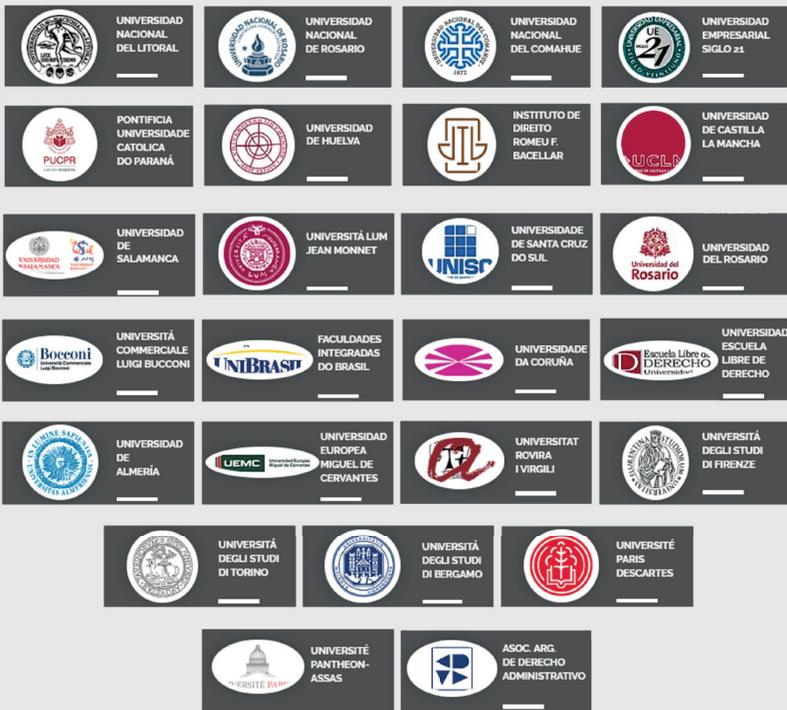


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 6 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2019 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano: notas para el estudio de su régimen jurídico

The state liability derived from the inactivity of the public administration in the Peruvian ordinance: notes for the study of its legal regime

RAMÓN HUAPAYA TAPIA^{1*}

¹ Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
ramon.huapaya@cms-grau.com

LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS^{1,**}

¹ Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
lucio.sanchez@spabogados.com.pe

Recibido el/Received: 23.12.2019 / December 23rd, 2019
Aprobado el/Approved: 21.02.2020 / February 21st, 2020

RESUMEN:

Los autores proponen la revisión de la problemática jurídica de la inactividad o pasividad administrativa en el ordenamiento jurídico peruano y las consecuencias de la responsabilidad patrimonial derivadas de dicha omisión, entendida como el incumplimiento ilícito de un deber legal de actuación o de las funciones administrativas asignadas a entidades públicas. Para ello se pasa revista al concepto de inactividad administrativa, su tipología y a la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración Pública como resultado de dicha omisión, inercia

ABSTRACT:

The authors propose the revision of the legal problem of administrative inactivity in the Peruvian legal system and the consequences of the responsibility derived from said omission, understood as the unlawful breach of a legal duty of action or of the administrative functions assigned to public entities. For this, the concept of administrative inactivity, its typology and the patrimonial responsibility attributable to the Public Administration as a result of such omission, inertia or passivity is reviewed. The analysis concludes with the procedural problem of the requirement of the patrimonial

Como citar este artículo | *How to cite this article:* HUAPAYA TAPIA, Ramón; SANCHEZ POVIS, Lucio Andrés. La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano: notas para el estudio de su régimen jurídico. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 2, p. 283-320, jul./dic. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i2.9106.

* Profesor en la especialidad en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú), desde el año 2004. Egresado de la Maestría en Regulación de la UPC. Admitido al Doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Consejero Jefe del Área de Derecho Administrativo de CMS Grau. E-mail: ramon.huapaya@cms-grau.com.

** Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master of Laws (LLM), University College London (UK), Distinction. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo y de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Socio de Sánchez Povis Abogados.



o pasividad. Se cierra el análisis con la problemática procesal de la exigencia de la responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, derivada de las notables deficiencias de nuestra Ley que regula el proceso contencioso-administrativo.

Palabras Clave: inactividad de la administración pública; omisión administrativa; responsabilidad patrimonial; daño antijurídico; control judicial de la administración Pública.

responsibility to the Public Administration, derived from the notable deficiencies of Peruvian Law that regulates the contentious-administrative process.

Keywords: *inactivity of the public administration; administrative omission; state liability; unlawful damage; judicial control of the public administration.*

SUMARIO:

1. Introducción; **2.** Una aproximación general a la inactividad administrativa, sus clases y consecuencias jurídicas; **2.1.** Los elementos que definen la inactividad administrativa; **2.2.** Clasificación de la inactividad administrativa; **2.3.** La relación entre inactividad administrativa y la responsabilidad patrimonial de la Administración; **3.** Marco conceptual de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; **3.1.** Características de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; **3.2.** Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; **4.** La responsabilidad patrimonial de la Administración pública de acuerdo al artículo 260 de TUO LPAG; **4.1.** Sobre las responsabilidades previstas en el Derecho común y en las leyes especiales; **4.2.** Actos por los cuales debe responder patrimonialmente la Administración; **4.3.** El daño debe ser directo e inmediato; **4.4.** Daños por los cuales responde la Administración; **4.5.** Derecho de la Administración a repetir contra los funcionarios responsables y demás personal a su servicio; **5.** La responsabilidad patrimonial de la Administración pública derivada de su inactividad; **6.** El control judicial de la inactividad y la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración pública; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del proceso de formación del Derecho administrativo peruano conviene prestar especial atención al régimen jurídico de una de las más graves patologías de la actividad administrativa: los problemas relativos a la negación de la actividad administrativa, es decir, la denominada "inactividad administrativa". De hecho, pese a los casi veinte años de vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son escasos los espacios de discusión y estudio que se han brindado a esta problemática. La doctrina nacional ha depositado preferentemente su atención a estudiar la actividad administrativa y algunas de las consecuencias de lo que luego estudiaremos como inactividad formal (silencio administrativo).

Ahora bien, ¿por qué estudiar dicha patología? Debemos recordar que la Administración Pública en el Estado de Derecho está supeditada a un deber de actuación bajo dos principios fundamentales: el de legalidad y el de eficacia. En cuanto a la legalidad,



ello es así debido a que la Administración Pública actúa desde y en función a las prescripciones de la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico administrativo en general. Por otro lado, con respecto a la eficacia, ello es un principio que refleja lo que se ha venido a llamar un deber de “buena administración” o de “gobernanza”, por el cual la Administración no solamente debe cumplir la ley, sino que debe actuar con resultados tangibles a favor de los ciudadanos y los destinatarios de sus servicios, vale decir, debe cumplir con los objetivos y encargos pre-establecidos por las normas que le imponen concretos deberes de actuación¹.

Cabe detenerse un poco en el hecho de que la legalidad impone deberes de actuación de contenido positivo a la Administración Pública, la cual se legitima ante la sociedad cumpliendo tales deberes. Con ello, la consecuencia natural es que la Administración Pública actúe efectivamente, cumpliendo con sus obligaciones legales y demostrando una situación de “actividad”. Lo contrario a ello nos remite al problema de la “inactividad administrativa”, la cual implica dos faltas consecutivas de la Administración Pública, a saber, una infracción al deber legal de actuación que viene impuesto por el ordenamiento jurídico, y por otro lado, una infracción al principio de eficacia, en la medida que la falta de actuación refleja una situación de morosidad en perjuicio del ciudadano o el destinatario de la acción administrativa, hecho que constituye un supuesto de “mala administración”².

Ahora, una de las consecuencias que acarrea esta falta de actuación y que a su vez se convierte en un instrumento para su control, es la garantía de poder exigir la responsabilidad patrimonial³ de la Administración Pública por los daños derivados de su inactividad. Por esta razón, el estudio que se ofrece a continuación tendrá como primer objetivo describir las principales características de la inactividad administrativa, para luego adentrarnos en el estudio del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración al que puede dar lugar a efectos de que la autoridad responda por los daños producidos por su inercia deliberada.

Si bien es cierto, en un principio este trabajo ambiciosamente iba a comprender los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por acto

¹ Sobre el tema, vale la referencia a PAREJO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 218-219, p. 15-65, abr/set. 1989.

² En el estudio de la inactividad, hemos seguido largamente a GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011.

³ No hablamos de responsabilidad “civil” de la Administración Pública, sino de “responsabilidad patrimonial” de ésta, siguiendo a la doctrina y teoría modernas del derecho administrativo que han independizado teórica y jurídicamente a este tipo de responsabilidad de la contenida en los códigos civiles. Por tanto, el derecho administrativo ha singularizado el estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como una institución jurídico-administrativa, alejada e independiente ya de la “responsabilidad civil”. Sobre el tema, aconsejamos revisar GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo I. 12. ed. Lima: Palestra-Temis, 2006. Asimismo, un útil contrapunto de calificada doctrina civilista en: PIZARRO, Ramón. **Responsabilidad del Estado y del funcionario público**. 2 tomos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2016.



administrativo y por defraudación de la confianza⁴, hemos elegido centrarnos en uno de los temas menos tratados en la doctrina peruana, que es el de la omisión o inactividad administrativa y su efecto jurídico, que es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de dicha omisión.

2. UNA APROXIMACIÓN GENERAL A LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, SUS CLASES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

2.1. LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Es bien sabido que, estando sujeta al principio de legalidad, la Administración pública se encuentra obligada a cumplir con las funciones y prestaciones que el ordenamiento jurídico prescribe. Esto involucra no sólo la obligación de la Administración de “dar” o “hacer” determinadas prestaciones y/o funciones a favor del administrado, sino también en algunos casos exige un “no hacer”.

Partiendo de esto, cuando nos referimos a la inactividad de la Administración pública, no hacemos referencia en absoluto a una inercia que de por sí y en todos los casos sea antijurídica, sino más bien a una situación fáctica de *no hacer* que en algunos casos supondrá el cumplimiento de un derecho o interés a favor del administrado (cuando la Administración se compromete a no hacer o a no perturbar una actividad lícita privada) y, en otros supuestos, significará un evento antijurídico (cuando la Administración incumple un deber de actuar legalmente establecido). Es decir, la inactividad puede constituir tanto el presupuesto que da lugar al incumplimiento de un deber legal de actuación –en cuyo caso estaremos ante una inactividad ilícita o antijurídica–, como la prestación a la cual el administrado tiene derecho –en cuyo caso nos encontraremos frente a una inactividad lícita⁵. Desde luego, la relevancia del estudio de la inactividad de la Administración en el presente artículo radica y se enfoca únicamente en el incumplimiento de un deber o de una obligación de realizar una determinada prestación posible, lícita y determinada o determinable.

