

LA CRISIS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PERUANAS

ORLANDO VIGNOLO CUEVA¹

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y ALGUNOS DATOS INICIALES

La responsabilidad jurídica, entendida de manera extensa como una “situación de un sujeto sometido a los efectos reactivos de una regulación jurídica en relación a deberes coercibles”², no es una figura desconocida ni dejada de lado en los textos normativos del ordenamiento peruano. Es más, en fueros propios del Derecho Administrativo, el Legislador ha puesto empeño en regular secciones enteras -el título V de la LPAG sería una muestra de ello- de aspectos relativos a obligaciones exigibles al personal administrativo y un conjunto de elementos coercitivos de resarcimiento económico o disciplina frente a un incorrecto o nulo incumplimiento de éstas. Sin embargo, después de diez años de entrada en vigor de este régimen, nada ha cambiado, pues la vida de los ciudadanos de este país sigue ligada a la descarada indemnidad frente a lo que hagan o dejen de hacer las organizaciones administrativas. Cada vez más resuena frente a estas situaciones injustas, el título del libro escrito por el profesor francés (y “sociólogo de lo cotidiano”) Michel Crossier denominado “No se cambia la sociedad por decreto”. Por eso, más allá de la frase escrita hecha norma, la responsabilidad es una figura de escasa significación para nuestros operadores de toda condición (incluidos políticos, empleados públicos y jueces), siendo genéticamente descartada en nuestra cultura y, en términos actuales, irrelevante.

Presentadas las anteriores consideraciones, no puede dejarse de reconocer que nuestra sociedad ya no soporta –sin más- el atropello, la disfuncionalidad, el silencio o la exageración de los Poderes Públicos, sin presentar ante quien corresponda el reclamo respectivo o alzar los gritos más destemplados. Atrás quedaron los tiempos de aletargamiento de los colectivos y los propios particulares, siendo claro que nuestro “inconsciente colectivo ya no acepta las desgracias y siniestros como desgracias providenciales”³. Estamos en tiempos de una explosión de la participación ciudadana, la cual se reconoce a sí misma como el motor del avance económico y social (innegable) de los últimos veinte años y protagonista de todos los espacios de intervención del país. Sin embargo, el señalado estallido debe encontrar los medios jurídicos para ser canalizado, caso contrario puede convertirse en un arma arrojada contra los mismos ciudadanos (mediante taras ya vigentes como el corporativismo). Por eso, y hoy más que nunca, la responsabilidad patrimonial de las organizaciones administrativas es parte de la solución frente a la insatisfacción (casi endémica) que acompaña a los peruanos frente al conjunto de los Poderes Públicos del Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que vivimos en un tejido social que -en buena medida- se rige por los sellos distintivos de la informalidad e indisciplina. En medio de ese marasmo aparece un insatisfactorio Derecho de Daños que intenta liquidar, sin dejar de tener cierta suficiencia normativa, las diversas afectaciones contra las esferas jurídicas de los sujetos, pero en sus tareas o intentos aplicativos no consigue más que mostrarnos como una sociedad insensible frente a la responsabilidad por los perjuicios reales (antijurídicos)⁴. Si las organizaciones del Poder Público son tributarias de este tejido social, no puede esperarse menos de los efectos que puedan producir los regímenes de responsabilidad creados por el Legislador para estos puntuales

1 Doctorando por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Abogado Asociado del Estudio Echeopar (Perú). Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Piura (Perú). Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista.

2 Vignocchi, Gustavo, “La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)” en Revista Documentación Administrativa, número 119, 1967, p. 11.

3 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones” en Revista de Administración Pública, número 150, 1999, p. 320.

4 Estas ideas escritas en el párrafo principal surgen del prólogo escrito por Eduardo García de Enterría al libro de Leguina Villa, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 14 y ss.

sujetos. Peor todavía, no se puede pretender que existan limitaciones o incentivos para eliminar la omisión o la actuación irregular por parte de éstos, cuando el supuesto normativo no produce las consecuencias jurídicas estimadas en la realidad, sólo porque el primero no se practica, o se olvida de su existencia. Justamente, el tema que revisaremos en este trabajo adolece de este vicio, lo cual ha llevado a que una porción de la responsabilidad regulada por la LPAG sea -para desgracia de todos- una cabal flatus vocis.

Baste sólo entender, en los que nos interesa, que si se gasta mucha tinta en enumerar obligaciones de todo estilo en una norma, entendiéndolas como vinculantes y jurídicamente exigibles a los respectivos destinatarios, al costado de ellas siempre deben existir los mecanismos para castigar y aminorar las conductas que busquen volverlas apariencias o deberes de restringida efectividad. Por lo dicho, es que el instituto de la responsabilidad siempre necesita quedar unido al "concepto de sanción; no hay responsabilidad sin sanción (...). Sanción y responsabilidad son realmente el punto de partida de toda consideración jurídica"⁵. Ahora bien, en conexión con lo anterior, si tenemos varias reglas que son papeles mojados y permiten un sistema de impunidad, es evidente que los ciudadanos perderán la fe en el Derecho como técnica capaz de imponer soluciones justas y prácticas⁶.

Por otro lado, no debe dejar de señalarse que los regímenes de responsabilidad pública si funcionan, superan lo jurídico, teniendo directa incidencia en los costes económicos y la gestión de los servicios prestados por las organizaciones del Poder Público. Incluso, como bien lo afirma L. MARTIN REBOLLO, son capaces de introducir una serie de componentes políticos sobre cómo debe practicarse la intervención pública, los cuales "aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo previsto a los fines que efectivamente se pretenden. Algunos de estos fines deben ser aflorados para introducir coherencia en la actuación administrativa, pero también en las demandas ciudadanas, de modo que no se les pidan (...) acciones contradictorias"⁷. Por eso, cuando un sistema de responsabilidad se desenvuelve deja al Derecho como la técnica secundaria que busca soluciones a los conflictos e incertidumbres, más allá de la mera interpretación formal y, sobresale, el despliegue de varios otros conocimientos no jurídicos que deberán ser tomados en cuenta en la gestión pública. Claro, este esquema aún no lo vivimos, pues recién estamos en la discusión de cómo poder reemprender la marcha de la responsabilidad administrativa objetiva instaurada por el capítulo I del título V de la LPAG (quizás potenciando su uso mediante mecanismos propiamente administrativos y no bajo el manto ritualista de la pretensión procesal en sede judicial) y paliar la crisis aguda de disciplina que impide al personal administrativo de nuestras Administraciones públicas tener respeto y bregar por metas comunes⁸.

Planteado este ánimo negativo contra un instituto jurídico-administrativo que aparece muy golpeado en los tiempos recientes, a pesar del espíritu importante que impulsó a sus creadores⁹ y al Congreso de la República para instaurarlo, buscando garantizar el fiel cumplimiento del personal administrativo sobre el resto del articulado de la LPAG (volverla una norma del "Derecho vivo", lo cual en parte se ha cumplido) y de ansias por unificar los dispersos regímenes jurídicos de responsabilidad administrativa (lo cual todavía no se consigue), no puedo dejar de dar cuenta sobre la necesidad de otorgarle una mayor sustancia adjetiva a este régimen, eliminando una supletoriedad "universal y mecánica" que recurre malamente a las reglas procesales de la responsabilidad civil por daños, sin un mínimo de respeto y coherencia entre dos Derechos comunes y normales: el Derecho Administrativo y Derecho Civil¹⁰. Además, de que el sistema ajustable a las organizaciones administrativas (el patrimonial), es diametralmente opuesto en naturaleza, sujetos responsables, formas de agresión, fines y mecánica de despliegue con el primero.

5 Vignocchi, Gustavo, "La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)", p. 12.

6 Cfr. Martín Rebollo, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones", p. 319.

7 Martín Rebollo, Luis, "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)" en *Revista Derecho y Salud*, Volumen 9, número 1, 2001, p. 18.

8 Cfr. Dellis Georges y Pappas, Spyros, "Desde la mera disciplina hasta una verdadera deontología" en *Revista Documentación Administrativa*, número 241-242, 1995, p. 501.

