ocasión de las funciones, el análisis pasa a centrarse ya no en su inserción a la organización (la relación orgánica), sino en la naturaleza de la actividad que desarrolla. Sin embargo, el análisis de este título no está exento de dificultades, por lo que tres cuestiones fundamentales merecen atención al respecto. Primero, es importante identificar cuál ha sido la atención normativa que el ordenamiento peruano ha brindado a este segundo presupuesto. Desde mi posición, es posible identificar un reconocimiento normativo de este título tanto a nivel constitucional como a nivel legislativo en el TUO LPAG. En efecto, de acuerdo con la lectura que he expuesto del artículo 45 CP, la responsabilidad solo se deriva de situaciones en las cuales se ha ejercido poder público, en consecuencia, no basta la inserción de la persona física a la organización del poder respectiva, sino que se requiere constitucionalmente que actúe en determinada situación ejerciendo

(49) Código Civil

Artículo 1981. Aquel que tenga a otros bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

(50) Coincido con lo expuesto en parte por CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo, «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: alcances de su responsabilidad objetiva», en: OSTERLING PARODI y otros. *Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: 2010, pp. 190-191.

(51) Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000, p. 167.

(52) Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000, p. 167.

poder público. Esto es lo que, a mi juicio, se recoge posteriormente en el artículo 260.1 TUO LPAG cuando se hace referencia a los «actos de la administración» y a los «servicios públicos directamente prestados por aquellas», los cuales no son sino manifestaciones de dicho poder público, pero concretamente en el ámbito de la Administración Pública y de las relaciones jurídico-administrativas.

Segundo, es necesario establecer un criterio que permita identificar cuándo la persona física inserta en la organización administrativa actúa «en ejercicio» de las funciones. Surgen, pues, dificultades para identificar cuándo el actuar del personal ha supuesto un ejercicio de dicho poder público al que se refiere el artículo 45 CP y desarrolla el artículo 260 TUO LPAG. Para el caso peruano, considero perfectamente trasladable la propuesta que sugiere evaluar si la persona física ha obrado persiguiendo las «finalidades» que el ordenamiento atribuye a la Administración de la que forma parte, esto es, cotejando su actuación con las tareas que integran las funciones de su cargo, lo cual podrá constar en el instrumento jurídico que vincula al personal con la Administración (reglamento y manual de funciones, cuadro de asignación de personal, contrato, entre otros) y las obligaciones que incumben a quienes ocupan posiciones similares, sino también aquellas tareas que la Administración pudiera haberle encargado, expresa o tácitamente, de modo informal (53). Los fines de los órganos de la Administración pueden ser muy variados, pero siempre reconducibles a uno genérico (54) y, en todos los casos, su análisis deberá realizarse de forma amplia, incluyendo el ejercicio incorrecto de las funciones y excluyendo únicamente aquellas que se hallen «totalmente en desconexión con el marco de las funciones» (55). Como podrá intuirse, el análisis de este criterio de imputación será una labor que deberá realizarse en cada caso y en donde tendrá un especial protagonismo la justicia administrativa.

Tercero, y del mismo modo que en el caso anterior, la exposición aquí planteada requiere poner atención en la segunda modalidad de realización de este criterio de atribución: el actuar «con ocasión» de las funciones. Esta modalidad exige que la tarea o función asignada a la persona física haya ocasionado la situación u ocasión necesaria para que éste lleve a cabo la acción lesiva. Para determinar si entre la función asignada y la conducta lesiva desplegada ha existido una relación tal que permite entender que la primera ha suministrado la ocasión necesaria para la comisión de la segunda, resulta útil acudir a determinados parámetros proporcionados por la doctrina, los cuales aun cuando concurren varios de ellos, no necesariamente determinarán que la conducta ha tenido lugar con ocasión de las funciones: el tiempo y lugar de realización de la conducta (dentro o fuera de la jornada laboral o del lugar de trabajo); la utilización de los instrumentos de trabajo; la motivación del agente; entre otros (56). Nuevamente, para saber cuándo una conducta es realizada

---

(53) Sigo enteramente en este extremo a MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000, pp. 214-215.

(54) La Administración policial tendrá por finalidad prestar seguridad, orden y vigilancia; la Administración sanitaria, asistencia de salud a la población, entre otros ejemplos.

(55) Es la propuesta que expone MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000, pp. 182 ss., y que comparto plenamente para el caso peruano.

(56) Son algunos parámetros que enuncia MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas: Madrid. 2000,

«con ocasión» de las funciones se requerirá de la labor jurisprudencial para determinar en cada caso cuándo ha tenido lugar ello.

Ahora bien, es necesario señalar que el artículo 260 TUO LPAG no efectúa alguna alusión expresa ni respecto a los daños cometidos «en ejercicio» ni «con ocasión» de la actividad administrativa. Tampoco parece dependerse dicha distinción del principio de responsabilidad del numeral 1.18 del artículo IV del TUO LPAG. Por esta razón, nuevamente a partir de la lectura que ofrezco de la cláusula de responsabilidad de los poderes públicos consagrada en el artículo 45 CP, considero que una lectura adecuada debería inclinarse por aceptar una cobertura general de los supuestos de responsabilidad por parte del TUO LPAG y llevarnos a una respuesta positiva, a efectos de entender incluidos a ambos casos.