Teniendo esto en cuenta, el concepto jurídico de inactividad administrativa que adoptaremos en el presente estudio puede construirse a partir de dos elementos: uno de carácter material, que involucra la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro de carácter formal, que sugiere la omisión en la

⁴ Siguiendo a MEDINA, Luis. **La responsabilidad patrimonial por acto administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 2005.

⁵ Cfr. AGUADO I CUDOLA, Vicenc. **El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2001.



observancia de un deber legal de obrar o actuar y que determina su antijuridicidad⁶. A estos elementos, sin embargo, es necesario añadir un tercer componente referido a la “contingencia de las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales” que pueden perjudicar la actuación administrativa y condicionar su efectividad, y que se hace propicio evaluar para determinar si la obligación legalmente debida era o no fácticamente posible⁷. En virtud a este último elemento, entonces, en aquellos casos en los cuales aun existiendo la obligación legal de cumplir o atender una prestación por parte de la Administración, la inercia de esta última en acatar dicho mandato no implicará *per se* una inactividad ilícita, si las circunstancias fácticas, económicas o sociales imposibilitaban que ésta pudiera cumplir con la prestación a su cargo⁸.

Para comprender en extenso esta definición de inactividad administrativa, procederemos a continuación a desarrollar y estudiar individualmente cada uno de los elementos antes enunciados.

l) El elemento material: la inercia de la Administración.

Con destacada pertinencia, la doctrina ha señalado que la inactividad puede y debe estudiarse desde el comportamiento opuesto: la actividad⁹. Así, para advertir cuándo se ha producido un no actuar por parte de la Administración, es necesario identificar, primero, el lado opuesto de esta situación de inercia y advertir cuál o cuáles fueron las actuaciones que el ordenamiento jurídico exigió o esperó de parte de la Administración.

Para este punto, por tanto, es necesario, siquiera de modo general, describir cuáles son esas formas de actuación que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración pública, para, a partir de ellas y en sentido contrario, poder determinar en qué consistiría un no actuar administrativo en cada caso. Así tenemos las siguientes formas de actuación:

- Actividad normativa o reglamentaria: de acuerdo al numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. Conforme a esto, la actividad reglamentaria de la Administración alude a la utilización de una potestad normativa mediante la cual se ordena la actuación de los particulares a partir del desarrollo administrativo de un marco legal. Ahora bien, como técnica vinculada al derecho administrativo, el reglamento se encuentra dirigido

⁶ Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

⁷ Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

⁸ Para GÓMEZ este tercer elemento en la definición de “inactividad administrativa” reviste a esta última de una caracterización abierta, variable y mutable, relativizando el elemento formal de la definición que manejamos. Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

⁹ Cfr. AGUADO, Vicenc. **El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2001.



al desarrollo de una limitación previa efectuada por una Ley. El reglamento desarrolla las disposiciones de la Ley¹⁰ y, en muchos casos, llena vacíos a partir de los cuales las limitaciones a la propiedad “cierran un círculo” coherente de limitación. Y, desde luego, la aplicación del principio de legalidad al ejercicio de la potestad reglamentaria, exige enfatizar la regla de que el reglamento no puede establecer limitaciones no previstas antes en la Ley ni desnaturalizar esta última.

- Actividad singular o por actos administrativos: es aquella que desempeña la Administración y a partir de la cual realiza declaraciones unilaterales de juicio, conocimiento o deseo, en ejercicio de potestades administrativas distintas a la reglamentaria. Seguimos, en este extremo, la posición de la doctrina de influencia alemana que se enfoca en aislar el contenido “regulador” del acto administrativo, esto es, la producción de efectos jurídicos en una esfera jurídica distinta al del sujeto emisor (la entidad) de tal declaración de voluntad¹¹. Este carácter regulador se asienta sobre cuatro ideas básicas: i) las declaraciones que integran un acto administrativo deben disponer de un carácter regulador¹²; ii) las declaraciones deben producir efectos externos¹³; iii) la declaración debe ser adoptada o dictada por un sujeto calificado, esto es, un órgano administrativo; y, iv) debe ser adoptada en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.
- Actividad convencional o contractual: esta actividad tiene lugar cuando, junto con una declaración de la Administración amparada legalmente, concurre la de uno o más administrados, a efectos de dar lugar a la celebración de un contrato público¹⁴.

¹⁰ No es materia del presente estudio, no obstante, en cuanto a la relación del reglamento y la Ley, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo I. 12. ed. Lima: Palestra-Temis, 2006.

¹¹ Véase, SANTAMARÍA, Juan. **Principios de Derecho Administrativo**: Vol II. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000; BOCANEGRA, Raúl. **Lecciones sobre el acto administrativo**. 3.ed. Madrid: Editorial Civitas, 2006; y, BOCANEGRA, Raúl. **La teoría del acto administrativo**. Madrid: Iustel, 2005.

¹² Los actos administrativos deben dirigirse precisamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber. Cfr. HUAPAYA, Ramón. Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n.9, p. 115-133, dic. 2010.

¹³ Alude a la extensión de los efectos de los actos administrativos frente a terceros fuera o más allá de la entidad de la Administración que los dicta. Cfr. HUAPAYA, Ramón. Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n.9, p. 115-133, dic. 2010.

¹⁴ No es la finalidad de nuestro estudio proponer un enfoque exhaustivo del contrato público en el ordenamiento peruano o discutir sobre la existencia o no de los contratos administrativos a la luz de nuestro ordenamiento administrativo. Valga la remisión, para ello, a: DANÓS, Jorge. El régimen de los contratos estatales en el Perú. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n. 2, p. 9-44, dic. 2006; BACA, Víctor. La distinción entre contratos



- Actividad material o técnica: la Administración se manifiesta también mediante actos materiales y técnicos, que no implican alguna modificación de situaciones jurídicas o la producción de efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación¹⁵. La actividad material será, en el caso normal, ejercicio de algún derecho o de alguna libertad o potestad que el Derecho construye y protege, y si dicha circunstancia no tiene lugar, nos encontraremos ante una actuación que el Derecho calificará como ilícita¹⁶.

Como podemos advertir de la descripción de las formas de actuación antes enunciadas, la inercia de la Administración se reclama de aquella *función administrativa* que le es atribuida a esta última y que, pese a ser exigida y reconocida por el ordenamiento jurídico, la entidad es renuente a ejecutar. Por esta razón, no resulta relevante para el estudio de la inactividad administrativa, la omisión en el cumplimiento de funciones o actividades de naturaleza distinta a la administrativa, como podrían ser las actividades de gobierno¹⁷, políticas o legislativas.

II) El elemento formal: el incumplimiento del deber legal de actuar.

Indicábamos al inicio de este estudio, que la importancia que se ha depositado en el análisis de la inactividad de la Administración en el ordenamiento peruano dista mucho de aquella depositada en su actuación positiva (formal o material). Esto tiene lugar en un contexto jurídico en el cual la Administración asume cada vez más roles especiales de actuación y en el que no permanece tan solo como una Administración subsidiaria o garante¹⁸, sino también como una Administración revestida de deberes jurídicos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano: Notas para una polémica. En: DANÓS, Jorge; TIRADO, José; ROJAS, Verónica; JIMÉNEZ, Roberto (Coord.). **El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano**: Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Grijley, 2008. p. 663-689.

¹⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo I. 12. ed. Lima: Palestra-Temis, 2004. Véase también, CASSAGNE, Juan. **Derecho Administrativo**: Tomo II. Lima: Palestra, 2010. Ejemplos de esta actividad son la dirección del tránsito, la atención médica en hospitales públicos, la enseñanza en escuelas nacionales, entre otros.

¹⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo I. 12. ed. Lima: Palestra-Temis, 2004.

¹⁷ Véase sobre el particular, para el caso peruano, BACA, Víctor. **Los Actos de Gobierno**: Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico. Piura: Universidad de Piura, 2003.

¹⁸ Tomamos como referencia el estudio de ESTEVE, José. La regulación de la economía desde el Estado garante. En: CARRO, José. **La autonomía municipal. Administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. pp. 79-126. Cfr. PARDO, José. **La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis** Madrid: Marcial Pons, 2013. También en: ESTEVE, José. La extensión del Derecho público: Una reacción necesaria. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 189. p. 17-42, set/dic. 2012. Más reciente en: ESTEVE, José. Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. En: PRESNO, Miguel (Coord.). **La metamorfosis del Estado y del Derecho**. Asturias: Junta General del Principado de Asturias. p. 85-120. 2014.



Estamos, pues, viviendo ese tránsito que algunos han referido como el paso de un Estado legislador a un Estado administrativo¹⁹, en el cual no basta con tener un recital de disposiciones constitucionales y legales, sino que se exige una Administración **activa** para el cumplimiento de los deberes que se le encomiendan por medio de ellas. Es por esta razón, que el estudio de la inactividad se vuelve más imperativo y exige determinar cuándo nos encontramos ante verdaderos deberes legales que la Administración debe atender y cuándo, por el contrario, debemos distinguir estos deberes jurídicos de aquellos que marcan tan solo un deber moral o político, pero que no son merecedores de una tutela jurídica.

Por tanto, en el objetivo que nos proponemos al detallar el elemento formal de la inactividad, entra a tallar un concepto crucial en el Derecho administrativo que no podemos dejar de lado: el principio de legalidad. Este principio supone que no sólo la Administración, sino también cada acción administrativa aislada están condicionadas por la existencia de un Derecho administrativo y de un precepto jurídico-administrativo que admita semejante acción –vinculación positiva–. La legalidad, pues, enmarca y define el actuar de la Administración. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico anterior que prevea semejante acción, entonces no podrá ser comprendida como acción del Estado²⁰. Respetando este concepto, el principio de legalidad ha sido recogido del mismo modo en el numeral 1.1 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (TUO LPAG), excediendo lo que de forma literal podría entenderse como una sujeción a la Ley y, precisando correctamente, que la sujeción es enteramente al Derecho²¹.

Ahora bien, no toda ausencia de actividad o inercia de la Administración frente al Derecho puede calificarse como inactividad administrativa en sentido jurídico. Y es que sucede, como señalábamos anteriormente, que en muchas ocasiones el mismo ordenamiento exige o demanda dicha inercia de parte de la Administración. Por esta razón, es trascendental para la definición que adoptamos de inactividad, que la pasividad de la Administración sea consecuencia de la inobservancia o del incumplimiento ilegal de los deberes que asume en virtud a lo que le exige el ordenamiento jurídico. Este deber de actuar que la Administración infringe puede tener base legislativa, en cuyo caso la Administración no observará las normas de dicho rango que la vinculan, o podrá tener

¹⁹ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38. p. 35-65, may/ago. 1962. p. 42. Asimismo, para tener en cuenta el rol cada vez más necesario del Estado, aunque para un contexto no tan cercano al nuestro, véase FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la Sociedad Industrial**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

²⁰ Citando a MERKL, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo I. 12. ed. Lima: Palestra-Temis, 2004.

²¹ Lo que da a entender que nos encontramos en realidad ante un principio de juridicidad. En este sentido, Cfr. MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.



sustento en el principio de autovinculación de la Administración al cumplimiento y ejecución de las normas reglamentarias y actos administrativos que ella misma produce²².

