

FUNDAMENTOS INDEMNIZATORIOS EN RAZON  
DEL ACTO ADMINISTRATIVO LICITO  
QUE CAUSE DAÑO EN EL PATRIMONIO DEL  
ADMINISTRADO

(Análisis conforme al Art. 38 inc. 2º de la Constitución  
Política del Estado y a consideraciones del Fallo  
de la Excm. Corte Suprema  
“Comunidad Galletué con Fisco”,  
de fecha 7 de Agosto de 1984. Recurso de Casación  
en el Fondo).

OSVALDO OELCKERS CAMUS  
Universidad Católica de Valparaíso  
Universidad de Valparaíso

El artículo 38 de la Constitución Política trata de las Bases Generales de la Administración del Estado y señala en su inciso 2º:

*“Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.*

El constituyente en este inciso 2º del Art. 38, establece dos principios esenciales del Estado de Derecho. Por una parte, reafirma la necesaria existencia de los Tribunales contencioso administrativos, órgano de justicia que van a conocer en términos independientes, de las causas judiciales reguladas por el Derecho Administrativo y en que la Administración Pública sea parte. Y por otra, establece el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado en el actuar administrativo de su organización, cuando en ella hubiese causado una lesión a los derechos de los administrados, sin perjuicio de la responsabilidad directa del funcionario que hubiere causado el daño. En este trabajo nos interesa detenernos en el segundo principio, el de la responsabilidad.

Sin lugar a dudas, se plantea aquí el problema general de responsabilidad jurídica de los entes administrativos y de los funcionarios públicos frente a los particulares. La norma constitucional en este aspecto nos presenta una serie de problemas, algunos de los cuales podrían resumirse en los siguientes:

1. El problema de la Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Que se puede analizar desde los siguientes puntos de vista:

- a) título de la responsabilidad: directa o indirecta.
- b) naturaleza de la responsabilidad: subjetiva u objetiva.
- c) determinación del ámbito objetivo de la responsabilidad.

2. La Responsabilidad Civil del funcionario desde la perspectiva siguiente:

- a) título de la responsabilidad
- b) naturaleza de la responsabilidad.
- c) ámbito subjetivo de la responsabilidad.

3. Los límites existentes entre responsabilidad de la Administración pública y la responsabilidad del funcionario.

4. La relación que existe entre la responsabilidad civil de la Administración y la responsabilidad civil del funcionario.

Estas cuatro situaciones determinan la existencia de dos sujetos eventualmente llamados a responder de los daños causados por la lesión de los derechos de un tercero, imputación que se hace en razón de una actuación administrativa que causa el daño.

Estos aspectos tienen especial importancia, pero existen también otros problemas derivados de esta norma constitucional de responsabilidad pública.

5. El alcance del concepto de lesión sobre los derechos del administrado, y del daño, como fundamentos básicos de la imputación, al sujeto Administración pública - funcionario público, respectivamente.

6. La actuación administrativa, que origina el daño. Que podrá ser por acto administrativo, por ejecución material del acto, por un hecho jurídico de la Administración, o por omisiones de ella.

Estos dos últimos aspectos, referidos a la responsabilidad por actos administrativos lícitos, relacionado naturalmente con los anteriores puntos, será el tema principal de este trabajo. No nos referiremos aquí a los actos expropiatorios —lícitos— establecidos en el Artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, a los que haremos alusión sólo incidentalmente.

Desde la perspectiva señalada podemos afirmar que la responsabilidad de la Administración Pública por la lesión a los derechos de los administrados en razón de actos administrativos, es a nuestro entender una hipótesis que el Art. 38, inc. 2° de la Constitución Política, considera plenamente efectiva, al señalar en su texto sólo el resultado de una actuación, "*la lesión a los derechos*", sin distinguir si ella proviene de actos, hechos u omisiones, con lo cual se entiende la vigencia constitucional de este tipo de responsabilidad.

Así pues, la responsabilidad de la Administración Pública surge en razón de los daños que ella causa en las actividades que desarrolla y que recaen en los administrados, daños que no tiene por qué ser soportados por el patrimonio de éstos. Pues bien, gran parte de estos daños son producto de actos administrativos que se interponen entre la Administración y el daño causado en el patrimonio del administrado. Naturalmente el objetivo final de quien soporta dicha carga será el demandar el reestablecimiento de su posición patrimonial a través de la indemnización de daños y perjuicios pertinente, situación que se constituye como ordinaria en las pretensiones procesales contra la Administración Pública.