Por tanto, recapitulando lo expuesto en este acápite, la responsabilidad directa de la Administración supone atribuir una determinada conducta, desplegada por un sujeto físico, a una organización administrativa. Este análisis implica que a la autoridad administrativa le serán atribuibles aquellas conductas que sean efectuadas por el personal integrado en su organización (bajo cualquier título) y que se realicen en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

### 3.2 REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO. UNA REVISIÓN DE SUS PRESUPUESTOS

#### i) La lesión como daño antijurídico.

El régimen de responsabilidad de la Administración gira en torno a la garantía patrimonial del administrado. De hecho, aquél es uno de los regímenes sustantivos que el Derecho administrativo ofrece para efectos de darle protección y eficacia. De este modo, tiene sentido que este sistema se erija sobre el análisis e identificación fundamental sobre la ocurrencia o no de un daño. Sin este último, sencillamente no podría colegirse un deber de reparar. Sin embargo, no cualquier daño es objeto de esta tutela patrimonial, sino únicamente aquellos daños que son considerados antijurídicos o califican, como la literatura dominante en este extremo los alude, como lesiones. En tal sentido, el daño hace alusión, en sentido amplio, a toda pérdida, disminución o reducción patrimonial, distinguiéndose de la lesión en que esta última supone un perjuicio patrimonial antijurídico. La cuestión, llegados a este punto, es determinar, en cada caso, cuándo estamos ante un daño de ese tipo. Tres cuestiones resultan importantes a considerar para cumplir con este propósito.

Primero, la identificación del daño antijurídico se encuentra regida por el principio de atipicidad, es decir, la lesión no puede ser enumerada o catalogada en todos sus supuestos por el ordenamiento, sino más bien su alusión se realiza de forma negativa a través del reconocimiento general de un conjunto de supuestos o daños no indemnizables enunciados a partir de un principio de tipicidad genéri-

---

p. 201, citando a ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*. Aranzadi: Pamplona. 1995; y, BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid: McGraw-Hill. 1995.

ca (57). Esta es la forma como, desde mi posición, el artículo 260 TUO LPAG, en su numeral 260.2, hace referencia al daño antijurídico cuando excluye de estos casos a los «daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias» (58). De este modo y leído a contrario, el ordenamiento peruano entiende por daño antijurídico a aquel que la persona no tiene el deber jurídico de soportar (59). Los daños que se subsumen en este deber y, por tanto, no son indemnizables, se enuncian bajo un criterio de tipicidad genérica. Las leyes y demás disposiciones que rigen las competencias y alcance de las funciones de cada autoridad de la Administración deberían permitir identificar cuáles son esas intervenciones que generan perjuicios en los particulares, pero que están amparadas de acuerdo con sus funciones.

Segundo, es importante considerar que la antijuridicidad del daño no deriva necesaria y únicamente de un hecho generador (la actividad administrativa causante del daño) calificado como ilegal o ilícito, sino que también podrá originarse de uno considerado como legal o lícito; y, además, como se expone luego, la identificación de un daño como antijurídico no bastará para declarar responsable a la autoridad causante, sin antes haber identificado un criterio bajo el cual poderle imputar la responsabilidad. No resultará relevante, por tanto, para evaluar si nos encontramos frente a una lesión, dilucidar sobre el carácter antijurídico o no de la actuación administrativa causante del daño, sino sobre los efectos que esta produce en el particular y si este tiene o no el deber de soportarlos, entendido este último como el conjunto de daños no indemnizables genérica y típicamente así identificados. En consecuencia, la antijuridicidad relevante para convertir el perjuicio económico en una lesión indemnizable se predicará del efecto de la acción y no de la acción administrativa en sí misma.

Tercero, el daño antijurídico previsto en el TUO LPAG comprende, de forma amplísima, el daño patrimonial, personal y moral. Así se desprende de la redacción del artículo 260.5 cuando, al referirse al contenido de la indemnización, prescribe que este debe incluir «el daño directo e inmediato», lo que podría interpretarse como la inclusión del daño emergente, así como «el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral».

De otro lado, es necesario también que, además de antijurídico, el daño cumpla con ser «efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos», tal como lo dispone el artículo 260.4 TUO LPAG. Con esto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración considera dentro de su ámbito de aplicación únicamente aquellos daños que, por un lado,

---

(57) Desde el Derecho de la responsabilidad civil, lo enuncia así en el Perú FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. Fondo Editorial de la PUCP: Lima. 2019, pp. 78-85.

(58) El artículo 260.2 TUO LPAG excluye también a los casos en los cuales se actúa de forma «razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos», pero estos casos no están referidos al análisis de ocurrencia del daño, sino más bien de la imputación subjetiva (culpa).

(59) Es la tesis ya señalada de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra-Temis: Lima-Bogotá. 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*. Civitas Ediciones: Madrid. 2002, pp. 19-26.

son perfectamente concretos, pueden valorarse económicamente y recaen directamente en el patrimonio de un administrado o grupo de administrados. Una reflexión puntual merece cada una de estas características.

Para empezar, al exigir que el daño antijurídico sea efectivo, el TUO LPAG requiere que el daño suponga una afectación patrimonial cierta o real, es decir, que no sea meramente hipotética, especulativa o potencial. En el caso del daño emergente, el carácter efectivo exigirá la probanza de una certeza fáctica o material de que el daño antijurídico se ha producido; es decir, que ha tenido lugar la disminución del patrimonio. Por su parte, en los casos de daño al lucro cesante, la efectividad del daño deberá probarse no con la interrupción de los flujos o ingresos esperados, sino con la certeza de que existían los presupuestos y requisitos necesarios para que estos flujos tuvieran lugar. Cuestión distinta ocurrirá en los casos en los que se alegue la pérdida de la chance, en donde la efectividad del daño deberá probarse con la certeza respecto a la existencia de la oportunidad, en aquellos supuestos donde se desconoce ciertamente qué hubiera pasado si la Administración actuaba de un modo distinto, pero se indemniza la pérdida de la oportunidad, de esa probabilidad mayor o menor de obtener algo, que ya obraba como parte del patrimonio del particular –y que, por tanto, consideramos aquí como un tipo de daño emergente– (60).

Por su parte, respecto al requisito de que el daño sea valuable económicamente, es necesario indicar que todo puede cumplir con dicha condición, no solo los daños estrictamente patrimoniales, sino aquellos que sufre la persona e, incluso, los daños morales. Todo daño es perfectamente traducible en dinero. En tal sentido, este requisito del daño no trae mayor discusión.