De acuerdo a la posición de este estudio, entre las situaciones jurídicas en que se puede encontrar un sujeto en el marco de una relación jurídica, la del binomio derecho-obligación es la que, con mayor detenimiento, ha sido objeto de estudio y controversia doctrinal. Obligaciones y derechos subjetivos de titularidad administrativa surgen con normalidad de las previsiones normativas, del ejercicio de potestades jurídicas o de la constitución de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, la comprobación de la existencia de obligaciones jurídicas a cargo de la Administración cuyo contenido consiste en la realización de una determinada actividad es tarea que no ofrece grave dificultad²³. El incumplimiento por omisión de obligaciones como éstas, tan claramente previstas, produciría una infracción al deber jurídico asumido por la Administración y una infracción de la legalidad, por lo que calificaría como un supuesto de inactividad administrativa.

Sin embargo, es necesario advertir que no todos los supuestos de inactividad se reducen a los casos antes enunciados. Actualmente se ha superado la limitada óptica tradicional de la *relación jurídica individual* y somos testigos de la existencia de deberes de la Administración que implican la atención de necesidades e intereses de imposible conexión con situaciones particulares de ventaja, por lo que no es posible reconocer un derecho subjetivo al cumplimiento de aquellos²⁴. Del mismo modo, nos topamos con posiciones activas, de ventaja o poder, esta vez a cargo de la Administración, y que ésta debe ejercer para satisfacer o resguardar los intereses colectivos o difusos²⁵.

Por tanto, es necesario tener en cuenta todos los extensos supuestos a partir de los cuales podemos advertir un mandato de la Ley (juridicidad) a cargo de la Administración y, sobre la base de ello, determinar cuándo el deber legal es claro, expreso o, incluso, implícito para poder exigir jurídicamente el cumplimiento por parte de la Administración del deber omitido.

III) La posibilidad de atender o cumplir el deber legal de actuar.-

Este último elemento de la inactividad alude a la posibilidad efectiva o real que tiene la Administración de llevar a cabo el deber jurídico, esto es, la determinación de que dicho deber no sea imposible. Este elemento no debe ser interpretado o recogido

²² Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

²³ Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

²⁴ Esta precisión ha sido tomada del estudio de GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

²⁵ Es el caso, por ejemplo, del resguardo, fiscalización y sanción que debe cumplir la Administración pública de cara a contar con un medio ambiente equilibrado y sostenible. La inobservancia de esto, repercute en definitiva en los intereses de los particulares, el cual reflejaría un interés difuso de parte de la sociedad. Sobre el tema, vale la referencia a CARBONELL, Eloisa. **Intereses colectivos y legitimación activa**. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.



como una suerte de cláusula eximente del deber a cargo de la Administración, sino un reconocimiento de que el Derecho, si es irreal o materialmente irrealizable, no es Derecho²⁶ y, por tanto, ninguna exigencia podría derivarse de él para con la Administración.

Ahora bien, independientemente de que el deber surja de una norma con rango legal, o involucre una autovinculación dispuesta en una norma reglamentaria, la Administración no podrá cumplir con dicha labor si el objeto del mismo es materialmente imposible y, en ese supuesto, la inercia habrá sido válida. Por esta razón, resulta imperativo que la adopción de deberes jurídicos, por el legislador o la propia Administración, recoja medidas perfectamente realizables y que no se conviertan posteriormente en falsos discursos, medidas populistas o, finalmente, afectaciones a la confianza legítima depositada por los administrados ante deberes que, a simple vista, pueden resultar atractivos para los ciudadanos.

Dicho esto, conviene señalar que los deberes de obrar de la Administración, del mismo modo que la tradicional clasificación de obligaciones que ofrece el Derecho civil, podrían ser agrupados en dos tipos: i) los primeros, deberes de actividad o medio, para cuyo cumplimiento basta la realización de una actividad determinada por parte de la Administración dirigida a la satisfacción de un interés público o la prestación de un servicio; y, ii) los segundos, deberes de objetivo o resultado, cuyo cumplimiento requiere necesariamente la obtención de un resultado concreto, pasando a un segundo plano el modo por medio del cual se alcance dicho resultado. Sin embargo, lo normal es que estos dos tipos de obligaciones aparezcan vinculados o estrechamente ligados en el desarrollo de las actividades por parte de la Administración. De ahí que será de especial importancia poder diferenciar cuándo nos encontramos frente a cada uno de ellos, y cuándo, en función a qué tipo de deber asume la Administración, se puede reclamar de ella su inactividad²⁷.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La doctrina ha propuesto distintos criterios tipológicos relativos a clasificar las formas en las que se puede presentar la inactividad administrativa. Sin embargo, una de ellas destaca, no sólo por el autor que la propuso, sino por ser la de mayor cita en la

²⁶ Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.

²⁷ El ejemplo común que se cita en estos casos es el servicio de seguridad. Si exigiéramos que dicha obligación es de resultados, deberíamos esperar que la Administración asegure con su actuar que no tengan lugar delitos o crímenes o algún tipo de acto que rompa dicha seguridad. En estos casos, es evidente, el deber de la Administración sería muy cercano a lo utópico, por lo que la someteríamos siempre a un estado de inactividad. Por el contrario, si aceptáramos que dicha obligación es de medios, bastaría con evaluar que las actividades realizadas por la Administración fueron idóneas para atender ese objetivo que era brindar seguridad, dentro de las posibilidades de la misma. En este segundo plano, el análisis se depositará, desde luego, en determinar cuándo la actividad desplegada fue "idónea" y "dentro de lo esperado" por parte de la Administración, entrando a tallar, pues, la evaluación del Juez.



materia²⁸. Bajo esta clasificación, se distingue entre dos tipos de inactividad: i) la primera, la *inactividad material*, la cual “se corresponde con la idea originaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias”; y, ii) la segunda, la *inactividad formal*, “se refiere a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares”²⁹. Posteriormente, muchas investigaciones han tratado de dilucidar una adecuada tipología de la inactividad administrativa en orden a dejar sin resquicio alguno la existencia de posibilidades de exención del control jurisdiccional de las omisiones administrativas, pero todas han conservado en su esencia esta clásica distinción.

Al respecto, luego de evaluar las diferentes posiciones por las que ha transcurrido la doctrina comparada y nacional³⁰, encontramos consistente el planteamiento recogido por Gómez Puente³¹, aunque con ciertas matizaciones y aspectos en los cuales ampliaremos o disintiremos del criterio propuesto por el autor señalado. En tal sentido, proponemos la siguiente clasificación o tipología de la inactividad administrativa:

- l) Inactividad formal, o inactividad en la producción de una declaración de voluntad administrativa. -

Estos supuestos nos refieren a la existencia de un deber jurídico de emisión de una declaración de voluntad vinculante de cargo de la Administración, el mismo que es omitido deliberadamente por ésta. Efectivamente, estos supuestos de inactividad están referidos a la inexistencia de una declaración de voluntad expresa de la Administración Pública (en donde debería haberla), atribuyendo un sentido amplio a la expresión “declaración de voluntad”, la misma que puede ser normativa (emisión de una norma reglamentaria), convencional (concurrir a una declaración de voluntad conjunta, para la celebración de contratos públicos, convenios y otras formas de colaboración administrativa), así como el supuesto típico de no ejercicio de la voluntad administrativa en orden a la emisión de una declaración de voluntad administrativa en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria (un acto administrativo). De esta manera, existirían las siguientes formas o tipos de inactividad administrativa declarativa.

- Inactividad normativa (reglamentaria): constituye la omisión de la realización de un deber específico de emisión de una norma por parte de la Administración Pública. Concretamente, se trata de un supuesto de omisión de una declaración de voluntad normativa de la Administración, la misma que debía materializarse a través de la emisión de una norma reglamentaria.

²⁸ Cfr. NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 37, p. 75-126, may/ago. 1962.

²⁹ Cfr. NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 37, p. 75-126, may/ago. 1962.

³⁰ Cfr. HUAPAYA, Ramón. **Tratado del Proceso Contencioso Administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2006.

³¹ Cfr. Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.



- **Inactividad convencional:** Es la forma de inactividad que se presenta cuando la Administración falta a un deber impuesto de concurrir a la celebración de un acuerdo o concierto en el marco de normas de Derecho público, o cuando una vez celebrado éste, falta a la emisión de declaraciones de voluntad necesarias para la ejecución del mismo. Puede ocurrir tanto en la celebración de contratos públicos de adquisiciones de bienes, servicios y consultorías, así como de obras públicas -regidos en nuestro país por el TUO de la Ley N° 30225, de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, su Reglamento y normas complementarias-; contratos referidos a bienes de dominio privado del Estado, contratos de concesiones de obras públicas y servicios públicos, convenios de gestión, convenios de colaboración, entre otras formas de concierto administrativo con particulares.
- **Inactividad en la producción de un acto administrativo:** Acontece cuando la administración no emite una declaración de voluntad en sentido estricto, esto es cuando no emite un acto administrativo ante requerimiento o petición efectuada por un administrado. En concreto, estamos frente a la inactividad de la Administración en el ejercicio de cualesquiera de sus potestades administrativas (distintas de la reglamentaria), en orden a la producción de un resultado jurídico concreto, esto es, la emisión de una decisión administrativa, un acto administrativo.

II) Inactividad material. -

Estamos aquí en un plano distinto. Se ha impuesto a la Administración un deber jurídico de realización de una actuación material específica y concreta, una prestación de dar, hacer o no hacer establecida a favor de un particular. Esta imposición de un deber de actuación material puede venir de una norma, de una convención, o de la propia Administración, la misma que se obligó a realizarla mediante el sistema de autovinculaciones. De esta manera, se producirá inactividad material o prestacional en los siguientes casos:

- **Inactividad derivada de la omisión del cumplimiento de un deber legal de prestación:** en estos casos estaremos frente a la omisión de una prestación impuesta específicamente por una norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria. Específicamente, se trata del incumplimiento de una prestación que no requiere de la emisión de una declaración jurídica en sentido estricto (un acto administrativo), sino únicamente de una realización material de un deber que viene impuesto por el ordenamiento, vale decir un *mandamus* o mandato legislativo expreso de prestación, explícitamente contenido en la norma³². A la

³² Dentro del razonamiento efectuado por el TC en sus sentencias recaídas en los Exp. N° 0191-2003-AC/TC y Exp. N° 0168-2005-PC/TC.



consideración de esta categoría podría discutírsele que en realidad a toda actuación material precede una decisión jurídica concreta (sea un acto administrativo o cualquier tipo de declaración jurídica emitida por la Administración). Sin embargo, consideramos que en buena cuenta, existen normas que imponen deberes concretos y específicos de prestación a cargo de la Administración, sin condicionamientos o evaluación previa por parte de ésta, por lo que en estos casos, podrá argumentarse la existencia de la inactividad material producida por la falta de cumplimiento de un deber legal específico de prestación, previsto por el ordenamiento.