9 Cfr. Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 774-775.

10 Sobre las cualidades de *común* y *normal* otorgadas a un Derecho puede revisarse el importante trabajo de Clavero Arévalo, Manuel, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

Ahora bien, la inclusión de la pretensión procesal por daños patrimoniales ocasionados por “alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444”, agregada al artículo 5 de la LPCA por la disposición única del Decreto Legislativo 1067, es un avance pero no basta por sí misma. Sin perjuicio, de que podría ser discutible que sólo las actuaciones impugnables puedan ser resarcidas judicialmente, pues esto reduce el ámbito objetivo de la norma sustantiva extendida a todo tipo de actuaciones administrativas, incluidas las específicas por servicios públicos (¿qué pasará con aquellas actividades que no son directamente impugnables en cualquier vía como las actuaciones técnicas o los defectos de obras públicas¹¹?), el agregado debió llevar aparejado la introducción de otras reglas propias que permitan generar la eficacia de este instituto cuando es aplicado por un privado en la jurisdicción contencioso-administrativa. Incluso, pudo ser la oportunidad para pensar en otros mecanismos para materializar la reclamación directa, en vía administrativa previa, ante la Administración Pública agresora, sin que ésta pueda eximirse de su revisión y cumplimiento (de ser el caso). Si se quiere, se pudo intentar la desjudicialización de ciertos aspectos de la siempre litigiosa responsabilidad jurídica de las organizaciones administrativas. Sin embargo, y aunque merece un estudio más profundo, la reforma legislativa del 2008 desaprovechó la posibilidad de un mejor afinamiento de la figura, la cual continúa desfalleciendo en las líneas de una regulación procesal burda y recortada¹².

Dicho esto, quiero centrar esta nota introductoria presentando los ejes básicos de este trabajo. La finalidad del estudio es mostrar un panorama genérico del Capítulo I del Título V de la LPAG, puntualizando las cuestiones problemáticas referidas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y ciertas críticas enmarcadas en el desaliento que he expresado con anterioridad. Todas estas notas buscan exteriorizar –en puridad– un régimen autónomo diferente a la regulación común establecida en el Código Civil, que debe escapar de una actual marginalidad de tratamiento (casi es vista como una figura menor o secundaria a la responsabilidad civil). Ya no cabe seguir en un rumbo que no conceptualiza a este instituto jurídico-administrativo desde una visión bifronte: como un auténtico “mecanismo de garantía”¹³ para reparar daños causados a los ciudadanos y, a la vez, ante aquellos fines normativos impuestos por el Legislador, como “un medio al servicio de una política jurídica o legislativa”¹⁴.

Me hubiese gustado utilizar el resto del espacio otorgado en esta obra colectiva, junto con los acápites correspondientes al régimen administrativo de riesgos, en manifestar conceptos acerca de la casi inexplorada responsabilidad de los empleados públicos respecto al incumplimiento u omisión de deberes funcionales por la tramitación de procedimientos administrativos. Estas partes concretas hubiesen servido para indicar los ámbitos objetivo, subjetivo y las probables formas procedimentales de este peculiar sistema disciplinario; sin embargo, el tiempo no me ha permitido culminar con este segundo emprendimiento. Aunque, si quisiera expresar una conclusión sintética sobre estos regímenes unidos por el Legislador en una sola sección normativa de la LPAG: ambos tienen no pocas distancias (algunas incluso saltan a la vista desde el simple contraste), pues –de saque– mientras la responsabilidad recaída en cabeza de la Administración pública “es forzosamente limitada, en cuanto a que solamente puede asumir algunas formas especiales, sobre todo de naturaleza civil,

11 Sólo con el afán de mostrar algunos ejemplos que sobrepasan el concepto de “actuación impugnada” (algunos de ellos similares a los soportados, diaria y estoicamente, por los ciudadanos de este país), quiero presentar unos cuantos presentados en la jurisprudencia española, los cuales nos deben llevar a pensar a que el ensanchamiento de la base conceptual de esta pretensión procesal es una necesidad. Así, no sería extraño encontrar recursos judiciales por “suicidios de enfermos diagnosticados en la Administración sanitaria, lesiones producidas por un interno a otro en un establecimiento penitenciario; asfixia de un niño en una piscina municipal con socorrista; caída de un peatón a consecuencia de un golpe que se da con la cuña de salida de garaje puesta por la comunidad de vecinos aconsejada por el ayuntamiento (...) soldados fallecidos a consecuencia de disparos para lo que no habían sido suficientemente entrenados; órdenes de cierre de establecimientos (...) daños producidos por irregular funcionamiento de los semáforos (...) atasco de la red de alcantarillado (...)”. *Vid.* Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, pp. 320-321.

12 Algunas preguntas sin responder sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración han sido reseñadas por Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, p. 765.

13 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 360.

14 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 360.

algunas veces administrativas y nunca penal (...) la responsabilidad del funcionario es, por el contrario, poliédrica. Tal responsabilidad se articula en las diversas formas (...) administrativa, civil y penal"¹⁵.

Justamente, la anterior cuestión debe ser tomada en cuenta por el lector al momento de afrontar estas materias, asumiendo que fuera de la responsabilidad de la organización administrativa existen otros sub-regímenes referidos a fórmulas de responsabilidad administrativa del empleado público insertadas en medio del ordenamiento común del procedimiento administrativo: la disciplinaria surgida por afectaciones a obligaciones funcionales muy particulares cometidas por una persona física que tiene una vinculación subordinada y especial (estatutaria) con la organización administrativa empleadora. A su vez, esta tipo de responsabilidad es distinta de otra fórmula como la responsabilidad formal, la cual aparece frente "a la mera violación de preceptos jurídicos, independientemente del hecho de que aquel que los ha violado pueda haber ocasionado o no daño a la Administración (...) es la responsabilidad en que se incurre por el mero hecho de haber violado normas de organización"¹⁶.

II. LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES VITALES DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS PERUANAS

Este régimen es una verdadera respuesta frente a las carencias que plantea la responsabilidad civil (o aquiliana) por daños, construido sobre la base de la culpa o negligencia del causante, pues esta última resulta desequilibrada para atender las afectaciones patrimoniales causadas por las actividades propias de la Administración pública, marcadas en toda su extensión por las potestades y privilegios habilitados por el Ordenamiento a esta organización del Poder Público, los cuales son completamente distintos al ejercicio de derechos y libertades presentados en las acciones de los particulares. Si se quiere, se trata de una regulación separada del Código Civil que "es teóricamente más ventajosa para el dañado porque se trata de una responsabilidad en la que no hay que demostrar culpa o negligencia alguna sino únicamente la existencia de una lesión imputable causalmente a la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, interpretada esta expresión en un sentido genérico como equivalente a actividad administrativa"¹⁷. Cabe asumir entonces, como lo indicó BERMEJO, que este tipo de sistema debe estimarse como un "contrapeso de las prerrogativas o potestades típicas de la Administración (...) por la cual las Administraciones públicas han de responder por toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos e intereses legítimos, siempre que tal lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y con la salvedad de los casos de fuerza mayor"¹⁸.

Por ende, la responsabilidad objetiva de la Administración se configura como una auténtica garantía sustanciada "en un criterio de solidaridad social, por cuya virtud los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre el patrimonio de los privados de quienes se ven afectados por su actividad: los efectos perjudiciales indirectos de una actividad dirigida a lograr beneficios colectivos y a actuar en intereses sociales deben ser igualmente asumidos por toda la colectividad y si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los perjuicios deben repararse por todos"¹⁹.

En otro orden de ideas, vale tener en cuenta que este régimen por riesgos alude expresamente a los términos y medidas conceptuales propios de la responsabilidad extracontractual, inclusive en su contenido "debe diferenciarse (...) de la responsabilidad cuasicontractual que deriva del llamado enriquecimiento injusto o

15 Vignocchi, Gustavo, "La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)", p. 15.

16 Vignocchi, Gustavo, "La responsabilidad civil, administrativa y penal de los Funcionarios del Estado (con especial referencia a la legislación italiana)", p. 15.

17 Martín Rebollo, Luis, "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)", pp. 9-10.

18 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, Cívitas-Thomson, Madrid, 2008, p. 467.

19 Gallardo Castillo, Miriam, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 696. (Las cursivas son nuestras).

sin causa (prestaciones de particulares no contratadas pero recibidas por la Administración, por ejemplo) y de otros supuestos en que la Administración está obligada a abonar una cantidad a un particular por causas diferentes (devolución de ingresos indebidos, por ejemplo)²⁰.