Finalmente, la normativa peruana exige que el daño sea individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos, cuestión que se explica a partir del importante rol que cumplen el principio de igualdad ante las cargas públicas y deber jurídico de soportarlas. Como es sabido, la intervención pública supone normalmente limitaciones que los miembros de la sociedad soportan como una generalidad. Estas limitaciones generan daños no indemnizables por razones de interés público y que son soportados por todos los miembros de la sociedad o todos los que se encuentran en la misma situación materia de ordenación y, por tanto, no suponen una carga especial o desigual. A partir de esto, podría pensarse que no se encuentran incluidos dentro de la tutela del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquellos perjuicios ocasionados por normas reglamentarias emitidas por la Administración, al estar limitada la responsabilidad patrimonial de la Administración a toda actividad administrativa que conlleve tan solo daños particulares (61). Esto, sin embargo, es un error. El carácter individualizable se pre-

(60) Posición que comparto con FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. Fondo Editorial de la PUCP: Lima. 2019, pp. 65-66.

(61) Un estudio sobre los actos normativos y particulares y su aplicación a la distinción entre actos administrativos y reglamentos en el caso peruano en MARTÍN 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. núm. 24. 2002, pp. 93-112; también 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*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. 2007.

dica del daño, no de la actividad generadora de este último. En tal sentido, en casos de actos normativos de la Administración, deberá determinarse si dentro de la generalidad del grupo social regulado, existen individuos o colectivos que soportan una limitación mayor que quiebra el principio de igualdad ante las cargas públicas a costa del interés público buscado. En todos los casos, la determinación del carácter individualizado del daño será siempre un análisis casuístico.

Por tanto, el daño relevante para el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración es aquel de carácter patrimonial, personal o moral, que cumple con ser antijurídico, es decir, que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, y que cumple con las condiciones de ser efectivo, valuable económicamente e individualizado en un administrado o conjunto de ellos.

ii) La relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño antijurídico.

Para poder vincular el daño antijurídico a una determinada actividad administrativa, es necesario que entre ambos exista una relación de causalidad (62); es decir, que aquél sea consecuencia de esta. Esto es lo que recoge también el artículo 260.1 TUO LPAG cuando refiere que la Administración será responsable por los daños directos e inmediatos «causados» por la actividad administrativa. Presentado de este modo, el análisis de la causalidad o nexo causal posee una naturaleza fáctica, natural o material y, como tal, podría abarcar un gran número de eventos como causas de un determinado efecto, razón por la cual es necesario especificar qué criterios deben considerarse para identificar a una actuación particular como relevante en la ocurrencia de determinado daño antijurídico. Sin embargo, el legislador peruano no ha especificado en el TUO LPAG qué tipo de vinculación debe existir para poder vincular el daño a una determinada actividad administrativa. Pese a esto, en mi posición es posible sostener que el régimen peruano de responsabilidad de la Administración acoge la teoría de la causalidad adecuada, por resultar también este el criterio aplicable a los supuestos de responsabilidad que regula el Código Civil peruano.

Para empezar, bajo la teoría de la causa adecuada 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. Esto implica que, de las diversas condiciones o actividades involucradas en la producción de un daño, calificará como causa adecuada aquella que sea la más idónea en la producción de este, bajo un análisis en abstracto y atendiendo a lo que ocurren normalmente en la vida diaria (63). Sobre la base de este presupuesto, por tanto, se evaluará si las consecuencias o daños patrimoniales producidos pueden considerarse originados por deter-

---

pp. 207-287. Así mismo, BACA ONETO, Víctor, y ABRUÑA PUYOL, Antonio, «El Reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho peruano?» en: *Revista de Derecho*. Piura: Universidad de Piura, núm. 11. 2010, pp. 71-92.

(62) NIETO GARCÍA, Alejandro, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*. 1975, núm. 4.

(63) Rebollo, Manuel y Vera, Diego (Dir.). *Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos: Madrid. 3.<sup>a</sup> edición. 2018, p. 260.

minada actividad de la Administración, a fin de no imputarle erróneamente a esta última la responsabilidad por los daños acaecidos (64).

Ahora bien, a diferencia del TUO LPAG, el Código Civil sí ha acogido expresamente la teoría de la causalidad adecuada en su artículo 1985, al señalar que «la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, “debiendo existir una relación de causalidad adecuada” entre el hecho y el daño producido» (énfasis agregado). Si bien es innegable que el régimen de responsabilidad de la Administración es unitario y autónomo frente al de la responsabilidad civil, no puede ocultarse que ambos regímenes coinciden en sus fundamentos y principios. Esto me llevaría a argumentar que el régimen de responsabilidad de la Administración no podría apartarse sustancialmente de lo previsto por su par civil y debería acudir a él por analogía por «resultar compatible con su naturaleza y finalidad», tal como lo dispone el artículo VIII del TUO LPAG sobre el actuar de la Administración en casos de deficiencia de fuentes.

Asimismo, una razón que se suma a esta posición es la inspiración que, del artículo 1985 del Código Civil, parece haber tenido en su redacción el artículo 260.5 TUO LPAG. En efecto, este último artículo recoge una redacción muy similar a la de aquél, con ciertos matices y con la supresión de la mención expresa a la causalidad adecuada (65), pero que no por ello debe interpretarse que ha acogido una causalidad distinta.