- Inactividad en la ejecución de sentencias ordenadas por la Administración: estos son los casos denominados por Nieto como “inactividad resistencial”, o la renuencia de la Administración a cumplir con un mandato específico y concreto ordenado por una autoridad jurisdiccional. Se trata de uno de los problemas más álgidos que han preocupado a la existencia del propio orden jurisdiccional especializado en lo contencioso-administrativo, específicamente en lo que respecta al cumplimiento de obligaciones pecuniarias de la Administración Pública, puesto que en principio, no era posible la ejecución de sentencias contra la Administración Pública, circunstancia superada brillantemente a través de una lenta evolución histórica de los principios que informan a la jurisdicción contencioso-administrativa³³.

Nosotros consideraremos que estamos frente a una inactividad de este tipo cuando, existiendo un mandato ejecutorio ordenado por una autoridad jurisdiccional en la fase de ejecución de sentencia, la autoridad administrativa se encuentre renuente al cumplimiento de la obligación determinada en sede judicial, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que surjan de la conducta infractora.

- Inactividad en el cumplimiento de una obligación surgida de un acto administrativo: en estos casos estamos frente al incumplimiento proveniente de la inejecución de obligaciones previstas en un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, emitido válidamente por la Administración Pública, y que goza del carácter de firme. De hecho, el sistema jurídico ha otorgado una categoría específica a los actos administrativos, la característica de su irrevocabilidad, salvo que medie una causal de nulidad en su emisión (supuestos de nulidad de oficio), o que se plantee su revocación excepcionalísima en función de causales

³³ Vid. Por todos, la excelente exposición que hace GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva justicia administrativa**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1992. Asimismo, BELTRAN DE FELIPE, Miguel. **El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración**: Prólogo de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. Madrid: Editorial Civitas, 1995. Muy actualmente, véase con interesantes propuestas, MARTIN, Isaac. **Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo**. **Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado**: Prólogo de Tomás FONT I LLOVET. Madrid: Marcial Pons, 2006.



de interés público (supuestos de revocación administrativa). A despecho de esto último, la característica de la firmeza de los actos administrativos, permite afirmar la existencia de una autovinculación de la Administración Pública con respecto a sus propias decisiones, por lo que los actos administrativos siendo ejecutivos y ejecutorios, también vinculan a la propia Administración, puesto que al establecerse una relación jurídico-pública entre aquella y los particulares, se generarán necesariamente obligaciones y derechos entre ambas partes de tales relaciones así establecidas. En tal medida, si la Administración, a través de la emisión de una declaración de voluntad unilateral, se impuso el cumplimiento de obligaciones específicas (de dar, hacer o no hacer), necesariamente deberá de cumplirlas, disponiendo la realización de las actuaciones materiales de lo ordenado por sus propias disposiciones jurídicas autovinculantes. En caso esto no se produjera, estaremos frente a los supuestos específicos de inactividad material, controlables específicamente en los ámbitos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

- Inactividad material proveniente de la inejecución de prestaciones previstas en convenios o de actividades jurídicas de concertación de la Administración Pública: finalmente, nos encontramos frente a otros supuestos de inactividad material derivados de la inejecución de obligaciones adquiridas mediante una convención o contrato celebrado por la Administración. En este supuesto específico, se trata del incumplimiento de prestaciones específicas de dar, hacer o no hacer, a las cuales se ha obligado la Administración en los supuestos en los que concurre con otras voluntades, en la celebración de acuerdos o convenios situados en el campo del Derecho Público.

2.3. LA RELACIÓN ENTRE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

La inactividad, entendida entonces como el incumplimiento ilícito de un deber de actuación legal y posible por parte de la Administración, puede generar daño sobre el administrado. En tal sentido, más allá de la lesión del ordenamiento, la dejadez o inercia de la Administración puede generar lesión en el patrimonio del administrado (la denominada "*responsabilidad por omisión*").

Habiendo estudiado, entonces, la inactividad administrativa y la clasificación que sobre la misma propone la doctrina, veamos a continuación qué particularidades ofrece el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública y cómo, empleando dicho régimen, la Administración puede responder patrimonialmente por los daños que genere su inercia sobre el patrimonio del administrado.



3. MARCO CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.³⁴

3.1. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Una de las particularidades básicas de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es que ésta **tiene lugar tanto por los daños causados por actos lícitos como ilícitos**. De este modo, la Administración no solo responde por actos antijurídicos, sino también por actos compatibles con el orden jurídico siempre que ocasionen perjuicios en los ciudadanos en un nivel que no sea exigible soportarlos³⁵ o, como otros

³⁴ De gran ayuda para el estudio de este apartado han resultado los estudios realizados, entre otros, por: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa**. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006. La posición actual del mismo autor, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo II. 12. ed. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2006. En la misma posición: LEGUINA, Jesús. El fundamento de la responsabilidad de la Administración. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 23, p. 523-536. 1979. Una posición distinta y/o crítica nos ofrecen: GARRIDO, Fernando. El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 81, p. 7-33, set/dic. 1976. La misma posición en unos estudios más actuales en GARRIDO, Fernando. La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 119, p. 7-48, may/ago. 1989; y, GARRIDO, Fernando. Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 94, p. 173-188. 1997. Por su parte, MARTÍN, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. **Revista de Administración Pública**, Madrid n. 150, p. 317-371, set/dic. 1999. Por otro lado, las propuestas más significativas de reforma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en MEDINA, Luis. **La responsabilidad patrimonial por acto administrativo**: Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema Madrid: Editorial Aranzadi, 2005; MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002; PANTALEÓN, Fernando. Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 237-238, p. 239-253, ene/jun. 1994. Finalmente, una propuesta alternativa a las reformas antes citadas, aunque también enfocada a superar los problemas del sistema español en: MUÑOZ, Astrid. Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 187, p. 97-139, ene/abril. 2012. Finalmente, véanse los estudios compilados en dos tomos por QUINTANA, Tomás (Director). **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. Del mismo modo, a nivel de doctrina nacional, téngase en cuenta a: MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. BACA, Víctor. ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n. 9, p. 233-248, dic. 2010. VIGNOLO, Orlando. La crisis de la responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas peruanas. En: ZEGARRA, Diego; BACA, Víctor (Coord.). **La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General**. Lima: Palestra Editores. 2011. p. 377-404. SÁNCHEZ, Lucio. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Aproximaciones a una institución pendiente de reforma. **Revista Derecho & Sociedad**, Lima, n. 45, p. 321-332, oct. 2015.

³⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa**. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006. Asimismo, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo II. 12. ed. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2006.



proponen, únicamente en los casos que la Ley expresa y típicamente lo señale³⁶. El fundamento, por tanto, del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración está en la protección y garantía de la esfera jurídica de la víctima, lo que se viene a llamar la protección o garantía patrimonial del administrado. En tal sentido, tanto las actuaciones ilícitas como las lícitas, podrán ser susceptibles de cuestionamiento bajo el régimen de responsabilidad patrimonial.

Aun así, debe entenderse que los supuestos para que la Administración responda por actos lícitos deben estar en principio bien limitados, para no dar cabida a indemnizaciones exageradas o a una amplitud desmesurada de situaciones tuteladas. Una interpretación amplia de respuesta ante daños ocasionados por actos lícitos de la Administración podría llevar a un desmedro de la caja fiscal e, incluso, a incentivos perversos por parte del administrado para verse indemnizado por toda actuación lícita desplegada por la Administración³⁷. Sin perjuicio de ello, es bien aceptada en la doctrina una serie de supuestos de responsabilidad patrimonial por actividad lícita, entre las cuales se destacan comúnmente la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles de particulares; los daños producidos por actuaciones materiales que suponen el resguardo de la seguridad y paz de la sociedad; los daños por afectación al principio de confianza legítima del administrado por la anulación de actos administrativos³⁸; entre otros supuestos³⁹.

Por otra parte, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una **responsabilidad directa**, por la cual la Administración siempre responde cualquiera que hubiese sido el grado de culpabilidad en que pudiera haber incurrido la actuación de sus funcionarios o empleados⁴⁰. De este modo, los afectados no tienen que determinar la culpabilidad de la persona física generadora de la actuación dañosa, sino que pueden exigir directamente a la Administración el pago de la correspondiente indemnización, pues el derecho siempre lo tienen frente a ella. Desde luego, como se señaló al inicio de

³⁶ Cfr. MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

³⁷ Cfr. MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002; PANTALEÓN, Fernando. Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 237-238, p. 239-253, ene/jun. 1994. Asimismo, véase, CORDERO, Luis. **La responsabilidad de la Administración del Estado**. 2. ed. Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2010.

³⁸ Cfr. MEDINA, Luis. Confianza legítima y responsabilidad patrimonial. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 130, p. 275-326. 2006.

³⁹ Valga la remisión a los supuestos que expone brevemente CASSAGNE, Juan. **Derecho Administrativo**: Tomo I. Lima: Palestra Editores. 2010.

⁴⁰ Cfr. MENÉNDEZ, Eva. Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC). En: QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: Tomo I**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 46-47.



este estudio, esta responsabilidad tiene **carácter extracontractual**, por lo que se da al margen de la relación jurídica contractual que pudieran tener el administrado y la Administración. La responsabilidad contractual de la Administración se ventila de acuerdo a las reglas establecidas en los contratos a través de la normativa de contrataciones o la referida a los contratos de concesión que celebra el Estado con particulares.

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

Finalmente, una última característica que la doctrina señala es que la responsabilidad de la Administración **es objetiva**, es decir, tiene lugar independientemente del concurso de culpa, negligencia o dolo. Sobre el particular, dado que la discusión sobre este punto demandaría con seguridad un estudio exclusivo y en extenso, es necesario indicar que no adoptamos la posición por la cual la Administración debe responder amplia y objetivamente por todo daño que su actuación lícita e ilícita produce⁴¹. Con esto, si bien largamente ha sido propugnada una respuesta absoluta por parte de la Administración por los daños que su actuación genera, lo cierto es que la crítica se ha dirigido a cuestionar últimamente este postulado, sobre todo en el ordenamiento en el cual esta posición inicialmente se gestó⁴². Conforme a esto, lo propio es no confundir el régimen de responsabilidad patrimonial con una suerte de aseguramiento universal⁴³ contra todo riesgo y/o daño generado por la Administración, labor para la cual no está llamada –ni preparada–. Quizá lo que menor discusión merece es que la Administración deba responder por sus actuaciones ilícitas, pero los daños derivados de aquellas que gozan de

⁴¹ En el mismo sentido se ha manifestado BACA, Víctor. ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n. 9, p. 233-248, dic. 2010.

⁴² Es lo que sucedió en España, con la evolución (revisión) de la tesis planteada principalmente por GARCÍA DE ENTERRÍA y criticada por PANTALEÓN, Fernando. Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 237-238, p. 239-253, ene/jun. 1994; y, sobre todo, por MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

⁴³ Así lo critica también MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.



licitud deberían someterse al análisis riguroso del juez o, como otros proponen, limitarse a los supuestos taxativos que la ley señale expresamente⁴⁴.