Por otro lado, sea bajo el antiguo numeral 238.1 de la LPAG, o con la introducción de ciertas palabras incrustadas en esta disposición por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, el sistema de responsabilidad patrimonial de nuestras organizaciones administrativas sigue estando conformado por los conceptos de lesión y servicio público. Por un lado, la lesión es considerada como el daño o perjuicio antijurídico, sea económico, físico o moral, que el administrado afectado por la acción administrativa no tiene el deber jurídico de soportar²¹. Este daño debe poseer algunas características básicas como que tiene que ser efectivo (realmente producido en la esfera jurídica del administrado), evaluable (medible económicamente en cualquiera de sus configuraciones)²² e individualizado o fácilmente individualizable (sobre un sujeto o un conjunto determinado de éstos)²³, según lo establecido por el numeral 238.4 de la LPAG. En el mismo sentido, la antijuridicidad (objetiva) le da carta de naturaleza al menoscabo sufrido por el privado, especificándolo como tal y permitiendo que sea la cobertura jurídica para un posible resarcimiento pecuniario, no importando para esto la legalidad o ilegalidad de la acción administrativa que cause el daño, ya que la responsabilidad se deriva tanto de actuaciones u omisiones ilícitas como de actuaciones lícitas, dado la amplitud de supuestos que permiten “los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas”²⁴. En sentido inverso, y bajo estricta necesidad de conformación casuística en la vía judicial²⁵, no se podría resarcir los atentados patrimoniales por causas justas impuestas por el Ordenamiento, tales como por ejemplo las exenciones preceptuadas en el numeral 238.2 de la LPAG, centradas en actuaciones administrativas enérgicas, razonables y proporcionales cometidas “en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos”, o, surgidas de manera amplia en aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas por “daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”. A esto, cabe agregar unas causales de indemnidad bastante puntuales por situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o eventos derivados por acción directa del damnificado o de un tercero, sin que en estos casos el Legislador haya mencionado algunas características básicas para sus respectivas conformaciones tales como si los hechos lesivos deben ser exteriores, imprevisibles o no, indeterminados o no, inevitables o no, o cuáles son los conceptos que guían la introducción de causas ajenas a la organización administrativa (ver el escueto numeral 238.2. de la LPAG).

A mayor abundamiento, y en concreto acerca de las exenciones de fuerza mayor y caso fortuito, es pertinente mencionar que un reciente estudio del profesor BACA ha puesto en evidencia una mini-crisis normativa, conceptual y terminológica creada por la reforma introducida por el Decreto Legislativo 1092 en cuanto a un régimen que se hace llamar objetivo pero que cuenta con figuras propias de la responsabilidad por culpa. Así, sobre estas causales de indemnidad ha mencionado que “para un observador no familiarizado con el Derecho Civil peruano, la reciente modificaciones de la LPAG realizadas por el Decreto Legislativo 1029 daría una pista definitiva sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad, pues frente a la redacción

20 Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 916.

21 Por todas se pueden revisar las sentencias del Tribunal Supremo Español de 8 de julio de 1971, de 27 de enero de 1971 y de 16 de febrero de 1999. También, es pertinente revisar la obra de Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 263.

22 Esta característica elimina la posibilidad de indemnización del daño futuro, eventual, hipotético, condicionado, o que simplemente no demuestra su producción sobre un objeto determinado. En este punto, y siguiendo los primeros criterios, por su entidad económica y efectividad material, podrían ser indemnizables los daños morales pero no las supuestas lesiones causadas por las cargas regulares de la vida social (trazados por desvío de carreteras, pago de impuestos, eliminación de residuos sólidos o desperdicios). *Vid.* Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 469.

23 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 345.

24 Cfr. Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 254.

25 Frente a lo señalado en el párrafo principal, el profesor L. Martín Rebollo ha caracterizado a este régimen de responsabilidad patrimonial indicando que es “un sistema sencillo, avanzado y generoso. Pero es también un sistema casuístico –lo cual es inevitable– y un sistema inseguro, lo cual cabe preguntarse si es igualmente inevitable”. *Vid.* Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 345. (Las cursivas son nuestras).

original, que siguiendo a su fuente española, sólo liberaba a la Administración por fuerza mayor, introdujo el caso fortuito como causa de exclusión. Y si la máxima virtualidad de la responsabilidad objetiva es hacer responsable a la Administración por los accidentes; es decir, por el caso fortuito, la responsabilidad sería subjetiva en el Derecho peruano, pues aquella no respondería por éstos. Sin embargo (...) el art. 1972 del Código Civil peruano incluye entre las causas al caso fortuito (...) por lo que nada podríamos deducir del Decreto Legislativo 1029 (...) la inclusión de estas causas de exclusión de responsabilidad y su correspondencia (relativa) con el Código Civil si podrían servir como una pista para determinar el sistema de responsabilidad vigente, pues la fuerza mayor y el caso fortuito se usan en la norma para excluir la responsabilidad objetiva, pues es innecesario contemplarlos expresamente para descartar la responsabilidad subjetiva, ya que basta la ausencia de culpa²⁶.

Es evidente, siguiendo lo explicado por BACA, que el Legislador ha atemperado el régimen objetivo, convirtiéndolo en un sistema mixto que admite ciertos conceptos de la responsabilidad aquiliana. Sobre este punto volveré en la última parte de este trabajo, sin embargo si me gustaría dejar en claro que ambas exclusiones de responsabilidad patrimonial nos llevan a pensar que el alcance universal y absoluto de esta figura se habría puesto en entredicho, si se quiere se habría sido aminorado en supuestos concretos, no existiendo sustento para pensar que la Administración deba responder ante todo hecho lesivo causado sobre un patrimonio ajeno, desde su actuar o sola presencia. Estas últimas afirmaciones deben complementarse con un entendimiento cabal acerca de los supuestos de estado de necesidad implantados en la LPAG, en cuanto a la producción de daños (¿jurídicos?) en esferas de administrados en defensa de ciertos derechos constitucionales y bienes jurídicos de importancia previstos en el ordenamiento (ver numeral 238.2), por los cuales “no se busca castigar a nadie, sino simplemente determinar qué patrimonio debe asumir el costo de los daños. Así, puede justificarse que en este caso no responda quien causó el daño, pero sí deba hacerlo quien se benefició con él. Por tanto, si es daño se produjo en beneficio de terceros, es razonable que no haya responsabilidad administrativa, pues son ellos quienes deben responder²⁷.”

En otro orden de planteamientos, como ya habíamos adelantado, los servicios públicos se interpretan en versión funcional y amplia, como equivalentes a las actividades administrativas ordinarias de diversa índole, o según lo indicado por la jurisprudencia española como “la acción administrativa en su conjunto que abarca todo giro o tráfico normal (...) actividad, gestión o quehacer administrativo²⁸”. En ese ámbito, quedarían enmarcados los actos administrativos (la actividad jurídica-administrativa por excelencia), además de “los actos puramente materiales, las vías de hecho, los actos administrativos declarados nulos por los Tribunales contenciosos y, en general, por las acciones u omisiones antijurídicas que el administrado no está obligado a soportar²⁹”. Quedarían fuera de la materia indemnizable, por decisión del Legislador en el numeral 238.1. de la LPAG, todas las actividades técnicas gestionadas por concesionarios u otros contratistas que colaboran con las Administraciones Públicas³⁰, así como los actos “personales” practicados por los empleados públicos³¹. No considero, mereciendo por cierto un estudio particular, que los sujetos delegados a los cuales formalmente se les haya encomendado una potestad administrativa puedan ser directamente imputados por este régimen de la LPAG, sin embargo la Administración titular de esta competencia o función, por co-responsabilidad (culpa in vigilando) frente a los actos del agente delegado, si podría quedar sometida a los alcances de la responsabilidad objetiva.

26 Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa” en *Revista de Derecho Administrativo*, número 9, año 5, pp. 247-248.

27 Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 248.

28 Al respecto, es conveniente revisar la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 27 de marzo de 1980.

29 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 248.

30 La regla general que impide la respuesta resarcitoria de la organización administrativa frente a daños ocasionados por contratistas o concesionarios, sujetos privados colaboradores de este Poder Público no integrados –evidentemente– en su estructura, se podría quebrar cuando cualquiera de los segundos actúa “cumpliendo una orden de la Administración, pues en estos supuestos está obligado a realizar todo aquello que la Administración le ha ordenado; con lo cual, le está considerando como un agente suyo (...) aunque en estos casos el daño lo haya causado el concesionario, no le es a él imputable, sino al autor mediato, que es la Administración, ya que se ha valido de este sujeto para realizar su voluntad”. *Vid.* Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 151.