Por otro lado, lo que sí debe dejarse de lado a partir de la lectura expuesta, es definir restrictivamente la causalidad en función al énfasis que el legislador realiza al referirse a los daños «directos e inmediatos» que son causados por los actos de la Administración, expresión que tiene lugar en los numerales 260.1 y 260.5 TUO LPAG. En el primer caso, es mi impresión que dicha expresión está haciendo efectivamente una referencia a la causalidad necesaria que debe existir entre la actividad administrativa y el daño antijurídico, pero no está acogiendo expresamente la teoría de la causa próxima, según la cual, bajo un criterio de temporalidad, existirá una relación de causalidad, si la actividad ha precedido «inmediatamente» a la generación del daño antijurídico (66). Sería contrario al principio de garantía patrimonial y de responsabilidad de los poderes públicos que el TUO LPAG acogiera dicha teoría, descuidando, entre otros, los daños futuros, los cuales, por su escasa proximidad en el tiempo con la actividad, no mantendrían una relación de causalidad con ésta y, por tanto, no podrían ser indemnizados. En el segundo caso, en cambio, parece que el legislador emplea esta expresión («daños directos e inmedia-

---

(64) Entre otras teorías de la causalidad, distintas a la causa adecuada, destacan: la teoría de la causa eficiente, donde solo es causa la más eficaz o relevante, no las que más bien son condición u ocasión para que aquella desencadene sus consecuencias; y, la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde son causa todas las condiciones que suprimidas mentalmente darían lugar a que no se hubiese producido el daño. Rebollo, Manuel y Vera, Diego (Dir.). *Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos: Madrid. 3.ª edición. 2018, p. 260.

(65) Artículo 260. Disposiciones generales.

[...]

260.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

(66) Rebollo, Manuel y Vera, Diego (Dir.). *Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos: Madrid. 3.ª edición. 2018, p. 260.

tos») no para referirse a una particular causalidad, sino como sinónimo de «daño emergente» y para efectos de clasificar los tipos de daños antijurídicos que son pasibles de indemnización, enunciando entre estos a los daños directos e inmediatos, pero también al «lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral».

Finalmente, es importante mencionar en este acápite los mal llamados supuestos de «ruptura del nexo causal» que enuncia el primer párrafo del artículo 260.2 TUO LPAG, los cuales operan cuando el daño antijurídico fuera resultado de «caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero». La mención a estos no es menor, puesto que podría afirmarse que lo que realiza el primer párrafo del referido artículo es recoger los supuestos de «ruptura del nexo causal» que el Código Civil peruano desarrolla en su artículo 1972 y que equivocadamente deja entrever que solo resultan aplicables a la responsabilidad objetiva, cuestión que llevaría a afirmar que el régimen de responsabilidad de la Administración también tendría dicha naturaleza (67). Al respecto, es equivocado, primero, referirse a estos como supuestos de «ruptura del nexo causal», puesto que, en realidad, no «rompen» nexo alguno. En cada caso, si de la valoración de los hechos y de los medios probatorios presentados por la autoridad administrativa, se determina que la ocurrencia del daño antijurídico tuvo lugar como consecuencia de otros eventos (caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante del administrado damnificado o de tercero), la única consecuencia será que se habrá identificado una verdadera causa generadora del daño. Nada tendría que ver con «romper una causalidad» que nunca existió entre la actividad administrativa y la consecuencia lesiva. Segundo, como consecuencia de lo anterior, estas hipótesis de causalidad no guardan relación exclusiva con ningún régimen de responsabilidad, ni califican a alguno como predominantemente objetivo o subjetivo. Al parecer, la posición del legislador en el Código Civil peruano fue la de relativizar los supuestos de responsabilidad objetiva del artículo 1970, pero esta problemática no tendría por qué ser trasladada al ordenamiento administrativo peruano, el cual goza de autonomía y debe interpretarse inicialmente acudiendo a sus propias fuentes normativas e integradoras, y partiendo de las reglas especiales del régimen de responsabilidad subjetiva aquí defendido antes de observar problemas y soluciones de otras áreas del Derecho.

iii) Criterios de imputación: la culpa, el riesgo cualificado y el sacrificio especial (daños cuasi expropriatorios).

Para que surja la responsabilidad es preciso que el daño antijurídico pueda ser imputado, esto es, jurídicamente atribuido 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. Habiendo defendido un régimen de responsabilidad subjetiva de la Administración en el ordenamiento peruano, se expli-

---

(67) Llama también la atención sobre esto, 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, núm. 9. 2010. p. 248. Es necesario agregar que, en el ordenamiento peruano, el caso fortuito y la fuerza mayor se adoptan como conceptos sinónimos, según el artículo 1315 del Código Civil, y del mismo modo se entiende en el ámbito administrativo. Esto, sin embargo, tampoco impacta en la posición que exponemos en este extremo.

ca que identifique al funcionamiento anormal de la actividad administrativa o a la culpa como criterio general de imputación. Una culpa, ciertamente, objetiva; es decir, evaluada a partir de un cotejo entre la actuación administrativa adoptada y un parámetro o estándar de actuación público que permita concluir si la actuación desempeñada se realizó o no de forma razonable y proporcional de acuerdo con los usos aceptados. Sin embargo, se trata de un régimen mixto en el que este régimen general de responsabilidad subjetiva convive con supuestos específicos de responsabilidad objetiva, en los que el legislador prevé como criterios de imputación ya no a la culpa, sino al riesgo cualificado de la actividad administrativa o al sacrificio especial que genera la actuación pública. Expondré seguidamente las razones que sustentan mi posición.

El funcionamiento anormal de los servicios públicos es, en la lectura del numeral 1.18 del artículo IV del TUO LPAG, el principal criterio de imputación de responsabilidad patrimonial para la Administración. Señala esta disposición, definiendo el principio de responsabilidad, que la autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del «mal funcionamiento» de la actividad administrativa. Sin embargo, no se define con certeza a qué se refiere con esta expresión. Por un lado, podría entenderse al «mal funcionamiento» como sinónimo de un actuar ilegal o ilícito, es decir, contrario al ordenamiento, en cuyo caso, toda actuación administrativa calificada como ilícita supondría la responsabilidad de la autoridad y el consiguiente derecho por parte del administrado afectado a ser indemnizado. Por el otro, el «mal funcionamiento» podría ser entendido como un funcionamiento irregular o culposo de la administración, no equivalente a una actuación ilegal o ilícita, sino una que se desvía de los márgenes de actuación razonables y proporcionales esperados en cada caso, con lo cual, incluso en algunos casos de actuación ilegalidad, podría sostenerse que la autoridad fue diligente y no actuó culposamente. Yo me adhiero a esta última interpretación por dos razones.