3.2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA⁴⁵.

l) La lesión como daño injusto. -

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

Ahora bien, no debemos confundir perjuicio con lesión. El perjuicio hace alusión, en sentido amplio, a toda pérdida o reducción patrimonial, distinguiéndose de la lesión en que esta última supone un perjuicio patrimonial antijurídico. De este modo, un perjuicio se vuelve antijurídico siempre que la persona que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo⁴⁶ o, como otros propugnan⁴⁷, cuando existe una decisión expresa y típica del legislador que así lo dispone⁴⁸. Desde luego, la antijuridicidad del perjuicio no derivará necesaria y únicamente de una conducta ilícita, sino que bien podrá derivarse de una actividad lícita. No resultará relevante, por tanto, para evaluar si nos encontramos frente a una lesión, dilucidar sobre el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa causante del daño, sino sobre *los efectos que ésta produce en el particular y si éste tiene o no el deber de soportarlos*.

⁴⁴ Nuevamente, siguiendo la tesis de Oriol Mir. De hecho, un ejemplo de un supuesto en el cual la Administración debe responder por los daños generados por sus actos lícitos es aquella que recoge, bajo una interpretación a contrario, el numeral 238.3 del artículo 238 de la Ley N° 27444, admitiéndose la indemnización por los daños derivados de la declaración de nulidad de un acto administrativo.

⁴⁵ Los presupuestos desarrollados a continuación obedecen al esquema presentado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**. Navarra: Editorial Aranzadi. 5ta Edición. 2010. pp. 364-575.

⁴⁶ Es la tesis ya señalada de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa**. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006. Asimismo, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo II. 12. ed. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2006. Un resumen de la misma puede encontrarse también en el Prólogo que el maestro español realiza al libro de Oriol Mir. Cfr. MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

⁴⁷ Cfr. MIR, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la Administración**: Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

⁴⁸ Existe una discusión teórica que se da en la doctrina entre: i) quienes sostienen una distinción entre las nociones de indemnización y de responsabilidad, señalando que esta última surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración pública sin título jurídico para ello; mientras que por su parte, la indemnización tiene su lugar en el campo de la actividad administrativa lícita (Garrido Falla); y, ii) quienes, por su parte, trasladan su postura al campo de la lesión y señalan que quedan incluidas dentro del ámbito de la responsabilidad las conductas dañosas que tengan origen en una actuación bien lícita, bien ilícita (García de Enterría). Cfr. NIETO, Alejandro. Evolución expansiva del Concepto de la Expropiación Forzosa. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38, p. 68-69, may/ago. 1962.



En consecuencia, la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predicará del efecto de la acción y no de la acción administrativa en sí misma. La distinción entre uno u otro caso se realizará a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto no existan causas de justificación que legitimen el perjuicio⁴⁹.

II) La relación de causalidad, como vínculo o relación que debe mediar entre el daño y la acción estatal. -

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

Sobre la base de este presupuesto, por tanto, se evaluará si las consecuencias o daños patrimoniales producidos pueden considerarse originados por determinada actividad de la Administración, a fin de no imputarle erróneamente a esta última la responsabilidad por los daños acaecidos.

III) La imputación. -

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

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

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

⁴⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo II. 12. ed. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2006.



4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE ACUERDO AL ARTÍCULO 260 DE TUO LPAG

En el ordenamiento peruano, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública se ha reducido a una disposición legal consagrada en el artículo 260 del TUO LPAG. El artículo en cuestión fue objeto de una modificación legislativa mediante el Decreto Legislativo N° 1029 en el año 2008. La versión original, anterior a la modificación, era sin duda una expresión de lo que anteriormente había recogido la legislación española, por lo que podía mencionarse incluso que no sólo se habían recogido las virtudes de este desarrollo legislativo extranjero, sino también sus bemoles, afortunadamente bastante estudiadas y advertidas por la doctrina de dicho país.

No obstante, con la modificación legislativa realizada, el caso peruano ha pasado a ser uno peculiar, por lo que se estima conveniente estudiar las disposiciones que la misma contiene e identificar a grandes rasgos las principales características del régimen de responsabilidad de la Administración en el Perú.

4.1. SOBRE LAS RESPONSABILIDADES PREVISTAS EN EL DERECHO COMÚN Y EN LAS LEYES ESPECIALES.

La modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 1029 tuvo la desafortunada decisión de introducir en el numeral 238.1 del artículo 238 de la Ley N° 27444 (actual artículo 260 del TUO LPAG) una disposición que señalaba que las entidades debían ser patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos que les causaran sus actos o los servicios públicos directamente prestados por ellas, *sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales*.

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

No es la finalidad de este estudio negar el origen común que tiene la responsabilidad civil y la responsabilidad de la Administración en el Derecho civil⁵⁰; sin embargo, el régimen de la responsabilidad de la Administración supone un régimen autónomo diferente al régimen del Derecho común y que, por tanto, merece una disposición especial. Esto no supone apartarse de la finalidad común que envuelve al sistema de responsabilidad, sino advertir que las normas de responsabilidad del Derecho civil están desarrolladas para aplicarse en una relación entre agentes privados, por lo que, en último

⁵⁰ Bien se ha advertido el trascendental rol cumplido por el Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo. Por todos, MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. **El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones. 1996.



caso, de ser aplicadas a la Administración pública –y éste es el segundo problema detectado– supondrían una interpretación forzada y a veces absurda de disposiciones del Código Civil peruano para ser aplicables en sede administrativa.

De igual modo, surge la interrogante de si el legislador al modificar dicho numeral 238.1, estaba permitiendo que en algunos casos resulte aplicable la regla de responsabilidad subjetiva prevista en el Código Civil peruano⁵¹ de modo supletorio a lo desarrollado en la Ley N° 27444. Independientemente de la respuesta que se obtuviese en este caso, la introducción de una disposición como la aludida llevaría incluso al exceso de hacer responsable a la Administración por las reglas del actual artículo 260 y, adicionalmente a ello, a responder en virtud a las reglas del Código Civil.

Una interpretación que proponemos es que la alusión a las responsabilidades del Derecho común y las reguladas en leyes especiales hacen mención en realidad a la responsabilidad contractual de la Administración pública, cuyas reglas pueden encontrarse en lo normado en el Código Civil y en leyes especiales referidas a contratos del Estado como son el TUO de la Ley 30225 - Ley de Contrataciones del Estado; y, las referidas a contratos de promoción de la inversión privada mediante concesiones como lo es el actual Decreto Legislativo 1362 (Ley de Asociaciones Público-Privadas).

Por tanto, en la interpretación realizada, la mención del numeral 260.1 a las normas de Derecho común y leyes especiales supone una suerte de precisión de que el objeto de desarrollo del artículo 260 y del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración está referido únicamente a la responsabilidad extracontractual de esta última y no a la responsabilidad contractual.

4.2. ACTOS POR LOS CUALES DEBE RESPONDER PATRIMONIALMENTE LA ADMINISTRACIÓN.

El numeral 260.1 del artículo 260 alude que la Administración responde por los daños directos e inmediatos causados por *los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados* por ella.

Con esta disposición, el artículo 260 está haciendo referencia a toda actuación administrativa, lo cual no se resume a los actos administrativos⁵² sino que también abarca las demás actuaciones administrativas como son las actividades materiales de las

⁵¹ Ello, incluso, no tan acertado, considerando que el artículo 1969 del Código Civil no alude a una regla plenamente subjetiva, toda vez que el dolo o la culpa se presume, correspondiendo su descargo al autor del daño.

⁵² TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

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

1.2 No son actos administrativos:

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.



entidades e, incluso, para efectos de este estudio, la omisión. Por su parte, la mención a *los servicios públicos directamente prestados por la Administración* no hace referencia en estricto a los servicios públicos económicos que se encuentran en titularidad de la Administración, sino genéricamente equipara el concepto de servicio público al despliegue de la función administrativa.

En ese sentido, en el ordenamiento público peruano, toda omisión y actuación – formal o material– desplegada por la Administración, está sujeta, en tanto cause una lesión al administrado, al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta “amplitud” es tal que se extiende no sólo a los actos lícitos, sino también a los actos ilícitos de la Administración pública. En efecto, la doctrina en el ordenamiento peruano concuerda en sostener que los daños tutelados por la responsabilidad patrimonial de la Administración pueden originarse tanto en actos lícitos como en actos ilícitos⁵³. Esta posición es sostenida, con mayor razón, toda vez que el modelo peruano adoptó normativamente el mismo modelo español de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el cual las entidades se encuentran sujetas a un régimen amplio de responsabilidad patrimonial, respondiendo por todos sus actos, tanto lícitos como ilícitos.

Una muestra expresa de supuestos de responsabilidad por actos lícitos se recoge en el numeral 260.3 del artículo 260, el cual señala que *la declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización*, disposición que bajo una interpretación a contrario, llevaría a la conclusión de que, en algunas ocasiones, la declaratoria de nulidad de un acto en sede administrativa sí puede acarrear derecho a la indemnización, pese a ser una decisión evidentemente lícita. Este sería, por tanto, un caso específico en el que la normativa peruana contempla un supuesto de responsabilidad de la Administración por actos lícitos, pues no hay duda que la anulación de un acto administrativo corresponde al ejercicio de una potestad de autotutela reconocida en la Ley del Procedimiento Administrativo General y, por tanto, lícita⁵⁴.

⁵³ Cfr. MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

⁵⁴ TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 213.- Nulidad de oficio

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

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

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

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para



Ahora bien, por otro lado, aunque se encuentra sujeta a un amplio régimen de responsabilidad patrimonial, en algunos supuestos la Administración no responde por las lesiones que su actuación produce. Muestra de ello es la inclusión expresa en el artículo 260 de un conjunto de “causas no imputables”, por las cuales la Administración no responde patrimonialmente o queda exenta de responsabilidad. Así pues, el citado artículo señala:

“Artículo 260.-

(...)

260.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”.

De la lectura del artículo anterior, se advierte que el legislador consideró como “causas no imputables” a la fuerza mayor o caso fortuito; el hecho determinante del administrado damnificado o de un tercero; y, la actuación razonable y proporcional en defensa de la vida, la integridad y los bienes de las personas o los bienes públicos⁵⁵. Llama la atención, por su parte, la consideración del “deber jurídico de soportar el daño”

ejercer su derecho de defensa.

213.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10.

213.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

213.5. Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. También procede que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

⁵⁵ i) El caso fortuito o fuerza mayor: el daño resulta de un acontecimiento, previsto e imprevisto, pero en todo caso irresistible y ajeno al ámbito dominado por o a la disposición del demandado, en cuanto exterior a su propia organización o esfera de actividad, lo que excluye el deber de reparar dicho daño.