31 Cfr. Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, p. 762.

Entre la lesión y los servicios públicos debe existir un nexo causal que junte a ambos extremos para probar que el funcionamiento regular o no de las actividades administrativas ocasionaron el daño antijurídico, “de manera directa, exacta, exclusiva y sin intervención de elemento extraño alguno (la fuerza mayor, por ejemplo)”³². No cabe asumir como resarcibles aquellas lesiones que no cuenten con este elemento. Entonces, estamos en presencia de un requisito o presupuesto directo y exclusivo que permite valorar jurídicamente los hechos u omisiones que aparecerían en un caso concreto. Ahora, la cuestión enunciada de manera genérica no resulta nada sencilla de desenredar, ya que la existencia de relación de causalidad imputada a la Administración por un daño, presenta aristas que hacen difícil lograr su adecuada definición sin tropezar en un sinfín de problemas que han tratado de ser solucionados mediante teorías de los más diversos estilos (de la previsibilidad, causa remota, causa próxima, equivalencias de las condiciones, la causalidad basada en juicios de probabilidad)³³. Lo dicho, en nuestro objeto de estudio, abre la discusión hacia dos tesis en razón de las actuaciones administrativas anormales (ilícitas, por mala prestación de la actividad, tardanza u omisión de la misma) o normales, así:

- a) En caso de funcionamiento anormal la doctrina comparada se ha decantado por la denominada teoría de la “equivalencia de las condiciones” con objeto de “responsabilizar a la Administración, incluso en el supuesto de que concurra en la acción dañosa un hecho de tercero o haya culpa de la víctima”³⁴. En nuestro ordenamiento, dicha tesis se ha visto mitigada, tal como habíamos adelantado y desarrollaremos luego, con la introducción de algunos supuestos abstractos de exclusión basados en la culpa exclusiva o concurrente por un “hecho determinante del administrado damnificado o de tercero” que produzca una determinada lesión.
- b) En cuanto al funcionamiento normal, la jurisprudencia comparada ha aceptado varias teorías “que discriminan la relevancia del hecho causal, es decir causalidad eficiente, causalidad adecuada, imputación objetiva (...) Según la primera de las teorías citadas, cualquiera de los hechos que intervienen en el proceso causal es susceptible de producir daño, mientras que de conformidad con las segundas, para que un hecho sea considerado causa del daño, debe ser idóneo en sí mismo para producirlo”³⁵. Nuestro LPAG tiende a decantarse por la idea de un daño producido por actividades administrativas con cierta consistencia y características previas (como que tengan directa e inmediata relación con la lesión, y que sean provistas sólo por organizaciones administrativas). Por tanto, aunque extensa y tuitiva en su ámbito, de saque toda actuación administrativa debe tener ciertos grados de idoneidad de cara a la afectación, sin perjuicio que ésta luego -en sí misma- deba gozar de otras características previstas en el numeral 238.4 de la LPAG. Esto nos lleva a pensar que la ratio legis de este capítulo buscaba llamar la atención sobre el funcionamiento administrativo anormal, colocando en posición secundaria al regular. Esta preferencia impacta en la revisión de la materia litigiosa hecha por el Juez, debiendo éste asumir que el funcionamiento normal indemnizable se consolida desde ciertos criterios de referencia para el resarcimiento y un respeto escrupuloso por la discrecionalidad administrativa, con lo cual sus razonamientos deberán tomar en cuenta “las funciones de la responsabilidad. Y si antes decía que es, sobre todo, garantía y control, ahora añadido (...) también seguro y precio. Seguro por el riesgo derivado de ciertas actuaciones inevitables e imprevisibles. Precio por el ejercicio legítimo de ciertas políticas. El riesgo relevante que hay que aceptar puede ser a veces explícito. El precio de la actividad remite a los daños expropiatorios o cuasiexpropiatorios”³⁶. Todos estos criterios previos tienen un objetivo doble: evitar la parálisis futura de la organización condenada y un escape a su ejercicio cotidiano de potestades habilitadas por el ordenamiento.

32 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 256.

33 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 236. Este autor peruano sigue en este punto a la importante reflexión expresada por el profesor español Santamaría Pastor sobre las dificultades para conceptualizar la causa jurídico-administrativa. Vid. Santamaría Pastor, José Alfonso, “La invalidez de los contratos públicos” en Vol. Col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Cívitas, Madrid, 2004, p. 385 y ss.

34 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 471.

35 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 471.

36 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 367.

Por otro lado, la imputación de responsabilidad a la organización administrativa implicará entender que no necesariamente toda intervención de terceros exime a la Administración pública de la posibilidad de resarcir económicamente, el Legislador ha incluido en el numeral 238.2 de la LPAG un concepto jurídico indeterminado -hecho determinante- que deberá aplicado e interpretado de manera prudente y moderada por los Jueces. En estos supuestos, existen verdaderas posibilidades de atemperar la responsabilidad administrativa (por concurrencia o compensación de culpas), incluso de quebrar el propio nexo causal (claro de probarse la calidad y autoría del hecho cometido por un privado)³⁷. Al respecto, un crítico argumento de L. MARTÍN REBOLLO, puso en evidencia que el tipo de casualidad exigible para la responsabilidad objetiva (por riesgos) se convierte en la clave para dirimir los conflictos surgidos alrededor del sistema, pero en particular para resolver supuestos tan escabrosos como los anteriores, más todavía en tiempos como los nuestros donde los conocimientos y datos de diversa índole son abundantes y ultra especializados; por eso, por encima del uso de una palabra de acompañamiento o formales argumentos que adornen la sentencia, hace falta que el Juez ponga mucho empeño en definir la relación de causalidad entre el productor y la afectación cometida³⁸. Todo esto, con mucho mayor énfasis, cuando se pretenda excluir la responsabilidad administrativa.

En conexión con lo anterior, siguiendo el mismo elemento conceptual y aristas del “hecho determinante” del numeral 238.3 de la LPAG, resultaría más claro el supuesto de exención del riesgo cuando la imputación directa y total del daño sea atribuible al propio administrado afectado, sin posibilidad alguna de poder trasladar, o esgrimir recodos de relación con actuaciones administrativas. Por tanto, la culpa de la víctima debe ser valorada y subsumida por el Juez como el presupuesto causal entre los hechos y las consecuencias patrimoniales negativas acaecidas. Entonces, estamos nuevamente ante la quiebra del nexo causal por concurrencia o compensación de culpas. En el mismo sentido, un par de ejemplos de estas situaciones, provenientes de la jurisprudencia española, podrían ayudar para dar mayores luces sobre este tema: así puede eliminarse la responsabilidad patrimonial por el suicidio de un detenido en una celda policial (STS de 18 de mayo de 2002), aunque en este caso se haya discutido abiertamente la culpa in vigilando y negligente custodia del preso; en segundo término, la explosión de un depósito de gas por descuido comprobado del particular (STS de 25 de enero de 1992)³⁹. En estos dos casos, el argumento principal para consolidar la indemnidad es la prueba hecha por la organización administrativa involucrada, de que sus actuaciones se desplegaron normalmente (sean de guardia policial, fiscalización o inspección), sin errores u omisiones, tal como lo había efectuado anteriormente en otros casos de similar naturaleza o condición.

Una especificación más sobre la imputación jurídica. No basta con que el daño pueda ser endosable –a priori- a la Administración pública, resulta necesario que en cualquier caso esta lesión, sea en funcionamiento normal o anormal de las actividades administrativas, so pena de extender irregularmente la capacidad tuitiva de la responsabilidad objetiva hacia supuestos que no se incardinan en el servicio público; sea causada por un empleado público “realizando una actividad relacionada con el servicio, pues de otro modo no sería el servicio el que creara el riesgo, sino un sujeto particular; y ya se visto que sólo se puede imputar daño a aquel que ha creado el riesgo cuya realización ha causado el resultado lesivo. Por esta razón, no se imputan a la Administración los daños que los agentes públicos causen cuando actúen con desconexión total del servicio. Los daños que se imputan a la Administración son aquellos que derivan de la realización de los riesgos propios de los servicios públicos, por lo que si falta este elemento, la mera pertenencia formal del causante del daño a la organización administrativa no dará lugar a la responsabilidad de ésta”⁴⁰.

Un punto aparte que merece ser analizado es la regla introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, mediante la cual se reforma íntegramente el numeral 238.3 de la LPAG, preceptuándose la obvedad de que la declaratoria judicial o administrativa de nulidad de un acto administrativo “no presupone necesariamente derecho a la indemnización”. Y digo esto, porque la nulidad genera un efecto inmediato, determinado por el vicio jurídico transcendente y grave, subsumido en una causal legalmente establecida y que ha quedado demostrado en la estructura del acto anulado; esto es su expulsión y la destrucción completa de todos los efectos que ha producido, imposibilitándose la emisión de otros nuevos. En suma, la nulidad declarada

37 Cfr. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 125.

38 Cfr. Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 346.

39 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 473.