Primero, el «mal funcionamiento» de la actividad administrativa como fundamento del principio de responsabilidad que recoge el TUO LPAG debe interpretarse sistemáticamente con otros dispositivos que permitan darle un contenido más preciso, empezando, desde luego, con el artículo 260 TUO LPAG, que le brinda su principal desarrollo. Si bien este artículo no hace una referencia expresa al contenido de ese «mal funcionamiento» ni se pronuncia tampoco respecto a la equivalencia o no entre el actuar ilegal y la culpa, sí considero que añade el componente elemental para dar una respuesta: su numeral 260.2 agrega que no habrá lugar a la reparación cuando «la entidad hubiere actuado “razonable y proporcionalmente”» (68) (énfasis propio), agregando, seguidamente, que tampoco hay reparación cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y «las circunstancias». Este actuar

---

(68) El artículo 260.2 indica textualmente «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». Podría indicarse que el actuar razonable y proporcional solo se considera cuando se encuentran involucrados la vida, la integridad o los bienes privados y públicos, pero esto también es equivocado. Parece, más bien, que el legislador recogió algunos supuestos a modo de ejemplo, y esto le da armonía al régimen de responsabilidad de la Administración en general. Lo contrario supondría aceptar que existen casos en los que el «mal funcionamiento» es equivalente a «ilegalidad» y otros en los que no.

razonable, proporcional y de acuerdo con las circunstancias es, en mi posición, la calificación del «funcionamiento anormal» como un actuar culposo (culpa objetiva), es decir, aquel que es contrario al deber de diligencia, pero que no se determina *per se* con la transgresión al ordenamiento –que, de por sí, será un indicador en muchos casos determinante o suficiente–, sino más bien con la apreciación y respeto por parte de la autoridad administrativa de unos parámetros mínimos de actuación para sustentar su actividad en cada caso. Un parámetro inicial es el de la mera legalidad, pero en el cumplimiento de ella, la Administración observa también criterios para dar contenido a sus decisiones discrecionales, para interpretar las disposiciones a su cargo, para operativizar conceptos jurídicos indeterminados, o acude a criterios adoptados en instancias y casos similares, o a las decisiones de la judicatura emitidas en un determinado tiempo y contexto. Los aspectos en los que se puede sustentar una actuación de la Administración son diversos y, por esta razón, el control de legalidad que las instancias administrativas y judiciales determinen posteriormente no deberían suponer de plano un actuar culposo, si este cumplió con ser razonable, proporcional y acorde a las circunstancias.

Segundo, si el legislador hubiera querido considerar al «mal funcionamiento» como un actuar ilegal, lo habría indicado como tal. En cambio, prefirió hacer uso de una nomenclatura distinta, pero lo que es aún más interesante es que el TUO LPAG recogió expresamente en su numeral 260.3 un supuesto de actuación ilegal que no deriva en todos los casos en responsabilidad, al señalar que «la declaratoria de nulidad de un acto administrativo» [actuación ilegal] (69) «en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización» (70). Dos son los supuestos englobados en esta disposición: por un lado, los actos favorables que son anulados en instancias posteriores, donde el particular asume gastos o inversiones al amparo de la confianza en la validez del acto, pero que luego devienen en pérdidas con su anulación, pudiendo reclamarse indemnización por dicho daño; y, por el otro, los actos de gravamen

---

(69) Nótese que identifico el hecho generador en el acto (ilegal) anulado, no en el acto (legal) de anulación, por lo que no considero a este caso como uno de responsabilidad por funcionamiento normal de la administración, sino lo contrario. Cuestión distinta y problemática es que la pretensión indemnizatoria se discuta con ocasión del acto (legal) de anulación, considerando que esta pretensión requiere acumularse a otra que, a su vez, discuta la ilegalidad de una actuación administrativa, condición que no sucedería en casos de anulación de actos en vía administrativa, donde el acto de anulación se entendería no es contrario a Derecho.

(70) No se desconoce la polémica generada por una disposición similar en el caso español, pero que considero no tiene por qué ser trasladada al caso peruano, donde el régimen es subjetivo y alejado del ordenamiento que lo inspiró, sobre todo a partir de las reformas del Decreto Legislativo núm. 1029. Es el conocido «margen de tolerancia». Sobre el particular, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, «¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?» en: *Revista de Administración Pública*. 2019, núm. 205, pp. 221-237. Recientemente, del mismo autor, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», en: *Revista de Administración Pública*. 2022, núm. 217, pp. 191-208. También, COBREROS MENDAZONA, E., «Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado», en: *Revista de Administración Pública*. 2020, núm. 213, p. 99. BLANQUER CRIADO, David, «Disgresiones sobre la invalidez de los actos administrativos», en: Soriano García, José (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Iustel: Madrid. 2014. vol. II, pp. 1292-1295.

que son posteriormente anulados, donde el administrado perjudicado podría exigir una indemnización por el daño sufrido durante la ejecución del acto hasta su invalidación. En ambos casos el criterio de imputación sigue basándose en la culpa, en un actuar negligente.

En el primer caso, el daño está ligado a una afectación al deber de buena fe y al principio de confianza legítima consagrado en el numeral 1.15 del artículo IV del TUO LPAG, pero no es este principio el que opera como criterio de imputación (71), sino más bien como parámetro para analizar si el actuar de la Administración (con la emisión del acto administrativo inválido) fue contrario o no al deber de diligencia. Es la lesión del «interés negativo» del particular, «el interés en la reposición de las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar de la ventaja pretendida» (72), aquella conectada con la defraudación de la confianza, la que se tutela respecto a una actuación administrativa que creó una apariencia de legalidad. La culpa de la Administración estará en haber creado indebidamente, con el acto anulado, esa apariencia donde no la había.