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

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



como supuesto de no reparación, figura con la cual podría abrirse la posibilidad de excluir el pago de una indemnización al administrado bajo un concepto que no cuenta con una definición clara, al menos no a partir del modo en que se la recoge en el TUO LPAG. Parece más bien que el “deber jurídico de soportar” hace referencia a los daños producidos por actos lícitos y no ilícitos. Sería absurdo admitir, pues, que el TUO LPAG admite la existencia de actos ilícitos cuyos daños producidos deben ser soportados por el administrado. Bajo esta interpretación, por tanto, el objetivo del legislador al considerar el “deber jurídico de soportar el daño” como supuesto de excepción de reparación se estaría refiriendo más bien a supuestos en los cuales los daños producidos por ciertos actos lícitos de la Administración se encuentran exentos de compensación, y se excluyen de este modo de la amplitud de supuestos del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

4.3. EL DAÑO DEBE SER DIRECTO E INMEDIATO.

La mención al *daño directo e inmediato* que realiza el numeral 260.1 del TUO LPAG alude evidentemente al nexo causal entre el daño y la actuación que lo produce, acogiendo lo que en doctrina se identifica bajo la denominada teoría de la “causa adecuada”. Al seguir esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración considera que los daños son atribuibles a una actividad cuando producida ésta el daño resulta ser consecuencia adecuada de la misma.

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

4.4. DAÑOS POR LOS CUALES RESPONDE LA ADMINISTRACIÓN.

De acuerdo a lo señalado por el numeral 260.4 del TUO LPAG, el daño debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos. Con esto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración considera dentro de su ámbito de aplicación únicamente aquellos daños que, por un lado, son perfectamente concretos y recaen directamente en el patrimonio de un administrado o grupo de administrados y, por el otro, exceden también lo que podría considerarse una carga común de la vida social⁵⁶.

Por otra parte, la mención que realiza el numeral 260.4 sobre el carácter “valuable económicamente” podría generar algunas dudas sobre la posibilidad de indemnizar el

⁵⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa**. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006.



daño moral y el daño a la persona. Sin embargo, el numeral 260.5 precisa que la indemnización comprende, además del lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, de modo que podría entenderse cubierta dentro de estos últimos la posibilidad de compensar los daños directos que la actuación administrativa ocasione sobre derechos de carácter no patrimonial del administrado, como son la salud, la integridad personal, entre otros. Con esta disposición, por tanto, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración excede la tutela de la garantía patrimonial del administrado e involucra, más allá de ella, la protección de bienes y derechos no patrimoniales del administrado.

Finalmente, debe entenderse de acuerdo al numeral 260.4, que la indemnización al administrado debe suponer una reparación integral por el daño que la actuación administrativa le causó. Esto supone, en materias estrictamente patrimoniales, que al administrado debe restituirse su patrimonio al valor del que gozó con anterioridad al suceso dañoso. Pero no solo ello. En la cuantía de la indemnización deberá incluirse, además, el importe referido al lucro cesante, de modo tal que se proteja efectivamente al administrado.

4.5. DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A REPETIR CONTRA LOS FUNCIONARIOS RESPONSABLES Y DEMÁS PERSONAL A SU SERVICIO.

Por último, el artículo 260.6 del TUO LPAG señala que cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio.

De este modo, por la repetición se activa la responsabilidad interna del funcionario para con la Administración, por el dolo, culpa o negligencia con la que hubiese actuado y siempre que no existan causas que lo eximan de responsabilidad. La acción de repetición se ventilará en un proceso judicial, sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución. Cabe agregar que esta repetición es una obligación que debe ser exigida por la Administración de oficio y no queda condicionada a su mera discrecionalidad⁵⁷.

⁵⁷ En el mismo sentido, Cfr. MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.



5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DERIVADA DE SU INACTIVIDAD

Como hemos podido advertir del acápite anterior, la inactividad de la Administración constituye un funcionamiento anormal de la Administración Pública, ya que constituye una negación de su obligación de hacer, una inercia, una situación de pasividad, que resulta reprochable jurídicamente ya que causa perjuicio al administrado. Por esta razón, la inactividad constituye una fuente más de responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que esta inercia dé lugar a una lesión en contra del administrado por la cual tenga que responder.

El artículo 260 del TUO LPAG señala que las entidades de la Administración pública deben responder patrimonialmente frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los “actos de la administración”. Aun cuando pareciera que esta frase no cubre el concepto de daños causados por la omisión, la doctrina ha interpretado que dicha frase genérica incluye a aquellos daños causados por la inactividad administrativa. Así, se señala que:

“El obrar lesivo debe provenir de personas jurídicas estatales integradas en la organización administrativa ejerciendo atribuciones públicas. (...). Desde la perspectiva material debemos entender como “acto de la Administración” en general, actos administrativos, hechos, comportamientos materiales, vías de hecho, inactividad de deberes de actuación de la Administración, declaraciones, regulaciones, etc.”⁵⁸.

Corresponde ahora, siquiera brevemente, evaluar la responsabilidad de la Administración a partir de las clases de inactividad que hemos desarrollado al inicio de este estudio.

l) Responsabilidad administrativa derivada de la inactividad formal reglamentaria.-

Al referirnos a la responsabilidad administrativa derivada de la inactividad formal reglamentaria⁵⁹, nos estamos adentrando a un tópico en el cual, al menos en el ordenamiento peruano, poco o nada se ha escrito. De hecho, en el día a día, convivimos con un sin número de leyes que carecen de aplicación por la falta de un Reglamento que las desarrolle, como también nos topamos con leyes que, pese a remitir su desarrollo al reglamento y fijar un plazo máximo para que éste se apruebe, vencido dicho término la Administración no cumple con dictar dicha normativa.

Lo que es aún peor, para los operadores jurídicos, la Administración y el mismo aparato de justicia, la labor de reglamentación, su retraso y eterna postergación, se

⁵⁸ Cfr. MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

⁵⁹ Sobre la falta de cumplimiento de la actividad administrativa reglamentaria, véase: CALVO, María. Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 137, p. 239-272, may/ago. 1995.



asumen como males frecuentes, pero con los cuales se debe vivir. Y el control judicial por omisión reglamentaria es una quimera. Algo de fantasía ya sería exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por inactividad reglamentaria en el ordenamiento peruano. Inclusive, la poco feliz redacción del texto actual del artículo 260 del TUO LPAG haría hasta pensar que la tutela patrimonial contra dicha inactividad no estaría cubierta por dicho régimen normativo.

Ahora bien, la Constitución Política del Perú no realiza referencia alguna a las consecuencias jurídicas que produce el retraso de la actuación normativa de la Administración. Tan solo consagra la potestad reglamentaria como una de carácter originario correspondiente al Presidente de la República (artículo 118 numeral 8) y enfatiza que dicha potestad no debe desnaturalizar ni contravenir las leyes. Se ha preferido, por tanto, asegurar que el Reglamento aprobado no transgreda la Ley, caso contrario, esto conllevará su ilegalidad mediante el proceso de acción popular recogido en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución.

Sin embargo, pensamos que, del mismo modo que el ordenamiento jurídico actúa frente a un Reglamento que transgrede la Ley, el propio ordenamiento nos ofrecería una salida para extraer una regla de reacción frente a un Reglamento que no se aprueba por la Administración, puesto que en ambos casos estamos frente a una pasividad *transgresora* de la actividad *debida* de ejecución administrativa de la ley mediante la actividad formal reglamentaria. En tal sentido, creemos que debe entenderse que en el mismo numeral 8 del artículo 118 de la Constitución, se recoge un auténtico deber de reglamentar la Ley por parte del Poder Ejecutivo, lo cual no sólo supone aprobar Reglamentos que no la transgredan, sino también cumplir con aprobarlos en el plazo que la Ley prescribe o en el plazo idóneo que la materia justifique.

Precisamente, siguiendo a GÓMEZ PUENTE sobre este tema⁶⁰, el incumplimiento de la obligación de emitir el reglamento, cuando está atada a un plazo cierto para cumplir con dicho deber⁶¹, puede generar daños que deberán ser reparados por la Administración.

Es por ello que en la doctrina claramente se acepta que, de no cumplirse con esta obligación de reglamentar, y de determinarse un daño cuyo nexos causal se pueda

⁶⁰ GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011.

⁶¹ GÓMEZ señala que *"La fijación de un plazo legal puede funcionar, en efecto, como un estándar de funcionamiento normal más allá del cual los daños de una omisión reglamentaria puedan ser puestos a cargo de la Administración. Esto es, la superación del término legal puede hacer devenir antijurídica una situación dada; esto es, la demora puede forjar y alumbrar un daño susceptible de reparación por la Administración. Quizás con un ejemplo se comprenda mejor lo que quiero decir. Si la ley reconoce un derecho o ventaja individual cuya efectividad depende de la emisión de una norma reglamentaria pero ésta no resulta obligada hasta transcurrido un determinado plazo, puede entenderse que el referido derecho se encuentra sometido a una condición suspensiva hasta dicho término. Pero sobrevenido dicho momento, la falta de efectividad del derecho sólo puede imputarse a la pasividad de la Administración, el funcionamiento anormal del servicio público, lo que (...) es causa de responsabilidad administrativa"*. Cfr. La inactividad... Op. Cit. Páginas 1064-1065.



identificar con la inercia de no aprobar la normativa reglamentaria correspondiente, podremos hablar entonces de un caso de responsabilidad patrimonial que merecerá ser atendida a efectos de indemnizar la lesión producida al administrado.

Lamentablemente, como veremos al final de este trabajo, además de no contar con un marco sustantivo tan claro para exigir esta responsabilidad patrimonial por inactividad, el marco procesal tampoco ofrece mayores oportunidades para reclamar dicha indemnización en estos casos.

II) Responsabilidad administrativa derivada de la inactividad en la producción de un acto administrativo. -

La demora o retraso injustificado tiene como sustento el incumplimiento del deber de las entidades de la Administración pública de resolver los procedimientos establecidos a su cargo dentro del plazo legalmente previsto, el cual se encuentra regulado en los artículos 39⁶² y 153⁶³ del TUO LPAG.

Precisamente, el incumplimiento injustificado del deber jurídico de resolver en plazo genera, no sólo responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que incumplieron el plazo, sino también responsabilidad patrimonial por los daños causados por el retraso. Así lo establece el artículo 154 del TUO LPAG, norma que prescribe a tal efecto lo siguiente:

“Artículo 154.- Responsabilidad por incumplimiento de plazos

*154.1 El incumplimiento **injustificado** de los plazos previstos para las actuaciones de las entidades genera responsabilidad disciplinaria para la autoridad obligada, sin perjuicio de la responsabilidad civil⁶⁴ por los daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado.*

154.2 También alcanza solidariamente la responsabilidad al superior jerárquico, por omisión en la supervisión, si el incumplimiento fuera reiterativo o sistemático.”