40 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 152.

oficialmente por la autoridad competente, en tanto, el más enérgico instrumento de respuesta y remedio ante un acto inválido, permite el surgimiento efectivo de la máxima *quod nullum est nullum effectum* productum y la liquidación de la presunción de validez de éste (el principio de legalidad prima por sobre la estabilidad de las relaciones jurídicas y la seguridad jurídica)⁴¹. De ninguna manera, con la emisión de una declaración judicial o administrativa anulatoria, podría justificarse que el vicio invalidante produce una lesión contra un privado, con lo cual el nexo causal quedaría reservado para otro tipo de revisiones y probanzas que miren directamente a este presupuesto. Más aún, no todas las anulaciones pueden producir afectaciones patrimoniales a la esfera jurídica de los privados, porque en algunos casos la materialización de la invalidez de un acto es causada por el mismo administrado o provienen de la práctica de potestades discrecionales habilitadas por el Legislador a la organización administrativa para que conforme directamente el interés público, desde distintas opciones y criterios no necesariamente jurídicos. Al respecto, BLASCO ESTEVE ha destacado que la responsabilidad de la Administración se atenúa en las declaraciones de actos inválidos, restringiéndose sus posibilidades de efectividad por debajo de otros ejemplos como el resarcimiento por lesiones causadas frente a actos materiales o la desviación del poder, no siendo posible en estos supuestos llevar hasta sus últimas consecuencias la concepción objetivista de la institución⁴².

Por tanto, debe entenderse la diversidad de causas y responsables que ocasionan la invalidez jurídica de un acto administrativo, apareciendo esta regla sólo para reafirmar la necesidad de probanzas judiciales a partir de una pretensión autónoma, destinadas a revisar los posibles presupuestos de responsabilidad patrimonial que hemos venido explicando. En ese orden de ideas, considero que los profesores ABRUÑA y BACA han hecho bien, a partir de los alcances de la regla establecida en el numeral 205.1 de la LPAG, en puntualizar que “esta previsión general de la obligación indemnizatoria debe ser matizada, pues únicamente debe indemnizarse cuando además, el particular no tenga el deber de soportar el perjuicio. Así, por ejemplo, ha de distinguirse entre la pérdida “subjetiva” de las condiciones que justificaron la emisión del acto, que generalmente no será indemnizable, y la pérdida “objetiva”, que si lo será”⁴³.

Para cerrar este acápite, quisiera presentar una pieza conceptual que merece especial atención por impactar en el cauce (jurisdiccional) donde se definen los elementos antes vistos y la posibilidad consecuente de resarcir a un afectado; ésta es el principio de unidad jurisdiccional. La figura mencionada se desprende de la propia configuración del régimen de responsabilidad administrativa reconocido en la LPAG y de la pretensión procesal de más reciente aprobación preceptuada en el incorporado numeral 5 del artículo 5 de la LPCA, produciendo la obligación de que cualquier supuesto que se convierta en materia judicializada, deba ser ventilado -de manera exclusiva- en la sede contencioso-administrativa, salvo “la sola excepción de la jurisdicción penal cuando la responsabilidad civil deriva de un delito cometido por funcionarios; supuestos en el que la responsabilidad de la Administración es sólo subsidiaria”⁴⁴. Podría afirmarse la existencia de una excepción más al principio de unidad jurisdiccional, puntualmente cuando la organización administrativa, previa aceptación regulada por Derecho administrativo, se desprende de sus potestades y privilegios (*ius imperium*) para desenvolverse como un privado más sometido al Derecho común, claro en estos casos este sujeto se liga al sistema de responsabilidad civil del Código Civil, pero no por razones “ontológicas” (de naturaleza originaria), sino más bien porque existe un acto administrativo que permite y fundamenta la transformación temporal o casuística de la Administración en un sujeto de naturaleza privada. Por tanto, la unidad del fuero procesal no se desintegra de ninguna manera frente al caso presentado, por el contrario se reafirma, ya que todas las actuaciones administrativas de la organización administrativa, en tanto organización del Poder Público, podrían ser sometidas a su cauce jurisdiccional natural (el contencioso-administrativa), con la finalidad de revisar si producen afectaciones patrimoniales contra los administrados.

41 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “La Ley 27444 y la mal llamada nulidad de pleno derecho” en Revista Peruana de Jurisprudencia, número 48, 2006, compendio especializado, p. 7 y ss. También de este autor es pertinente revisar su trabajo “La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano” en Vol. Col. *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra, 2007, p. 252 y ss. En la doctrina comparada existen innumerables trabajos sobre esta materia, pero siempre es necesario revisar a Santamaría Pastor, José, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

42 Blasco Esteve, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 34 y ss.

43 Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho administrativo*, pro manuscrito, 120.

44 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 345.

En el mismo sentido al explicado en el anterior párrafo, el profesor L. MARTIN REBOLLO acepta que la jurisdicción civil puede ser competente, no sólo para estas actuaciones residuales e instrumentales de las organizaciones administrativas en las que las afectaciones derivan de “la actividad estrictamente privada y ajena al servicio del funcionario”⁴⁵, sino también para daños ocasionados por empresas públicas de configuración jurídico-privada (sociedades mercantiles) y “cuando la Administración tiene asegurada su actividad y el dañado se dirige contra la entidad aseguradora (...) planteándose la delicada cuestión de quién verifica ab initio la realidad del daño y su extensión (...) Al refugiarse en la técnica aseguradora privada, la Administración no puede pretender evitar una consecuencia derivada de ella en garantía de las víctimas”⁴⁶.

III. ACERCA DE LA DIFÍCIL CONSOLIDACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO Y LA REPETICIÓN JUDICIAL CONTRA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Un punto que merece una reseña separada es la indemnización. El numeral 238.5 de la LPAG -también modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029- ha reconocido que la cuantía indemnizatoria es establecida sobre los hombros del principio de integridad patrimonial, ya que todo daño de origen administrativo debe ser resarcido económicamente (mediante sumas de dinero), a fin de dejar “indemne” el patrimonio de la víctima⁴⁷, no importando la calidad de las lesiones ocasionadas contra ésta, sean materiales o morales, “directas e inmediatas” (daño emergente) o colaterales (el lucro cesante). Frente a esta regla positiva, debo indicar que el Legislador peca por exceso pues no limita el contenido abstracto del mencionado principio mediante algún otro criterio objetivo, razón que obligaría a un operador a ponderar posibles restricciones en pos de generar el montante exacto y equitativo en un pleito judicial. En este caso, cabe reconocer que el damnificado se encuentra prohibido de enriquecerse de manera injusta, merced a una suma indebida de los componentes de la indemnización, o porque el Juez de la causa no tomó en cuenta ciertas prestaciones accesorias económicas o previos beneficios con intención reparatoria otorgados por la Administración condenada. Entonces, la fijación de la cifra final necesita del equilibrio y balance entre dos principios ubicados en las antípodas (integridad patrimonial versus enriquecimiento injusto).

Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta ciertas consideraciones extras sobre la imposición de un monto resarcitorio, asumiendo que varias de ellas se colocan bajo el manto del escueto numeral 238.5 de la LPAG, y algunas otras necesitan de un urgente desarrollo normativo y jurisprudencial (hoy, prácticamente inexistente). En ambos casos, estas cuestiones buscan resolver aspectos prácticos de la imposición de sentencias condenatorias pecuniarias:

- Para la cuantificación económica de daños personales diferentes a los materiales, se necesita crear valores económicos de sustitución introducidos en normas reglamentarias que amplíen de manera efectiva la cobertura del concepto legal “daño a la persona”, con el propósito de generar objetividad y seguridad jurídica en la valoración judicial. En ese orden de ideas, piénsese por ejemplo en la solución justa de un caso real: las víctimas de contagio de virus de VIH en hospitales públicos aparecidas durante la década pasada. Las respuestas para estos hechos que se podrían alcanzar con criterios objetivos como la edad del fallecido, las cargas familiares demostrables, las expectativas o status profesional frustrado, serían importantes y equitativas, al menos de mayor nivel que las actuales. Esto aunque no es ninguna novedad urge ponerlo en práctica, porque en las circunstancias recientes no se nota un rumbo claro.

45 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 353.

46 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 354.