En el segundo caso tiene nuevamente lugar el análisis de la culpa como manifestación de una desviación en el margen razonable y proporcional de actuación, la cual derivó en la adopción de una decisión patrimonialmente gravosa contra el administrado durante el tiempo de su validez (por ejemplo, la denegación de un título), pero que posteriormente fue declarada ilegal.

Considero, a partir de lo dispuesto en el artículo 260.3 TUO LPAG, que el régimen peruano de responsabilidad patrimonial no equipara a la «culpa» con la «ilegalidad» y, aunque el caso de la anulación de actos administrativos es un supuesto que, de hecho, no engloba toda la actuación administrativa, no debe entenderse tampoco que excluye del mismo análisis a las actuaciones distintas al acto administrativo. Es mi impresión que, nuevamente en este caso, el legislador peruano solo ha optado por aludir al supuesto más recurrente de control contra la actuación administrativa y optado por mencionar, a modo de ejemplo, este supuesto; sin embargo, el fundamento detrás de este es el que deberíamos rescatar para toda la actuación administrativa (73).

---

(71) Como lo defiende 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». Thomson Civitas: Navarra. 2005, pp. 341-407, «el incumplimiento del principio de coherencia es, nada más y nada menos, fuente de responsabilidad; es la circunstancia que obliga a su autor a reparar el daño causado, independientemente de toda consideración subjetiva de culpa o malicia, porque la buena fe constituye un arquetipo social de conducta desprendido de la concreta actitud moral o intencionalidad de los sujetos».

(72) 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*. Thomson Civitas: Navarra. 2005, p. 402. Los daños comprendidos en este interés serían los gastos ejecutados en virtud del título obtenido luego anulado, o la pérdida de oportunidad de entablar otros negocios que podrían haberse realizado de no haberse confiado en el que es materia de anulación, pero no el lucro cesante, puesto estos beneficios habrían sido antijurídicos, es decir, fundados en la ilegalidad que precisamente derivó en la anulación del acto.

(73) Esto no supone olvidar los cuestionamientos que, contra la posición aquí sostenida podrían enunciarse según Díez Sastre, Silvia, «Culpa vs. Ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*. 2012. núm. 153, p. 6. También, MEDINA ALCOZ, Luis, «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en: *Revista de Administración Pública*. 2020, núm. 213, pp. 87-90; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, «¿Existe un

## VII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL...

Respecto a los supuestos de responsabilidad objetiva, conviene adherirse también a las posiciones que limitan este régimen, por un lado, a las actividades lícitas pero riesgosas, donde el riesgo opera como criterio de imputación de responsabilidad. En estos casos, el fundamento de esta responsabilidad es «el riesgo que comporta la realización de determinadas actividades, así como el beneficio que obtiene la autoridad con su realización» (74). Como bien se indica, «no se trata del riesgo inherente a cualquier actividad, sino de aquellos que, conforme a la conciencia social de cada momento, se consideren especialmente cualificados» (75). Por el otro, deben incluirse también aquellas actividades o decisiones lícitas o regulares, pero que generan sacrificios especiales («cuasi expropiatorios») fundados en la salvaguarda del interés público. Se alude, en estos casos, a una responsabilidad por actos lícitos que están fundados en el quebrantamiento del principio de igualdad ante las cargas públicas (76). En ambos casos, no se evalúa la culpa o diligencia de la Administración Pública en su actuar. Se parte, más bien, de un actuar administrativo regular y lícito, pero que, en un caso, se le imputa responsabilidad a la autoridad por el riesgo introducido en la sociedad con dicha actividad (la cual le comporta, además, un beneficio) y, en el otro, se le ordena indemnizar un daño para efectos de socializar el sacrificio especial que sufren unos pocos con todos aquellos que obtendrán beneficios gracias a ello (77).

Por lo tanto, el régimen peruano de responsabilidad patrimonial recoge un criterio de imputación mixto generalmente basado en el funcionamiento anormal de la Administración (culpa) y, en supuestos especiales, por su funcionamiento normal (en este caso sí, coincidente con la licitud) a título de riesgo y sacrificio especial. El funcionamiento culposo es el que se desarrolla al margen de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad esperados en la adopción de la actividad (contrario al deber de diligencia) y cuyo reconocimiento normativo se desprende de la lectura sistemática del principio de responsabilidad previsto en el numeral 1.18 del artículo IV del TUO LPAG y el segundo párrafo del artículo 260.2 del TUO LPAG. El actuar culposo, se ha sostenido, no es equiparable al actuar ilegal, siendo que una actuación ilegal puede no ser una actuación culpable y, por tanto, no derivar en una responsabilidad de la autoridad. Por su parte, los supuestos de responsabilidad objetiva, donde la Administración responde por su actuar normal, regular y lícito tienen como fundamento el desarrollo de actividades riesgosas o sacrificios especiales («cuasi expropiatorios») contrarios al principio de igualdad ante las cargas públicas.

---

deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?» en: *Revista de Administración Pública*. 2019, núm. 205, pp. 231-234. Una atención a dichas críticas, sin embargo, ameritaría un estudio que rebasa el alcance del presente.

(74) LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. 2019, núm. 196, p. 55.

(75) LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. 2019, núm. 196, p. 55.

(76) Por ejemplo, es el caso del uso de armas de fuego por el personal de seguridad que ocasionan daños a terceros ajenos a la intervención policial.

(77) El ejemplo de la indemnización por revocación de actos favorables que regula el artículo 216 TUO LPAG es un claro ejemplo de este supuesto de responsabilidad.