La doctrina de Derecho administrativo, coincide con este criterio, y señala que en principio, las entidades de la Administración pública deben responder patrimonialmente por los daños causados por su omisión al deber de resolver en plazo los procedimientos, en los siguientes términos:

⁶² TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 39.- Plazo máximo del procedimiento administrativo de evaluación previa

El plazo que transcurra desde el inicio de un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta que sea dictada la resolución respectiva, no puede exceder de treinta (30) días hábiles, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

⁶³ TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 153.- Plazo máximo del procedimiento administrativo

No puede exceder de treinta días el plazo que transcurra desde que es iniciado un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta aquel en que sea dictada la resolución respectiva, salvo que la ley establezca trámites cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

⁶⁴ Rectius: responsabilidad PATRIMONIAL (de la Administración Pública).



“Transcurrido el plazo máximo establecido, si la Administración no ha dictado una resolución expresa o, habiéndolo hecho, no la notifica, incumple uno de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental. Y si este incumplimiento genera daños y es imputable a la Administración, el interesado tiene derecho a ser indemnizado. Esta modalidad de incumplimiento es expresiva de un funcionamiento anormal [de la Administración pública], por lo que, conforme al planteamiento general anteriormente expuesto, la Administración ha de reparar los daños que produzca”⁶⁵.

De tal manera que, para que se genere el derecho a percibir una indemnización, el afectado debe probar lo siguiente:

- La existencia del hecho ilícito (la omisión procedimental injustificada).
- La existencia de daños producidos por dicha demora.
- La causalidad para imputar tales daños a la omisión de una autoridad administrativa.
- La existencia del deber de reparación por parte de la entidad administrativa.

El artículo 154 del TUO LPAG, lamentablemente, no es preciso al indicar cuál es el régimen normativo de responsabilidad aplicable al caso concreto, ya que señala que el incumplimiento injustificado de resolver en plazo los procedimientos genera responsabilidad civil por los daños que ocasiona, pero no ahonda en mayores detalles.

Esto es una desventaja, ya que no queda claro cuál va a ser la norma aplicable para exigir responsabilidad. Es más, una lectura literal podría señalar que la vía para exigir la responsabilidad civil a la que alude el artículo 154 sería la del artículo 1969 del Código Civil (*aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*).

Sin embargo, como hemos desarrollado en este estudio, y de una lectura sistemática del artículo 154 aludido⁶⁶, en concordancia con los artículos V.1⁶⁷ y VIII.1⁶⁸ del Título Preliminar del TUO LPAG, concluiríamos en la aplicación del artículo 260 de la Ley, norma

⁶⁵ Cfr. MEDINA, 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. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Madrid: Editorial Civitas, 2005.

⁶⁶ En la doctrina nacional GUZMAN, Christian señala que se debe aplicar la regla del artículo 238 (actual 260) para los casos de responsabilidad civil o patrimonial del artículo 143 de la LPAG (actual 154). Cfr. GUZMAN, Christian. **Manual del Procedimiento Administrativo General**. Lima: Pacífico Editores, 2013.

⁶⁷ TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Título Preliminar. Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

⁶⁸ TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Título Preliminar. Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y **sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos** que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.



sustantiva genérica para imputar responsabilidad a las entidades de la Administración pública por la deficiencia en su actuación para la emisión de actos administrativos.

Respecto a este supuesto de responsabilidad, es necesario acreditar la existencia de la actitud injustificada de la Administración en la demora para resolver los procedimientos fuera del plazo legalmente establecido como hecho causante del daño. Vale decir, no vale invocar el mero retardo en resolver los procedimientos fuera de los plazos, sino que el artículo 154 del TUO LPAG⁶⁹, con lo cual, habitualmente se excluirán razones como que los expedientes sean notoriamente complejos, tengan gran cantidad de información a ser procesada, o que el retraso sea imputable al hecho del administrado (expedientes incompletos, negativa a presentar información adicional, etc.).

Inclusive, hay que atender a que el artículo 260.2 del TUO LPAG establece que *“en los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero”*. Con ello, es preciso alegar que no sólo las entidades administrativas causantes de la omisión o del incumplimiento del deber jurídico de resolver actuaron en forma injustificada para el retardo, sino que además, el administrado no contribuyó en forma determinante a los retrasos.

Como se ha desarrollado en su momento, será necesario en este caso acreditar una relación de causalidad adecuada entre el daño resarcible invocado, con respecto a la actividad (u omisión) estatal realizada por la Administración y que generó el mismo. Conforme lo señala la doctrina *“para acreditar la relación de causalidad entre la omisión estatal y el menoscabo, es necesario demostrar que si la entidad hubiera realizado el deber incumplido, se hubiera evitado el daño producido”*⁷⁰.

Por otro lado, se deberá invocar un factor de atribución objetivo (no dolo o culpa), que permita imputar la producción del daño a la Administración. La doctrina que comenta el artículo 260 del TUO LPAG, señala que *“los factores de atribución normalmente usados son el funcionamiento anormal, defectuoso, tardío o incorrecto de la actividad de la Administración en relación a sus estándares admisibles técnica o legalmente (comúnmente denominada la falta de servicio) y el riesgo creado por la acción estatal (responsabilidad por riesgo o enriquecimiento sin causa)”*⁷¹. En este caso, si se da el incumplimiento injustificado de los plazos y se genera un daño, estamos claramente frente a una falta de servicio objetivamente imputable a las entidades que generaron daños por su retardo al resolver.

⁶⁹ La doctrina española señala a tal efecto que *“Esto es, no son indemnizables los perjuicios derivados de un simple retraso, sino tan sólo los derivados de retrasos carentes de justificación, irrazonables”*. Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011.

⁷⁰ Cfr. MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

⁷¹ Cfr. MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.



Finalmente, deberá existir un daño injusto o ilícito, que el administrado no tendrá el deber de soportar. Más allá de que se pueda soportar una demora razonable, lo cierto es que cuando las demoras de los procedimientos no tienen justificación, estaremos frente a un supuesto de daño ilícito, no tolerable por el administrado, y por tanto, que generan el derecho al resarcimiento correspondiente. El artículo 260.4 del TUO LPAG señala, además, que el daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales el procedimiento culmina con aplicación del silencio administrativo? ¿Debemos entender que esto exime de responsabilidad patrimonial a la Administración?

En principio, debemos comprender que la culminación de un procedimiento administrativo mediante silencio no significa que nos encontremos *per se* frente a una actuación lícita de la Administración Pública. Así pues, pese a garantizar el ejercicio del derecho solicitado (caso del silencio positivo) o el derecho de acudir a la instancia administrativa o judicial correspondiente (caso del silencio negativo), el silencio administrativo produce inseguridad jurídica y, por último, constituye prueba indiscutible de una ilegalidad: la Administración no resolvió en el plazo legalmente establecido. Sin embargo, no es unánime la respuesta sobre si es que la Administración será siempre responsable de los daños que dicha omisión produzca. Revisando la experiencia española, por ejemplo, advertimos que la responsabilidad podrá tener lugar independientemente de que el administrado se acoja al silencio administrativo (positivo o negativo), de que se resuelva después del plazo (en caso de que el administrado no opte por el silencio negativo) o, incluso, podrá irrogarse responsabilidad en procedimientos en los cuales se resolvió antes del plazo, pero por la relevancia y urgencia de la materia, dicho pronunciamiento debió emitirse con anterioridad al plazo legal para ello⁷².

Por último, no olvidemos que los procedimientos iniciados de oficio también pueden generar responsabilidad de la Administración por retardo en su tramitación o por la falta de incoación de un expediente. En los casos de omisión de incoar procedimientos administrativos de oficio, nos topamos con casos en los cuales corresponde a la Administración desplegar determinada función e iniciar procedimientos para evitar o cesar la producción de daños en contra de los particulares. El caso, por ejemplo, de la ocupación de espacios públicos por particulares ilegales ante la pasividad de la Administración, o la no paralización de obras ilegales por parte de un Municipio. Por su parte, en los casos de retardo en la tramitación de procedimientos de oficio ya iniciados, estas paralizaciones pueden tener consecuencias lesivas en contra de los administrados involucrados. Imaginemos el caso de una medida cautelar en el marco de un

⁷² Una vez más, Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011.



procedimiento sancionador por el cual el administrado se ve obligado a paralizar su actividad económica. Nadie más que él tendrá interés en que se culmine prontamente con el procedimiento iniciado a efectos de que se determine si su actividad es ilícita o no. En caso fuera lícita al cabo del procedimiento, estos daños y el retraso prolongado podrán justificar un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración por el tiempo en que dicho negocio no pudo operar injustificadamente.

III) Responsabilidad administrativa derivada de la inactividad material. -

En los casos de responsabilidad por inactividad material, tenemos primero los supuestos de responsabilidad por inactividad en la ejecución de actos administrativos. De acuerdo a ésta, la Administración tiene la obligación de ejecutar sus decisiones. Para ello, puede la Administración recurrir a los medios de ejecución forzosa que deriven en el cumplimiento del acto o, en caso su decisión recoja una obligación de su misma parte, desplegar la actividad a la que se ha obligado mediante su propio pronunciamiento. El incumplimiento de estos deberes, cuando estamos frente a actos firmes favorables a los administrados, puede producir daños que deberán ser resarcidos oportunamente.

Similar al supuesto anterior, son los casos en los cuales la autoridad jurisdiccional resuelve y obliga a la Administración a cumplir determinados deberes jurídicos (como puede ser el apremio para el pago de una deuda pública). En estos casos, la Administración que no atiende el mandato judicial y se rehúsa a cumplir con su deber, puede, por razón del retraso, generar daños o lesiones al administrado acreedor de dicha obligación. Estos daños, siempre evaluándose el nexa causal correspondiente y las demás exigencias del artículo 260 del TUO LPAG, pueden generar la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración inactiva.

Otro tema interesante es la responsabilidad por la omisión en materia de inactividad prestacional y funcional, cuando la Administración deja de ejercer sus potestades de dirección, vigilancia y control de actividades privadas puras, de servicios públicos concedidos y de actividades administrativas ejercidas por sujetos privados. En estos casos, si la Administración omite realizar estos deberes de vigilancia, control e inspección, y se generan daños por esta falta de control, responderá patrimonialmente, pues estamos frente a un claro y evidente *funcionamiento anormal* de la Administración Pública⁷³.

Finalmente, un caso importante en este punto, es la inactividad en el cumplimiento de prestaciones por parte de la Administración. Recuérdese que, de acuerdo al artículo 58 de la Constitución⁷⁴, corresponde a la Administración actuar en las áreas de salud,

⁷³ Abundan sobre este tema, GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011; y, LAGUNA, José. Responsabilidad de la Administración por los daños causados por el sujeto autorizado. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 155, p. 27-57, may/ago. 2001.

⁷⁴ Constitución Política del Perú.