47 Cfr. Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 263.

- Es necesario que el Juez entienda que la “cuantía de la indemnización tiende a evaluarse con mayor generosidad cuando el hecho lesivo sea imputable al funcionamiento anormal del servicio público o a dolo o negligencia grave de los funcionarios que lo presten”⁴⁸.
- Es necesario restringir la cuantía indemnizatoria o incluso no decretarla, cuando aparezcan –respectivamente- supuestos de culpas concurrentes o conductas culpables absolutamente atribuibles a la víctima.
- El proceso de evaluación de los perjuicios efectuado por un Juez, debe tomar en cuenta que no todos ellos se reparan con dinero, siendo indispensable entender la causa de los mismos para establecer cómo debe ser corregidos. Así, no “se reparará igual el daño procedente de un hecho natural (caso, por ejemplo, del establecimiento que se inunda por el alcantarillado) que el procedente de una intervención humana (caso, por ejemplo, del cierre de establecimiento por virtud de sanción)”⁴⁹.
- La integridad de la indemnización incluye la idea de que estas deudas son reales y actualizables (eliminación del concepto de obligaciones dinerarias nominales). Si se quiere son “créditos de valor”. Esto “obliga a fijarlas teniendo en cuenta no el momento en que se produjo la lesión y se hizo posible su reclamación, sino el momento actual en el que la indemnización es efectivamente pagada. Se le pone así a cubierto al lesionado de los perjuicios ciertos que le seguirían de una valoración en tiempo pasado por efecto de la rápida devaluación monetaria y de los enormes retrasos con que los Tribunales efectúan sus tasaciones y las ejecutan”⁵⁰. Ahora bien, podría alegarse –desde una interpretación meramente mecánica- del actual numeral 238.5 de la LPAG que nuestro ordenamiento no acepta esta postura, peor si quedó derogada la antigua norma que indicaba que “la cuantía de la indemnización (...) se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo”, según expreso mandato del artículo 1 del Decreto Legislativo 1029. Aunque el propósito del Legislador haya sido hacer pervivir el carácter nominal, cosa que sería muy discutible porque se opone al principio repetidamente expuesto de la norma legal vigente y a otro básico que rige esta materia: la garantía patrimonial⁵¹, no puede dejarse de lado -en esta respuesta- al resto de elementos del régimen de responsabilidad administrativa que lo tipifican como un sistema general capaz afrontar la reparación integral del damnificado. No creo, ni es equitativo, que al privado se le pueda ofrecer una sentencia justa que reconozca la afectación pero sólo resarza económicamente los montos calculados en versión pasada e irreal. Esto no se condice con la estructura y fines queridos por el Legislador en la LPAG, ni con el principio de acceso a la justicia material que debe guiar a la Judicatura nacional, y, en último término con la regla general adjetiva contenida en el artículo 43 de la LPCA de que la Administración condenada “está obligada al pago de los intereses que generen el retraso en la ejecución de la sentencia”.
- Es necesario que la conformación de las sentencias condenatorias tengan impregnada los alcances del principio de legalidad presupuestaria, al menos en cuanto a la perspectiva de que existe un procedimiento administrativo de gasto y pago en el que “el presupuesto continúa siendo el límite de actuación y de organización”⁵² de los fondos públicos asignados particularmente. Sin embargo, de nuevo con el equilibrio para evitar la deformación de las instituciones, así la Ley presupuestaria sea habilitadora y límite ex post del financiamiento público (incluido el necesario para los créditos administrativos), constituyendo un verdadero presupuesto de validez jurídica para todas las ac-

48 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 263. (Las cursivas son nuestras).

49 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 264.

50 Jiménez Lechuga, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho español*, p. 264.

51 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 233.

52 Villar Palasí, José Luis, “La dinámica del principio de legalidad presupuestaria” en *Revista de Administración Pública*, número 49, 1966, p. 10. En igual dirección a lo manifestado en el párrafo principal, cabe recordar el valor y alcance de la Ley de Presupuesto, asumiendo que ésta es “una norma periódica típicamente autoritativa en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario”. *Vid.* Cea Egaña, José Luis, “Sobre el principio de legalidad presupuestaria” en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 19, número 3, p. 425.

tuaciones correspondientes, esto no significa que ex profeso la organización administrativa pueda desconocer el valor “de una situación jurídica perfecta por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario”⁵³. Es decir, aunque existan topes máximos para gastar, las sentencias firmes no pueden dejar de ser efectivas tras la rigidez y fortaleza de la legalidad presupuestaria activa.

- Un reflejo de lo anterior es lo que sucede en la ejecución de sentencias del contencioso-administrativo. Bajo, el esquema de límites presupuestarios y cumplimiento de los mandatos judiciales, agregado al privilegio de no ser compulsada en sus bienes de dominio privado hasta por seis meses ante incumplimientos sucesivos, la organización administrativa se rige por una escalera gradual de supuestos para ejecutar resoluciones que contienen obligaciones pecuniarias impuestas judicialmente, a partir de lo preceptuado por el artículo 42 de la LPCA y el Decreto Supremo 175-2002-EF, entendiéndose que la cuantía indemnizatoria es el criterio que va activando las fases sucesivas de ampliación presupuestaria cuando el pliego específico no puede cumplir con estas cifras monetarias, pudiendo “destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por (...) recursos ordinarios (...) con cargo a la Categoría del Gasto 5 Gastos Corrientes, en el Grupo Genérico 3, Bienes y Servicios” de esta fuente de financiamiento (ver, respectivamente, el numeral 42.3 de la LPCA y el artículo 2 del Decreto Supremo 175-2002-EF).
- El casuismo que empapa el sistema objetivo de responsabilidad administrativa, aunque todavía no lo vivimos de una manera plena, merece una reflexión adelantada pensando en lo que nos tocará afrontar tarde o temprano. Puntualmente, merece pensarse el alcance del sistema, a partir de la especificación concreta de que daños podrían ser indemnizables dentro de un marco normativo plagado de conceptos jurídicos indeterminados (como funcionamiento anormal, lesiones que “el administrado tiene el deber jurídico de soportar”, etc.), los cuales quedarán siempre bajo una posible decisión subjetiva del Juez. Es decir, sin mucho apremio, podrían existir varias visiones sobre cuál es el correcto desenvolvimiento administrativo, con diferentes estándares planteados por cada magistrado competente. Frente a este panorama, hace falta potenciar al máximo la actuación de medios probatorios y, en un futuro no muy lejano, sería indispensable contar con parámetros legislativos que fijen desde varios aspectos (económicos, políticos o sociológicos) “cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”⁵⁴.
- Con lo expuesto en la anterior consideración volveríamos al planteamiento inicial, si el régimen de riesgo administrativo es objetivo necesita –al costado- de razones concretas que delimiten su contenido muchas veces gaseoso, más si se van a utilizar fondos públicos en la plasmación de los posibles resarcimientos. Esto es un imperativo ineludible para afrontar el futuro de la institución. Sobre el particular, algunas interesantes críticas han sido planteadas por el profesor PANTALEÓN, cuándo se refería a estos apotegmas indeterminados, frente a los que cabría una forma de introducción de culpa en la actividad del agresor, logrando así una atenuación del sistema frente a senderos que –mal llevados- podrían ocasionar el colapso de la hacienda pública y la parálisis de las organizaciones administrativas: “el perjudicado deberá soportar el daño producido como consecuencia del funcionamiento de un servicio público cuando resulte simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que deba soportarlo. Algo parecido –se notará- a la obviedad de que el perjudicado por la Administración deberá soportar el daño siempre que la Administración no tenga que indemnizarlo (...) A ver si hay suerte, y acaban por pensar que lo razonable es, como regla, que el perjudicado debe soportar el daño si no hay culpa imputable a la Administración titular del servicio (...) Pero, ¿y si no hay suerte, habida cuenta de lo que los jueces del contencioso-administrativo han venido tomando durante más de cuarenta años como dogma de progresista? (...) ¿No es preferible admitir que la regla general tiene que ser de que esa responsabilidad exige la culpa (no necesariamente localizada en una persona identificada) de la Administración demandada, sin ocultarla vergonzosamente bajo capas como la antijuridicidad del daño o la causalidad administrativa, estableciendo al propio

53 Villar Palasí, José Luis, “La dinámica del principio de legalidad presupuestaria”, p. 17.

54 Martín Rebollo, Luis, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y tres reflexiones”, p. 365.

tiempo de la Ley una forma explícita y taxativa los casos de responsabilidad objetiva que deben exceptuar aquella regla general?”⁵⁵.

Dejando de lado la teoría sobre la indemnización, quisiera pasar al segundo tema de este acápite referido a la acción de repetición judicial prevista en el numeral 238.6 de la LPAG, incoada por parte de la organización administrativa en contra de los empleados públicos que hayan sido considerados -judicial o administrativamente- como directos responsables de la afectación patrimonial causada. Todo esto, luego de que la organización administrativa condenada por los Tribunales haya pagado la indemnización prevista a favor de los administrados damnificados. Debe entenderse que la responsabilidad civil aplicada sobre la relación Administración – empleado público tiene dos vertientes, una de las cuales sería la aludida, la segunda faceta que no revisaremos en este trabajo sería aquella por la que “la Administración puede dirigirse directamente contra el funcionario cuando éste ocasiona daños y perjuicios a los bienes y derechos del Estado”⁵⁶. Entonces nos centraremos en desenredar la responsabilidad civil en vía de regreso de los empleados públicos como ámbito que complementa el impedimento de demandar directamente por daños a cualquiera de éstos, ya que las lesiones en el esquema de riesgos explicado siempre serán imputables a la Administración, siendo este Poder Público el encargado de cubrir –en primera instancia- las actividades u omisiones atentatorias de su personal⁵⁷.