Estos actos administrativos que originan la responsabilidad de la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, según de donde ella provenga, todos condensados en la denominada responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, pueden deberse tanto a actuaciones regulares o legales, como a actuaciones irregulares o ilegales. O sea, es posible que la responsabilidad surja por actuaciones lícitas, como por actuaciones ilícitas de la Administración Pública y ellos se debe a que la Constitución en su Art. 38 inc. 2°, no ha considerado a los elementos de ilicitud y culpa para constituir la institución de la responsabilidad pública y se apoya en su nuevo criterio, que "*es el de la lesión*". Por lo tanto, cabe una actuación lícita que, sin embargo, ocasiona lesión en el patrimonio de las personas y origine responsabilidad.

La lesión, la entendemos como un perjuicio antijurídico en sí mismo, perjuicio que el administrado, titular de un patrimonio no

tiene el deber jurídico de soportar, aunque la organización o el agente que lo ocasione obre con toda licitud. La característica antijuricidad se traslada de la acción u omisión del órgano o de la conducta del agente, al patrimonio del administrador, sujeto-persona que ha sido dañado.

El perjuicio que en dicho patrimonio se cause, será justo o injusto según la existencia o no de causales de justificación en la acción de la organización pública o conducta del agente que actúa y a quien se le imputa el causar un perjuicio, causas de justificación que deben ser expresas y concretas y que irroguen un título que legitime el perjuicio.

Por otra parte, el acto administrativo lícito tendrá como causal de imputación del daño a la Administración cuando éste sea incidental respecto de la actuación administrativa, o sea, cuando ésta se dirige a un objeto sustantivo resultando indirectamente una lesión patrimonial a un administrado. En cambio, en el caso de los actos administrativos ilícitos, la causa de imputación del daño a la Administración es justamente esa ilicitud de relación directa entre el acto y la norma jurídica que regula esa actuación. En definitiva la licitud o ilicitud del acto dañoso son meras causas, formas o modos de imputación del daño a la Administración. La licitud o ilicitud del acto administrativo no determina por sí solo la responsabilidad y por lo tanto el derecho al resarcimiento, sino que ellas y especialmente la ilicitud, en donde se ve más claramente la situación, exigen inevitablemente una lesión a los derechos de la persona, o sea, al patrimonio de ella.

En razón de lo anterior, a nuestro entender la responsabilidad de la Administración Pública establecida en el Art. 38 inc. 2º de la Constitución Política, deriva de toda lesión producida a los particulares, entendida como perjuicio antijurídico, que éstos no tienen el deber de soportar por no existir causas de justificación del daño, sea que ellas provengan de hechos o actos administrativos lícitos o ilícitos.

### *La Responsabilidad por actos administrativos lícitos*

Como se ha señalado, a nuestro entender el Art. 38 inc. 2º de la Constitución Política permite la existencia en Chile de la responsabilidad de la Administración por actos administrativos, lícitos como

ilícitos, además de la ya tradicional responsabilidad por hechos u omisiones que no trataremos aquí. Respecto del primer punto, la Constitución Política en este Art. 38 inc. 2º, consagra un principio general de garantía patrimonial de los administrados y que puede ser invocado frente a cualquier tipo de lesión antijurídica a sus derechos aun cuando dicha lesión sea causada por actuaciones lícitas o normales, de los órganos de la Administración Pública.

Entendemos pues, que la responsabilidad de la Administración Pública, cabe por actos lícitos que ella dicta, en razón a que el fundamento jurídico constitucional de la responsabilidad está dado por el concepto de *lesión*, en cuanto perjuicio antijurídico que el perjudicado no tiene el deber de soportar.

Consideramos que el concepto de lesión a los derechos de la persona en nuestra Constitución Política alcanza una amplitud tal que es posible referirla a lesión en la persona propiamente tal, la lesión a los bienes, lesión al patrimonio, lesión que se produce a consecuencia del buen o mal funcionamiento de la organización pública y la noción de indemnización por lesión patrimonial. No se hace pues en la Constitución alusión a actuación lícita, ilícita, culpable o negligente de la Administración, sino que es la lesión patrimonial el centro en que se hace recaer responsabilidad extracontractual del Estado Administrador. Por otra parte, la lesión es producto de una actuación administrativa, situación que se refiere a un funcionamiento de ella el que podrá ser normal o anormal. Así pensamos se debe entender la responsabilidad de la Administración Pública en cuanto que ella es posible referirla a los actos lícitos, puesto que ellos también pueden producir lesiones, o sea perjuicios indemnizables. Debemos señalar sí que los conceptos de legalidad o ilegalidad juegan un rol importante a efectos de determinar los alcances de la responsabilidad pública en cada caso.