Artículo 58.-

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado



seguridad y servicios públicos, entre otras materias⁷⁵. Estas prestaciones, no limitadas al artículo en cuestión, demandan de la Administración una actividad material compleja que requiere su análisis en el contexto y realidad de cada ordenamiento jurídico. El caso de la salud, por ejemplo, demanda de parte de la Administración, la prestación regular y continua de los servicios médicos básicos, a efectos de velar por la integridad y salud de los administrados. Un descuido en la atención, la escasez de medicamentos, equipos, personal médico o ambientes en los hospitales públicos, advertiría una dejadez por parte de la Administración y una clara situación de inactividad administrativa. Del mismo modo, la falta de efectivos policiales en el cumplimiento de su deber de mantenimiento de la seguridad ciudadana en todas sus manifestaciones, así como en marchas proselitistas o eventos deportivos de alto riesgo, suponen también una inercia de la Administración prestacional en seguridad. En estos casos, los efectivos policiales no asegurarán que ningún evento de riesgo se produzca, pero sí deberán ofrecer, *dentro de lo esperado*, las condiciones para que los actos de violencia se disipen o no tenga lugar en lugares próximos a viviendas o escuelas, por ejemplo.

En caso no se cumpla con este deber, y como consecuencia de ello se causan daños a los administrados, entonces estaremos frente a una responsabilidad patrimonial de la Administración por omisión de sus deberes prestacionales materiales frente a los administrados y la ciudadanía en general.

Responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad convencional. -

La inactividad convencional, como hemos referido en su momento, se refiere al incumplimiento por omisión de los deberes de concertación de contratos por parte de la Administración. Tal como indica doctrina autorizada, más allá de la simple emisión de una declaración de voluntad negocial, el concepto de inactividad convencional ha de extenderse también a la omisión de la actividad necesaria para garantizar la efectividad de los acuerdos alcanzados⁷⁶.

En tal sentido, podremos advertir casos de inactividad convencional cuando la Administración permanezca pasiva y retrase la suscripción de contratos, acuerdos o convenios que redundan en la satisfacción de un interés o fin público que subyace a la actividad convencional. O, del mismo modo, cuando habiendo suscrito dichos acuerdos, permanece inactiva ante el incumplimiento de su contraparte, postergando así la atención de prestaciones o servicios que redundan en el bien público.

Ejemplos de estos casos podemos encontrar en las contrataciones del Estado bajo el TUO de la Ley N° 30225, donde el retraso o postergación de la suscripción de un

orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura

⁷⁵ Las obligaciones de prestación del Estado no se resumen a este artículo, pero valga la remisión básica al mismo para efectos de los ejemplos que brindamos en este punto.

⁷⁶ Cfr. GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011.



contrato de compra de patrulleros o recursos para los efectivos policiales, puede retrasar la vigilancia de eventos que requieren mayor capacidad logística y de efectivos del orden. Por su parte, la prestación irregular e interrumpida de servicios públicos concesionados, en los cuales la Administración no exige ni inicia las acciones conducentes a la solución de dichos problemas, puede conllevar también una afectación o lesión a los administrados que se abastecen de dicho servicio. En ambos casos, la determinación de la lesión, el nexo causal, como de los demás requisitos que exige el artículo 260 del TUO LPAG, puede concluir en una responsabilidad patrimonial de cargo de la Administración, por permanecer inactiva en su función convencional.

Ahora bien, el incumplimiento de los deberes de suscripción contractual o de la emisión de una declaración de voluntad para lograr el consenso contractual, podría ser un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por constituir un supuesto de pasividad en el ejercicio de funciones o competencias administrativas, pasible de ser conocido por medio del proceso judicial dirigido a la indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Sin embargo, cuando se trate del incumplimiento de deberes patrimoniales en la ejecución de contratos, estaremos frente a casos de responsabilidad contractual que deberán ser resueltos primordialmente por vía arbitral, ya que se trata de daños surgidos por incumplimiento de obligaciones contractuales, los cuales, en principio se resuelven por dicha vía.

6. EL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD Y LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La problemática que gira en torno a la responsabilidad patrimonial por inactividad administrativa no se reduce únicamente al artículo 260 del TUO LPAG. De hecho, para lograr la efectividad de esta figura, se requiere acudir a la norma adjetiva que regula finalmente el cauce procesal en el cual se exigirá la indemnización derivada de la inercia de la Administración (formal o material).

Dicho esto, no existe una vía procesal específica para formular una demanda autónoma por daños derivados de una omisión administrativa. Lo que sucede es que el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, sólo regula una vía procesal para cuando la pretensión indemnizatoria es acumulada a alguna de las acciones impugnatorias previstas en el artículo 5 de la misma norma. Con esta normativa, lo que se requiere es impugnar la actuación que se reputa ilegal (acto administrativo, silencio, inercia, actuación material que no se sustenta en acto administrativo, entre otras) y, acumulativamente, exigir la pretensión indemnizatoria.

Así pues, el artículo 5 antes aludido señala lo siguiente:



“Artículo 5.- Pretensiones.

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

- 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.*
- 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.*
- 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.*
- 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.*
- 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnabile, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores. (El subrayado es nuestro)*

Como podemos apreciar, actualmente la normativa procesal no está diseñada para soportar auténticas pretensiones autónomas para canalizar las pretensiones indemnizatorias derivadas de la omisión administrativa. Es que, en realidad, en nuestro ordenamiento casi siempre se tiene presente un dogma que no sabemos de dónde ha salido, que para poder condenar a la Administración es necesario primero tener que determinar la ilegalidad de su actuación. Este “dogma” genera perniciosas consecuencias, ya que, por ejemplo, impide juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones materiales lícitas por ejemplo, o derivadas de actuaciones materiales ilícitas (por ejemplo, un atropello causado por policías ebrios en un vehículo policial).

El tema es importante: creemos que una auténtica justicia contencioso-administrativa debería estar diseñada para servir a las personas, y permitirles reclamar de manera acumulativa o autónoma, la indemnización respectiva para repararles los daños sufridos por la acción (formal o material) y la omisión (formal o material) de la Administración Pública. Este sistema, ahora no existe en nuestro país.

Por tanto, actualmente, deberá tratarse de canalizar las demandas indemnizatorias derivadas de la omisión administrativa por la vía de acumular la pretensión indemnizatoria a los estrechos cauces del numeral 4) del artículo 5 del TUO de la LPCA. Duro trabajo, considerando que habrá que explicar, primero el deber jurídico omitido, luego como ello puede generar daños causalmente vinculados a un perjuicio para el administrado, y además, por qué es imprescindible que la Administración responda por los daños causados por su omisión.

Tarea difícil pero no imposible. Un sistema auténticamente moderno de Derecho Administrativo debe rebelarse frente al formalismo tradicional y permitir el resarcimiento por los daños causados por la actividad u omisión de la Administración Pública.



Hoy en día es una quimera, pero la comunidad jurídica debería hacer hincapié en que lograr la efectividad de la garantía patrimonial del administrado es un deber que no admite tardanzas ni excepciones. La tarea por conquistar la efectividad de la reparación de los daños causados por la Administración es ahora.

7. REFERENCIAS

AGUADO I CUDOLA, Vicenc. **El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BACA, Víctor. La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano: Notas para una polémica. En: DANÓS, Jorge; TIRADO, José; ROJAS, Verónica; JIMÉNEZ, Roberto (Coord.). **El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano**: Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Grijley, 2008. p. 663-689.

BACA, Víctor. **Los Actos de Gobierno**: Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico. Piura: Universidad de Piura, 2003.

BACA, Víctor. ¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho peruano? Razones para una respuesta negativa. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n. 9, p. 233-248, dic. 2010.

BOCANEGRA, Raúl. **Lecciones sobre el acto administrativo**. 3.ed. Madrid: Editorial Civitas, 2006; y,

BOCANEGRA, Raúl. **La teoría del acto administrativo**. Madrid: Iustel, 2005.

CALVO, María. Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 137, p. 239-272, may/ago. 1995.

CARBONELL, Eloisa. **Intereses colectivos y legitimación activa**. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

CASSAGNE, Juan. **Derecho Administrativo**: Tomo II. Lima: Palestra, 2010.

CORDERO, Luis. **La responsabilidad de la Administración del Estado**. 2. ed. Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2010.

DANÓS, Jorge. El régimen de los contratos estatales en el Perú. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n. 2, p. 9-44, dic. 2006

ESTEVE, José. La regulación de la economía desde el Estado garante. En: CARRO, José. **La autonomía municipal. Administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. pp. 79-126.



- ESTEVE, José. Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. En: PRESNO, Miguel (Coord.). **La metamorfosis del Estado y del Derecho**. Asturias: Junta General del Principado de Asturias. p. 85-120. 2014.
- ESTEVE, José. La extensión del Derecho público: Una reacción necesaria. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 189. p. 17-42, set/dic. 2012.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo II. 12. ed. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2006.
- FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la Sociedad Industrial**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**: Tomo I. 12. ed. Lima: Palestra-Temis, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva justicia administrativa**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa**. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006.
- GÓMEZ, Marcos. **La inactividad de la Administración**. 4. ed. Navarra: Editorial Aranzadi. 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**. Navarra: Editorial Aranzadi. 5ta Edición. 2010. pp. 364-575.
- GUZMAN, Christian. **Manual del Procedimiento Administrativo General**. Lima: Pacífico Editores, 2013.
- HUAPAYA, Ramón. Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. **Revista de Derecho Administrativo**, Lima, n.9, p. 115-133, dic. 2010.
- HUAPAYA, Ramón. **Tratado del Proceso Contencioso Administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2006.
- LAGUNA, José. Responsabilidad de la Administración por los daños causados por el sujeto autorizado. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 155, p. 27-57, may/ago. 2001.
- LEGUINA, Jesús. El fundamento de la responsabilidad de la Administración. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 23, p. 523-536. 1979.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38. p. 35-65, may/ago. 1962. p. 42.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. **El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones. 1996.



MARTIN, Isaac. **Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado**: Prólogo de Tomás FONT I LLO-VET. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MEDINA, Luis. Confianza legítima y responsabilidad patrimonial. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 130, p. 275-326. 2006.

MEDINA, Luis. **La responsabilidad patrimonial por acto administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 2005.

MENÉNDEZ, Eva. Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC). En: QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: Tomo I**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 46-47.

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

MORÓN, Juan. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 10. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

NIETO, Alejandro. La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 37, p. 75-126, may/ago. 1962.

NIETO, Alejandro. Evolución expansiva del Concepto de la Expropiación Forzosa. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38, p. 68-69, may/ago. 1962.

PANTALEÓN, Fernando. Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 237-238, p. 239-253, ene/jun. 1994.

PARDO, José. **La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis** Madrid: Marcial Pons, 2013.

PAREJO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 218-219, p. 15-65, abr/set. 1989.

PIZARRO, Ramón. **Responsabilidad del Estado y del funcionario público**. 2 tomos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2016.

SÁNCHEZ, Lucio. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Aproximaciones a una institución pendiente de reforma. **Revista Derecho & Sociedad**, Lima, n. 45, p. 321-332, oct. 2015.

SANTAMARÍA, Juan. **Principios de Derecho Administrativo**: Vol II. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.