La justificación conceptual que impide la demanda por responsabilidad extracontractual bajo los términos del párrafo precedente, se puede encontrar en las fórmulas de imputación que antes habíamos resumido. Cuando se atribuye un daño antijurídico a la Administración, ésta debe hacerse responsable de éstos así existan suficientes elementos para conectarlos con autores materiales pertenecientes a su personal, porque “es la organización administrativa la que ha creado el riesgo de que los funcionarios o agentes de la misma causen daños dolosa o imprudentemente; riesgo; que, al tener la consideración de jurídicamente relevante, permite atribuirle los resultados lesivos que la materialización del mismo ocasionen (...) el riesgo que ha creado la Administración es simplemente que sus funcionarios o agentes puedan causar daño dolosa o imprudentemente, por ello, si este riesgo se materializa y se produce el resultado lesivo, la Administración, en tanto que cocausante del daño (...) deberá responder por el mismo; pero no soportando en su patrimonio los perjuicios causados, sino asegurando a la víctima la indemnización”⁵⁸.

Siguiendo la línea trazada, la posición de garante de la Administración permite el pago de un resarcimiento en cumplimiento de una sentencia condenatoria, pero también abre la discusión acerca de si necesariamente en todos los casos este Poder público debe actuar contra sus empleados responsables de la lesión. En otros términos, si el inicial principio de irresponsabilidad de los agentes físicos debe ser quebrado siempre, o acaso existen algunas causales puntuales que exoneren de esta acción de regreso, o si necesariamente debe exigirse una cuantía idéntica a la pagada a la víctima. Considero que las relaciones de servicio que unen a ambos participantes son las únicas que pueden establecerse como base fáctica de estos supuestos, siendo distintas y autónomas a las mantenidas entre la organización administrativa y los ciudadanos⁵⁹. Adicionalmente, estamos, por mandato y densidad normativa del numeral 238.6 de la LPAG, en medio de una auténtica potestad discrecional de la Administración para incoar o no una litis judicial contra los responsables personales (la palabra “podrá” es un signo inequívoco de atribución este tipo de competencias), la cual nada tiene que ver con definirla de saque como obligatoria o potestativa, por el contrario la habilitación de este tipo de funciones nos acerca a mirar las razones que justificarían su práctica o descarte en cada caso concreto, dentro de las cuales necesariamente deberán ser valoradas algunas cuestiones no sólo jurídicas, sino económicas, sociológicas, políticas, etc. Por tanto, los motivos de su ejercicio son los realmente importantes para decidir lo mejor para el interés público, establecidos necesariamente en el marco de una relación de imputación propia del empleo

55 Pantaleón Prieto, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas) en Vol. Col. *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 440 y ss.

56 Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración” en *Revista de estudios de la vida local*, número 177, 1973, p. 2

57 Cfr. Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, p. 10.

58 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, pp. 162-163.

59 Cfr. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. p. 17.

público (incumplimiento de deberes en la relación de servicio), debiendo quedar éstos enmarcados de manera ineludible en una serie de “criterios de ponderación a la hora de exigir la responsabilidad”⁶⁰.

Puestos así los elementos, la respuesta frente a la obligatoriedad y alcance monetario de la acción de repetición es depende, siendo necesario que la respectiva decisión sea llevada en medio de las relaciones de empleo público y tamizadas bajo los “criterios de ponderación” establecidos por el numeral 238.6 de la LPAG: “la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio”. Por eso, la acción de regreso debe ser mirada en su justa medida, si como un concepto de “reparto o distribución definitiva interna de la carga indemnizatoria”⁶¹ frente a comprobadas responsabilidades personales que, de quedar impunes, afectarían el caudal patrimonial público; no como un utensilio mecánico de recuperación de un crédito (casi comercial, en el que la Administración persigue a su personal para resarcirse de todo y ante cada resolución judicial desfavorable). Nuevamente, es un tema de justificación, prudencia, equilibrio ante extremos y de entender que la exageración traería consigo la hemiplejía administrativa por miedo al error real o inventado⁶².

Pasa algo similar con la cuantificación económica exacta de la vía de regreso, en cuanto a la medida y la necesidad de motivos, ya que ésta se liga a la atribución de responsabilidad personal del empleado público, pudiendo existir supuestos en los que el daño sólo sea parcialmente imputable al actuar profesional o subjetivo de éste, o a las voluntades de varios involucrados en el evento (con diferentes escalas de participación y niveles de responsabilidad, encontrándonos en presencia de la llamada responsabilidad compartida). La imposibilidad de cobrar todo el montante pagado a un administrado no es un caso excepcional, y menos antijurídico, es real y merece atención desde la perspectiva que “la responsabilidad patrimonial tiene una función distinta a la atribuible a la acción de regreso, a la que es ajena la noción de garantía de la víctima”⁶³. Siendo preciso recalcar, como bien indicó MANZANEDO, que “el importe de la indemnización entregada al particular limita la cuantía de la acción de regreso contra el funcionario, teniendo este límite carácter de máximo, por lo que la Administración puede repetir por cualquier cantidad, siempre que sea inferior a dicho límite”⁶⁴.

En otro orden de ideas, sin perjuicio de que su presupuesto antelado sea la efectiva indemnización recaída en la víctima por mandato judicial expreso, es pertinente señalar que en la configuración de la acción de regreso deben concurrir dos requisitos taxativos y enlazados: por un lado, la individualización del empleado causante del daño y, en segundo término, que se haya instruido su dolo, culpa grave o negligencia en la producción de las afectaciones causadas a una víctima mediante un procedimiento disciplinario o proceso judicial, permitiéndose comprobar de manera fehaciente y terminante su responsabilidad subjetiva (profesional). Sobre el primer recaudo, la necesidad de señalar a un causante exacto implica colocar en su justa medida la cobertura de los daños imputables, a partir de revisar si las acciones estrictamente personales del primero, cometidas en medio de la relación de servicio, pueden conectarse y derivar en el daño estimado como antijurídico por los Tribunales⁶⁵. En segundo término, los hechos cometidos por el empleado público

60 Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, p. 17.

61 Morón Urbina, Juan Carlos, “La olvidada atribución de repetir contra los funcionarios causantes de indemnizaciones que el Estado paga ¿Todos somos garantes de funcionarios que actúan ilegalmente? En Revista Actualidad Jurídica, tomo 201, 2010, p. 192.

62 Al respecto, de cara a entender las dificultades de casos fronterizos y la aplicación de la vía de regreso, piénsese por ejemplo en temas como la *obediencia debida*, puntualmente acerca del agente que cumplió cabalmente las órdenes del superior, sin que éstas tengan apariencia de antijuridicidad, no pudiendo ser denunciadas –a priori– ante el órgano de control interno o el Ministerio Público. Ante ellos, ¿podría practicarse sin más la repetición? ¿No sería acaso un modo de exclusión de la responsabilidad personal del empleado de inferior rango? Vid. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. pp. 22-23.

63 Martín Rebollo, Luis, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, p. 17.

64 Manzanedo Mateos, José Antonio, “La responsabilidad civil de los funcionarios del Estado” en Revista Documentación Administrativa, número 82, 1964, p. 44.

65 Cfr. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. p. 20. Este requisito proviene del criterio de ponderación contenido en el numeral 238.6 de la LPAG referido a la probanza que debe tener en cuenta la organización administrativa condenada sobre el agente posiblemente infractor y su “relación con la producción del perjuicio”.

deben ser subsumidos dentro de cualquiera de las tres opciones: culpa grave, negligencia o dolo, para ser probados y resueltos con decisión firme en medio de la tramitación de un procedimiento disciplinario o un proceso judicial de diverso orden (contencioso-administrativa, penal, supranacional, constitucional), es decir en este segundo presupuesto se hace necesario quebrar la inicial indemnidad patrimonial del agente físico, desde la prueba indubitable que el resultado dañoso es grave, bajo responsabilidad profesional (relación de servicio y ejercicio de funciones o tareas públicas) y se ha producido con intencionalidad o bajo presupuestos de culpa o negligencia cualificada. En este contexto, debe asumirse que la vía de regreso, está condicionada a un fallo judicial o acto disciplinario inimpugnable⁶⁶, caso contrario no tendrían valor, utilidad ni sentido real los criterios de ponderación preceptuados por el Legislador y repetidamente mencionados en este acápite del trabajo.