En relación a los actos administrativos lícitos que generan responsabilidad debemos señalar que en ella el supuesto debe ser el hecho que no hay un acto directamente dirigido a causar daño o lesión, sino que éste se produce incidentalmente en relación con la finalidad del acto. Llama la atención en este sentido el fallo de la Corte Suprema en Recurso de Casación en el Fondo "Comunidad Galletué con Fisco", sobre prohibición estatal, por Decreto Supremo 29/76, Ministerio de Agricultura de explotación de la Araucaria Araucana, fallo del 7 de agosto de 1984.

El fundamento jurisprudencial para otorgar la indemnización, por actos lícitos, se basa aquí en la limitación al dominio por vía de un acto administrativo que no hizo sino poner en ejecución una ley de protección a la fauna y flora, por lo tanto lícito, en relación con una especie determinada, la araucaria. La ley autorizó el imponer una limitación al derecho de dominio, no se trata de una expropiación, pero tampoco se debe excluir la posibilidad indemnizatoria por esa limitación del acto administrativo lícito al derecho de dominio.

El fundamento del fallo en lo que se refiere a la acción de indemnización de perjuicios se da en base a la equidad y la justicia, aun ante la falta de ley específica, y no siendo por lo tanto, equitativo el sacrificio que ellos soportan en beneficio de la generalidad. Se vuelve de esta forma a una ya antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo "Lapostol con Fisco" del año 1930.

La responsabilidad del Estado, señala el fallo en su considerando Nº 13, letra d) puede surgir de actos lícitos el declarar como válido el Decreto Supremo Nº 29/76, porque se basa en la ley y es intrascendente su eventual ilicitud como fundamento de responsabilidad, puesto que lo que la Constitución protege es el patrimonio de los titulares del derecho, en este caso de dominio y se debe la indemnización de perjuicio cuando exista lesión sobre ese patrimonio. Así pues, concluimos que el deber de reparación surge como consecuencia de una lesión patrimonial, producto de situaciones derivadas de un hecho jurídico dañoso que se presenta como irreversible e independiente de la propia Administración. Lo que hace el acto es declarar monumento natural a la Araucaria, legalmente no produce directamente el daño, sino que surge incidentalmente respecto de algunos afectados con la medida, puesto que ella implica su no explotación. No hay aquí tampoco un procedimiento para la producción del daño (como sería en la expropiación) sino que éste se produce de modo indirecto en relación a la finalidad pretendida por el acto.

*Fundamento para que un acto administrativo lícito genere responsabilidad.*

Se debe tener presente que los actos administrativos gozan de la presunción legal de validez, producto del mandato imperativo del principio de legalidad establecido en los Arts. 6 y 7 de la Constitu-

ción. En razón de ello, una lesión patrimonial producida por acto lícito puede considerarse que debe ser soportada por el administrado.

Por el contrario, si el daño es producido por un hecho jurídico imputable a la Administración, no se produce esa presunción de validez, dado precisamente a la inexistencia de acto administrativo que lo contemple u ordene y le preste dicha presunción. Se trata por lo tanto de determinar en el caso de actos administrativos lícitos, qué fundamentos determinan el daño o lesión antijurídica que haga surgir la responsabilidad de la Administración y por lo tanto la indemnización.

Ya hemos establecido el marco de lo que debe entenderse por lesión; perjuicio antijurídico que el particular dañado no tiene el deber de soportar. Hemos señalado que la antijuricidad se traslada desde la conducta subjetiva del agente u organización pública al dato objetivo del patrimonio dañado. Por otra parte, agregamos que el perjuicio es justo cuando existen causas de justificación en la actuación a quien se le imputa el perjuicio, causa de justificación que debe ser expresa y concreta y que consiste en un título que legitime el perjuicio. Ej.: la ejecución de una sentencia, la exacción de un impuesto o cualquier otra obligación impuesta por la ley. Por último hemos establecido la independencia entre lesión indemnizable y actuación lícita o ilícita de la Administración.