#### 4. FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE REPETIR CONTRA LOS FUNCIONARIOS RESPONSABLES Y DEMÁS PERSONAL A SU SERVICIO

Una cuestión no menor, pero sobre la que no pretendo ahondar ahora, es la referida a la facultad que tiene la Administración, conforme a lo dispuesto en el artículo 260.6 TUO LPAG, para repetir judicialmente contra las autoridades y demás personal a su servicio por la indemnización asumida y la responsabilidad en que hubiere incurrido. En el caso peruano, se acepta legislativamente que la Administración demande a los servidores involucrados directamente en la actividad generadora de la lesión la devolución de la indemnización afrontada. Sin embargo, no se precisa del todo si esta acción es obligatoria o discrecional, ni a partir de qué momento quedaría expedita esta facultad para interponer la acción de repetición. Me referiré brevemente a estas dos cuestiones a continuación.

Para empezar, se sostiene que la acción de repetición es un deber por parte de la Administración, quien, cumplidos los supuestos que detalla el artículo 260.6 TUO LPAG, no tendrá más opción que presentar la acción de repetición contra los servidores involucrados en la actuación generadora del daño (78). Sin embargo, no parece ser ese el criterio que se desprende de la literalidad del referido artículo. De hecho, este dispone que la autoridad administrativa «podrá» repetir contra el personal correspondiente, reconociéndole un margen de apreciación para que ella determine en qué supuestos corresponderá hacerlo. Un supuesto incuestionable de no repetición tendrá lugar en aquellos casos en los que no se pueda determinar o identificar a servidores concretos involucrados en el hecho generador del daño; pero en adición, existen otros criterios que el artículo 260.6 TUO LPAG ha enunciado y que consisten en «la existencia o no de intencionalidad», «la responsabilidad profesional del personal involucrado» y «su relación con la producción del perjuicio». Aunque no se especifica el contenido de cada uno de estos supuestos, parece desprenderse de ellos que la decisión de repetir deberá basarse en criterios de imputación subjetiva, ya sea si los servidores actuaron dolosamente (intencionalmente o no) o culposamente (tomando en cuenta la responsabilidad profesional del personal, es decir, evaluando el actuar diligente de uno en función a lo que se hubiese esperado que haga por la posición que ocupaba). Incluso, podría afirmarse que la decisión discrecional de no iniciar acciones podría fundamentarse en la culpa leve cometida por el personal involucrado, siendo más relevante iniciar acciones por actuaciones dolosas o por aquellas desarrolladas con culpa grave; o, también, podría aceptarse que la autoridad decida repetir judicialmente contra el servidor, pero reclamarle montos distintos a la indemnización pagada en función al grado de responsabilidad (una suma menor, si actuó con culpa; o la suma total, si actuó con dolo). No obstante, en cualquiera de los casos, pareciera que siendo dolosa o culposa la actuación del servidor, la decisión de tomar acciones de repetición será finalmente una decisión discrecional.

Por su parte, aunque el TUO LPAG no lo indique expresamente, debe entenderse que para que la Administración pueda accionar la repetición, esta deberá

---

(78) MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica SA: Lima. 14.ª edición. 2019. Tomo II, pp. 559-561.

estar enfrentando, por un lado, una condena firme de responsabilidad proveniente de un tribunal nacional o internacional, en vía contencioso-administrativa u ordinaria (79), o cualquier otro título de reconocimiento de responsabilidad; y, por el otro, haber pagado íntegramente la indemnización al afectado. De la normativa peruana no se desprende alguna exigencia adicional. Sin embargo, como otros aconsejan, podría iniciarse un procedimiento interno en la autoridad para efectos de determinar la necesidad de iniciar acciones contra los servidores involucrados y el sustento para ello (80). Esto último puede ser conveniente, si se toma en cuenta que el artículo 260.6 TUO LPAG recomienda que la Administración pueda «acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución», sin tener que acudir al ámbito judicial. En tal sentido, el procedimiento interno y los actos que se emitan con ocasión de él podrán dar lugar a la decisión de iniciar la acción de repetición o, lo que es mejor, la posibilidad de llegar a un acuerdo de reembolso en sede administrativa. En este último caso, el reembolso del «monto indemnizado» al que se hace referencia, debería entenderse que no alude al efectivamente pagado por la Administración, sino a uno que ha sido el resultado de las negociaciones y de tomar en cuenta «la existencia o no de intencionalidad», «la responsabilidad profesional del personal involucrado» y «su relación con la producción del perjuicio», pudiendo resultar menor al pagado (81).

##### **5. AUSENCIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. SU EXIGENCIA DIRECTA EN LA VÍA JUDICIAL Y LAS DEFICIENCIAS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA**

Ahora bien, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración, el TUO LPAG no regula ningún procedimiento administrativo en particular. En efecto, la vía para reclamar responsabilidad de la Administración no inicia, en el caso peruano, en el ámbito administrativo, sino que esta requiere ser determinada judicialmente (82). 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

---

(79) La escasa práctica judicial de casos por responsabilidad demuestra que, ante los defectos de las normas procesales contencioso-administrativas para reclamar responsabilidad de la Administración, los particulares han optado por demandarla en la vía civil u ordinaria.

(80) MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica SA: Lima. 14.ª edición. 2019. Tomo II, p. 559.

(81) En contra de esta posición, MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica SA: Lima. 14.ª edición, 2019, tomo II, p. 561. Creo que esta sería una salida intermedia frente a los extremos de exigir al servidor, por un lado, que asuma toda la indemnización, lo que puede llevarlo a no tomar decisiones o a la inacción; o, por el otro, que no responda en absoluto, lo que puede generar desincentivos para la mejora y el ejercicio idóneo de la función pública.

(82) Cfr. MARTÍN TIRADO, Richard, «La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio». En: AA. VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley núm. 27444–*. ARA Editores: Lima. 1.ª parte, 2001, p. 308.

actuación desplegada. No cabe duda de que este cauce procesal es trascendental para hacer efectiva la responsabilidad y ordenar el pago de la correspondiente indemnización a favor del administrado afectado. Sin embargo, una vez agotada en las secciones anteriores la exposición del contenido sustantivo de este régimen, puede resultar frustrante que las causas de su escasa utilización y eficacia se deban a su limitado desarrollo adjetivo, siendo el Texto Único Ordenado de la Ley núm. 27584 –Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo– aprobado por Decreto Supremo núm. 011-2019-JUS (TUO LPC) el gran responsable de ello. En concreto, la crítica, como se expondrá seguidamente, está centrada en la deficiente regulación brindada a la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual de la Administración regulada en el TUO LPC.