Una mención aparte merece la definición sobre responsabilidad civil de “servidores y funcionarios públicos” establecida por la novena disposición final de la Ley 27785, por la que cualquiera de éstos es responsable por un “daño económico a su Entidad o al Estado (...) sea ocasionado incumpliendo (...) sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve”. Adelantando que esta noción merecería una redacción más pulcra, y que está pensada para la responsabilidad directa del empleado público frente a la Administración, resulta completamente errado considerar que la culpa leve puede ser fundamento para resarcir a una organización administrativa, porque ésta no es factor de atribución de cara a una afectación patrimonial con cierta cualificación e importancia social. Además, de ser francamente desproporcionada e injusta, al no discriminar entre supuestos de funcionamiento regular o irregular y, por ende, al haber abandonado el “riesgo inherente a la actividad profesional de muchas labores burocráticas”⁶⁷. La culpa leve en este supuesto se emparenta a la responsabilidad formal que habíamos adelantado en la primera parte de este artículo. Al respecto, me gustaría ver a los funcionarios de la Contraloría General de la República respondiendo por los actos de control que no respetan ciertos principios o institutos recogidos en la Guía del Auditado, y que causarían el despliegue (innecesario) de los órganos de una entidad administrativa auditada frente a hallazgos de tenue motivación, claro ante la elaboración de estos últimos no existe una voluntad abierta ni negligencia extrema, pero sí un cierto descuido en las labores profesionales, una auténtica culpa leve. Por eso, cuando no se es equilibrado y se olvida las indispensables dosis de racionalidad, las curas frente a las distorsiones administrativas o la corrupción burocrática terminan siendo medios corrosivos de la propia eficacia de esta clase de Poderes Públicos. Ahora bien, sobre este mismo tema, es preciso entender que una definición normativa no genera un sistema o régimen, es sólo un concepto aislado que necesita de otros y de cierta armonía dotada previamente por el Legislador.

IV. REFLEXIONES FINALES ACERCA DE LA CRISIS DE UN SISTEMA OBJETIVO QUE NO TERMINA POR DESPLEGARSE EN NUESTRA REALIDAD Y LA IMPLANTACIÓN DE UN RÉGIMEN HÍBRIDO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA

La fuente española de la que proviene y se nutre nuestro sistema objetivo se encuentra marcada por un desmoronamiento continuo, lo cual ha sido puesto en evidencia por diversos autores, y en nuestro medio ha dado cuenta de manera extensa un reciente trabajo de BACA⁶⁸. Quisiera mostrar algunos de estos argumentos, por cierto bastante esclarecedores, ya que involucran a los propios propulsores de este régimen, que ha pasado de ser una conquista del Estado constitucional de Derecho a convertirse en un lastre para la caja fiscal española y un cuasi-medio de implantación de un “garantismo” bastante irracional.

En primer término, BERMEJO ha indicado que “el reconocimiento incondicionado de la responsabilidad administrativa (...) puede provocar riesgos visibles en la aplicación práctica del sistema en un Estado social, democrático de Derecho (...) La multiplicación incesante de las organizaciones públicas, o de las formas de

66 Cfr. Rivero Ysern, Enrique, “La responsabilidad civil del funcionario público frente a la Administración”. p. 22.

67 Morón Urbina, Juan Carlos, “La olvidada atribución de repetir contra los funcionarios causantes de indemnizaciones que el Estado paga ¿Todos somos garantes de funcionarios que actúan ilegalmente?, p. 193.

68 Cfr. Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 242 y ss.

acción privada en la gestión de lo público, recomiendan un cierto replanteamiento de las fórmulas de responsabilidad administrativa. Éstas se traducen frecuentemente en fuertes indemnizaciones que salen de los presupuestos públicos, sin análisis y evaluación de los auténticos beneficiados por la aplicación del sistema. Por ello, no resulta extraña la tendencia al aseguramiento de las Administraciones públicas en garantía de sus precisas y potencialmente arriesgadas actuaciones para la conformación del orden social. Tal vez sería también indispensable articular un sistema de localización de los auténticos responsables, con el fin de que se diluyan excesivamente las responsabilidades objetivas⁶⁹. Mucho antes, durante la década de los ochenta, el profesor aragonés ponía en duda la viabilidad del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa y mostraba la necesidad de activar un verdadero régimen de regreso contra los responsables personales, cuando mencionaba que la figura “traducida frecuentemente en indemnizaciones económicas que salen del erario público (redundancia, por cierto) hacia los ciudadanos, requiere con urgencia un análisis serio y riguroso, desprovisto de tópicos ingenuos y teorizaciones más o menos románticas”⁷⁰.

A su turno, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, iniciador de los estudios acerca del régimen de responsabilidad por riesgos, en respuesta a una crítica devastadora presentada por PANTALEÓN⁷¹, la cual adelantamos en el acápite anterior (la culpa encubierta tras conceptos indeterminados y las imposibilidades de futuro del sistema), propuso un retroceso en el alcance universal y al barrido de la institución, estableciendo que el mismo se presenta desde la antijuridicidad de corte objetivo aplicada sobre el daño, la cual podría ser imputable a la organización administrativa si es que existe un adecuado criterio de imputación (la culpa en funcionamiento anormal y el riesgo en funcionamiento normal)⁷².

Aunque existen mucho más en la doctrina española, un trabajo relevante de BELADIEZ ROJO, terminó por herir de muerte al régimen cuando incluyó el concepto penal de la imputación objetiva para superar las debilidades de una relación de causalidad (abstracta e imprecisa) que no terminaba por atribuir limpiamente la responsabilidad a un determinado agresor. Es así, que la autora concretiza que “para que un daño pueda imputarse objetivamente a un sujeto jurídico es preciso que la acción causante del daño haya creado un riesgo, y que ese riesgo se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo estos daños la consideración de antijurídicos”⁷³. Con esto, se pretende encerrar el daño antijurídico alrededor del riesgo jurídicamente relevante a fin de imputar “al sujeto causante del mismo, lo que a su vez, va a determinar el deber de indemnizar de éste”⁷⁴.

Como se notará, en el ordenamiento de origen -por decirlo menos- el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa aparece muy golpeado, merced a su despliegue incesante y laxo, lleno de imprecisiones y controvertidos fallos judiciales, que ha llevado a un replanteamiento de la institución y a la búsqueda de una solución, sea como una salida intermedia (introducción de la culpa y otras formas de reconducción concreta de la responsabilidad del agresor) y otras más radicales que propugnan la introducción definitiva de la responsabilidad aquiliana con ciertas adaptaciones a las actividades administrativas, en medio de un país que hasta hace poco era “una de las diez primeras economías del mundo”⁷⁵.

Lo importante de las lecciones foráneas, será repensar en qué estamos y qué queremos, pues nosotros no tenemos los problemas de viabilidad y descubierto de la caja fiscal (por el contrario seguimos viviendo en la ofensiva indemnidad administrativa que oprime a nuestros ciudadanos), ya que simplemente hemos abandonado la aplicación del régimen objetivo implantado en el año 2001 por la LPAG. Pareciera, que la

69 Bermejo Vera, José, *Derecho administrativo básico*, p. 474.

70 Estas alusiones de Bermejo aparecen en el prólogo del libro de Dromi, Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Grouz, Madrid, 1986.

71 Sobre las interesantes críticas de este autor, además del trabajo antes citado, es necesario revisar su artículo “los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas” en *Revista Documentación Administrativa*, números 237-238, 1994, p. 239 y ss.

72 Las partes pertinentes de los trabajos de García de Enterría aparecen recogidos en el artículo de Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, pp. 243-244.

73 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 99.

74 Beladiez Rojo, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 102.

75 Baca Oneto, Víctor, “¿Es objetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el Derecho Peruano? Razones para una respuesta negativa”, p. 247.

crisis de éste nació con la vigencia de la norma, una omisión de los mismos actores físicos que nunca le permitió desplegarse por fuera del texto positivo. Sin embargo, ahora, casi sin entender siquiera su fisonomía, la cercana reforma del 2008 ha desmontado ciertas piezas de la universalización del daño antijurídico, con esto existen más que indicios de un lento virar hacia un régimen híbrido de responsabilidad patrimonial. Sea como sea, lo importante será encontrar la cura ante tanto mal y tanta agresión patrimonial impaga cometidas por nuestras organizaciones administrativas, situación que sigue siendo un lastre de nuestro Estado de Derecho, y que podría remediarse -quizás sin querer y saberlo- con esta mixtura de datos y conceptos que supera los problemas de saque (y demostrados) que tiene la responsabilidad objetiva traída desde España. Es sólo cuestión de aprovechar la oportunidad y practicar realmente lo que tengamos, el resto de beneficios vendrán por añadidura.