Ahora bien, un fundamento, teniendo en consideración lo ya dicho, en cuanto que un acto administrativo lícito es indemnizable, lo podemos encontrar en el denominado sacrificio especial. Especial en cuanto que es particularmente intenso, grave y por lo tanto no exigible al administrado. Es este fundamento a nuestro entender el que en ocasiones lleva al legislador a conceder una indemnización por acto lícito, como en el caso del 41 N° 8 de la Constitución Política y Art. 17 y 19, de la Ley 18.145 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, al tratar de los actos de requisición o de cualquier limitación al derecho de propiedad lícito que darán lugar a la indemnización.

Puede pensarse pues que este criterio sirve para fundar la responsabilidad de la Administración al determinar si existe o no lesión en el patrimonio o derechos de la persona. La actuación administrativa es lícita pero origina un sacrificio especial no exigible.

Desde otro punto de vista, se ha entendido por parte de la doctrina que en principio, el uso de la legítima potestad administrativa

no puede causar daños o perjuicios. Al respecto debemos señalar que los conceptos de potestad y daño se encuentran en posiciones diferentes. Así pues la potestad deriva del ordenamiento jurídico, no recae sobre objetivos específicos, sino que tiene el carácter de genérica, es la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos al ejecutarla en una futura relación. El daño supone una relación jurídica concreta en razón de la cual se produce el daño y que es producto del ejercicio de la potestad. Por lo tanto, potestad y daño se encuentran en diferentes niveles y por lo tanto no son oponibles. Por otra parte, existen potestades que obligan a la indemnización por los daños que causan como por ejemplo en la potestad expropiatoria que no se entiende como institución jurídica si no trae agregada la correspondiente indemnización por el despojo patrimonial que ella implica. Por lo tanto, en razón del ejercicio de las potestades, el administrado debe soportarlas sin que pueda sustraerse a ellas, pero no está llamado a soportar sin indemnización las consecuencias dañosas para su patrimonio en razón de ese ejercicio legítimo. En este caso, un uso legítimo de la potestad por funcionamiento normal de la Administración da lugar a la indemnización en razón del daño causado. Por ejemplo en la requisición o limitación de derechos del Art. 41 N° 8 de la Constitución Política y Art. 17 y 19 de la Ley 18.145, Orgánica Constitucional de Estados de Excepción.

Ahora bien, es posible sí que una determinada potestad administrativa específica excluya expresamente la resarcibilidad de los daños que causa pero no puede establecerse éste como principio general. Se trata aquí de una potestad administrativa atribuida por el ordenamiento con título legítimo que permite imponer el daño como no indemnizable. Esta situación se refleja especialmente en el ejercicio de la potestad de policía, en donde el sacrificio se impone de modo genérico y abstracto en todos aquellos que son los afectados por una norma jurídica limitativa. Ej.: Retiro del comercio de productos en mal estado.

En estos casos los particulares sufren un perjuicio pero deben soportar la intervención administrativa. No hay aquí una lesión antijurídica. A nuestro entender, para que opere la indemnización es necesario que el daño sea individualizado y atente contra la equidad, afectando al administrado en forma injusta y desigual, lo que no ocurre en los daños que son productos de cargas en razón

de posiciones jurídicas especiales. Por Ej.: También cargas a concesionarios a soportar una decisión administrativa de poner término a la concesión por razones de interés público. En definitiva cuando no existe daño *merecido*, la equidad sufre y debe ser indemnizado; cuando el daño es merecido y en razón de norma jurídica, no debe ser indemnizado.

Los daños así causados por el ejercicio de la potestad de policía no son indemnizables bajo el supuesto que existe una actividad legítima. Cuando la actividad es ilegítima, producto de una falta grave, culposa, da lugar a la responsabilidad. Se puede señalar sí que la actividad lícita, producto del ejercicio de la potestad de policía, da lugar a la indemnización cuando existen causas o propósitos especiales, circunstancias extraordinarias que obligan a actuar causando daño no merecido. Ej.: Orden de demolición de un inmueble intacto para detener un incendio.