El artículo 5 TUO LPC regula las pretensiones que pueden ser formuladas por el administrado en el proceso contencioso-administrativa. Todas ellas se desarrollan con la clara intención de cubrir todos los espacios de la actuación administrativa –con excepción de los reglamentos, que se cuestionan conforme con el Código Procesal Constitucional– de tal forma que los particulares tengan, frente a todo ejercicio de poder público proveniente de la Administración, su correlato en el listado de pretensiones a formularse frente al juez. De esta forma, el referido artículo reconoce hasta cinco pretensiones que pueden plantearse en el proceso contencioso-administrativo.

En primer lugar, destaca la pretensión consistente en la declaración de la nulidad, total o parcial, o ineficacia de actos administrativos. Desde luego, es la pretensión más recurrente en el que se busca la revisión y nulidad de este tipo de declaraciones administrativas. Segundo, se enuncia la pretensión consistente en el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines. Es la pretensión de «plena jurisdicción» recogida en la justicia administrativa peruana y que marca la evolución entre un sistema meramente revisor y enfocado al acto, y otro de justicia administrativa donde el juez administrativo no solo revisa el acto, sino toda la actuación administrativa y declara el derecho o resuelve sobre el fondo. Tercero, destaca la pretensión de contraria a derecho y de cese de una actuación material que no se sustenta en acto administrativo. En este caso, el objeto de la pretensión es un hecho administrativo, en el cual se explica que se pretenda su análisis de legalidad y, de corresponder, su posterior paralización o cese. Cuarto, el TUO LPC prevé la pretensión para ordenar a la Administración la realización de una determinada actuación a la que se encuentra obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme. Es la pretensión contra la inactividad de la administración, a efectos de ordenarle que cumpla con sus funciones estipuladas en el ordenamiento. Y finalmente, como quinta pretensión, se reconoce el pedido de indemnización a favor del administrado por el daño causado con alguna «actuación impugnabile», conforme con lo dispuesto en el artículo 260 TUO LPAG, con la particularidad de que esta «siempre se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores».

La pretensión indemnizatoria es la llamada a efectivizar el régimen de responsabilidad de la Administración en el plano procesal, pese a ello, presenta una grave deficiencia. El régimen peruano condiciona que esta pretensión se plantee de forma acumulada a alguna de las otras pretensiones listadas en el artículo 5 TUO LPC. Sin embargo, de la breve revisión que hice de las pretensiones restantes, tal parece que

estas procederán únicamente si judicialmente se determina la ilegalidad de la actuación administrativa impugnada. Con ello, la indemnización únicamente podría solicitarse exitosamente y de forma acumulada, si, como resultado del cuestionamiento de una actuación administrativa en sede judicial, esta es declarada, primero, ilegal o ilícita (83). Lo anterior conduce a la conclusión de que, procesalmente, el ordenamiento peruano solo tutela los daños antijurídicos provenientes de actuaciones administrativas ilegales o contrarias al Derecho, pero no aquellos que surgen de la actuación lícita o legal de la Administración, pese a que, como se ha desarrollado anteriormente, el régimen de responsabilidad de la Administración no está ligado a la antijuridicidad de la actividad –la que puede ser legal o ilegal–, sino condicionada a la existencia de un daño antijurídico imputable a la Administración.

Ahora bien, surge la interrogante sobre si se podría acumular o no la pretensión indemnizatoria con la denominada «pretensión de plena jurisdicción» contenida en el numeral 2 del artículo 5 TUO LPC y reclamar el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines, dentro de lo cual podría entenderse la obtención de una indemnización conducente a restablecer la posición patrimonial del administrado afectado. La respuesta parece ser negativa, si consideramos la necesidad de deducir la pretensión de plena jurisdicción en relación con una actuación administrativa previa y cuya adecuación al ordenamiento jurídico se discute (84). De esta forma, la preexistencia de una actuación administrativa de la cual se reclama su ilegalidad o situación de contraria al ordenamiento califica de inservible la pretensión indemnizatoria, incluso si se la pretende acumular a la pretensión de plena jurisdicción.

El problema antes descrito difiere de lo que preveía el texto original del Proyecto de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (85), el cual incluía de modo independiente una pretensión referida únicamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Lamentablemente, la redacción de esta pretensión en dicho proyecto fue suprimida al momento de aprobarse la LPC y, aunque podía entenderse que se encontraba de todos modos prevista en la «pretensión de plena jurisdicción» regulada en el numeral 2 del artículo 5 TUO LPC (86), se agregó en la redacción original del artículo 26 LPC 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 debían verse en uno solo, es decir, en el proceso contencioso-administrativo (87). Sin embargo, pese a esto, la pretensión indemnizatoria contaba con verdadera eficacia procesal.

---

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

(84) BACA ONETO, Víctor, «Las pretensiones en el proceso contencioso-administrativo», en: Vilela, Karla (Coord.). *Teoría de la Impugnación*. Palestra Editores: Lima, 2009, pp. 125 y 131.

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

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

(87) Esto, sin duda, fue ampliamente criticado por HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Jurista Editores: Lima, 2006, pp. 903-910. Brevemente también

Fue con las modificaciones posteriores, introducidas por el Decreto Legislativo núm. 1067, que 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. 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 el problema ya descrito, al dejar prácticamente inutilizable la tutela que ofrecía el régimen de responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, si bien sustantivamente la responsabilidad patrimonial de la Administración pública puede originarse en toda actuación administrativa, tanto lícita como ilícita, el TUO LPC restringe esta posibilidad únicamente a los daños derivados de toda actuación ilegal o ilícita.

---

Cf. 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, núm. 23, 2004, p. 13.