De lo anteriormente señalado, aparece claramente que la noción de *sacrificio especial* es la determinante para los efectos indemnizatorios. Es este criterio material el que afirma cuando el daño es indemnizable. El sacrificio general no es pues indemnizable en razón a que la actuación administrativa no sacrifica especialmente los bienes y/o derechos de las personas, teniendo éstas que soportarlo a causa de su generalidad. Tampoco será indemnizable el ejercicio de una potestad atribuida por el ordenamiento cuando ella obliga expresamente a soportar el daño sin que exista sacrificio especial. Ej.: Efectos de la potestad disciplinaria.

### *El Sacrificio especial*

La noción de sacrificio especial a nuestro entender el sustrato en donde se basa la existencia de la responsabilidad por actos lícitos de la Administración Pública.

Siendo la actuación administrativa lícita, el concepto de "*lesión*" del Art. 38 inc. 2º de la Constitución Política se concretaría en esta noción de sacrificio especial, grave e intenso y si no existieren causas de justificación del daño, no debiendo el administrado soportarlo, procede la indemnización por los perjuicios causados. Se justifica la aplicación de este principio en razón de la ruptura del principio de igualdad ante la ley, expresado aquí en la igualdad ante las cargas públicas que en un caso específico y determinado,

debe permitir al ordenamiento jurídico o a la jurisprudencia, aplicar estos principios y acordar la completa indemnización por el daño o trato injusto y no equitativo sufrido por la persona.

El sacrificio especial significará que la carga pasa de ser general a especial, o individual, que sea un sacrificio excesivo, grave o desigual, o sea, que se expresa el daño con una gran intensidad individual, daño que deberá ser efectivo, evaluable económicamente y producto de una relación causal para su resarcibilidad.

Es en definitiva el principio de sacrificio especial el fundamento esencial del daño indemnizable cuando la actuación administrativa sea conforme a derecho y siempre que no existan causales de justificación del daño expresadas en el ejercicio de potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico.

En relación a la indemnización por el daño, debemos señalar que existen un conjunto de derechos que nacen a la vida jurídica de un modo limitado. Son las leyes las que de alguna forma le fijan una serie de límites a los derechos de las personas. Son límites que existen dentro de su contenido y por lo tanto se constituyen como cargas anexas al propio derecho y que per se no pueden dar lugar a compensaciones cuando se exigen. En un correcto sentido no puede aquí hablarse de daño, el que ocurre si hay detrimento de una situación jurídica protegida y previamente existente. En razón de estas limitaciones el derecho nace disminuido y no sufre detrimento después de ese nacimiento. Ejemplo de lo anterior es la limitación al derecho de propiedad que deriva de su función social de acuerdo a la ley. Art. 19 N° 24 inc. 2° Constitución Política.

Pero hasta dónde podemos extender ese contenido limitatorio. En el ejemplo, hasta donde alcanza la noción función social de la propiedad y cuando se va más allá de ese límite ¿surge o no responsabilidad por la lesión que se produce de ese derecho?

Como solución, creemos que debe ser el ordenamiento jurídico el que señale tales límites, tomando como marco general la existencia de límites inherentes al contenido derecho. Como lo señala el Art. 19 N° 24 inc. 2° de la Constitución Política, la función social del derecho de propiedad se enmarca dentro de los conceptos jurídicos indeterminados de interés general de la Nación, seguridad nacional, utilidad y salubridad pública y conservación del patrimonio ambiental. Así pues estos elementos, conjuntamente con los principios de igualdad del Art. 19 N° 2, Constitución Política; libertad

del Art. 19 N° 7 inciso sexto; la igual repartición de las cargas públicas del Art. 19 N° 20; la expropiación como fórmula ordinaria de carácter administrativo para la adquisición del dominio de los bienes por la Administración del Art. 19 N° 24; la requisición de bienes seguida de indemnización del Art. 41 N° 8; las limitaciones al derecho de propiedad indemnizables cuando importe privación de los atributos del dominio causando daño, del Art. 41 N° 8 de la Constitución Política; y el propio Art. 38 inc. 2 de la Carta fundamental que comentamos, son elementos a considerar para determinar esa frontera de los límites legales por la limitación del derecho, cuyo traspaso origina indemnizaciones por la lesión al derecho de las personas que se ha violado.

En definitiva es aquí también el sacrificio desigual, dentro de este contexto, el que debe ser compensado, puesto que de otro modo se atentaría contra la norma constitucional su espíritu y su propio contenido material.