

Cristián A. Román Cordero \*

# La Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado y su Necesaria Modelación Legal en Base a la Enumeración y Delimitación Conceptual de sus Presupuestos

## I. Generalidades<sup>1</sup>

Al estudiar varios casos jurisprudenciales sobre RPA con circunstancias fácticas parecidas o idénticas, o la evolución de una misma causa en las distintas instancias procesales, constatamos que las sentencias resuelven de manera diversa e incluso en no pocas ocasiones de forma absolutamente contradictoria<sup>2</sup>, y cuando no difieren en lo resolutivo, los fundamentos a los que recurren son sustancialmente distintos, y en esa medida difícilmente formalizable en argumentos de técnica jurídica<sup>3</sup>. A tal nivel llega esta “anarquía jurisprudencial” que ni siquiera la CS, corte de casación, y en esa medida llamada a unificar los distintos criterios jurisprudenciales de los tribunales inferiores, tiene y mantiene en esta materia un criterio jurisprudencial propio<sup>4</sup>.

Este trabajo indaga precisamente en las causales de esta preocupante realidad e intenta iluminar el camino hacia el cual debe orientar sus pasos la somnolienta y autocomplaciente doctrina nacional a fin de dar certeza a este inseguro e impredecible mundo que es hoy en día la RPA.

- 1 Abreviaturas. CA: Corte de Apelaciones (Chile). CC: Código Civil. CDE: Consejo de Defensa del Estado (Chile). CPR: Constitución Política de la República de Chile. CS: Corte Suprema (Chile). CSJN: Corte Suprema de Justicia de La Nación (Argentina). DDHH: Derechos Humanos. ED: Revista Jurídica El Derecho (Argentina). FM: Fallos del Mes (Chile). GJ: Gaceta Jurídica (Chile). JA: Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina (Argentina). LEF: Ley de Expropiación Forzosa (España). LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/19.653 (Chile). LOCM: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/19.704 (Chile). PCCUA: Proyecto de Código Civil Unificado de la República Argentina (Argentina). RAP: Revista de Administración Pública (España). RCE: Responsabilidad civil extracontractual. RCHD: Revista Chilena de Derecho (Chile). RCJ: Revista Cuadernos Jurídicos (Chile). RDA: Revista de Derecho Administrativo (Argentina). RDCDE: Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado (Chile). RDD: Revista de Derecho de Daños (Argentina). RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia (Chile). RDP: Revista de Derecho Público (Chile). REDA: Revista Española de Derecho Administrativo (España). RPA: Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. STS: Sentencia del Tribunal Supremo (España).
- 2 Cordero Vega, Luis. La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una Sistematización. Editorial Lexis Nexis, Santiago 2003, pág. 54.
- 3 Díez Picazo y Ponce de León, Luis. Derecho de Daños. Editorial Civitas, Madrid 1999, pág. 19 y 37-38.
- 4 Cordero Vega, Luis. Ob. cit., pág. 43.

\* *Ayudante de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.*

## II. El Rol del Juez en la RPA: Verificar la Ocurrencia de sus Presupuestos

Los presupuestos de la RPA son todas aquellas circunstancias, condicionamientos o requisitos cuya común ocurrencia imponen a un organismo administrativo con personalidad jurídica y patrimonio propio la obligación de reparar a un particular un perjuicio injustamente sufrido o injustamente causado<sup>5</sup>.

La regulación de los presupuestos de la RPA comprende dos aspectos:

1. *Matriz horizontal.* Ella importa enumerar todos y cada uno de los presupuestos de la RPA:  $[R = P1 + P2 + P3 + Pn]$ . Su determinación tiene vital importancia, pues: (a). Sólo en la medida que concurren todos y cada uno de sus presupuestos surge para ésta la obligación de reparar a un particular el perjuicio injustamente causado o injustamente sufrido<sup>6</sup>. (b). Consecuente con lo anterior, la ausencia de cualquiera de ellos obsta su nacimiento<sup>7</sup>.

2. *Matriz vertical.* Ella importa precisar el alcance conceptual de cada uno de esos presupuestos. En efecto, si la matriz horizontal de la RPA es  $[R = P1 + P2 + P3 + Pn]$ , exige determinar con precisión el alcance conceptual de P1, P2, P3 y Pn, lo cual nos permitirá: (a). Verificar si concurren cada uno de los presupuestos. (b). En el caso del daño y la causalidad, determinar a la vez la extensión del *quantum* indemnizatorio<sup>8</sup>.

La determinación de los presupuestos de la RPA corresponde a la ley, aun cuando reconoce fuente secundaria en la CPR; normas que en su conjunto hemos denominado *estatuto normativo de la RPA*. El rol del juez en materia de RPA debe limitarse a verificar la ocurrencia de todos y cada uno de sus presupuestos, caso en el que deberá condenar a la Administración a la reparación del daño, y ante la ausencia de cualquiera de ellos, rechazar la acción indemnizatoria.

## III. Los Presupuestos de la RPA y su Estatuto Normativo

El estatuto normativo de la RPA está estructurado sobre la base de cuatro artículos: el artículo 38 inciso 2 de la CPR, el artículo 4 y 42 de la LOCBGAE, y aunque sólo respecto de las municipalidades, el artículo 137 de la LOCM.

5 Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Barreiro y Ramos, Montevideo 1954, pág. 222. Vázquez, Adolfo Roberto. Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus Funcionarios. Editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 113. Trigo Represas, Félix. Reflexiones sobre la Responsabilidad Civil y sus Presupuestos en el Proyecto de 1998, en Brebbia, Roberto (director), Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998. Editoria! Zavalia, Buenos Aires 2001, 334 y ss. Vázquez Ferreyra, Roberto. Responsabilidad por Daños (Elementos). Editorial Depalma, Buenos Aires 1993, pág. 103.

6 Vázquez Ferreyra, Roberto. Ob. cit., pág. 104.

7 Vázquez, Adolfo. Ob. cit., pág. 116.

8 Daniel Pizarro, Ramón. Derecho de Daños. Causalidad Adecuada y Factores Extraños. Primera Parte. Ediciones La Rocca, Buenos Aires 1996, pág. 255.

1. Artículo 38 inciso 2 de la CPR. En la doctrina nacional no hay consenso sobre el rol que éste cumple en el sistema de RPA. Algunos autores consideran que consagra un sistema de responsabilidad objetiva –en sentido restringido<sup>9</sup>, y en esa medida sus presupuestos serían la lesión –entendida como el daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar–, actuación de la Administración y relación de causalidad<sup>10</sup>, mientras que otros –CDE– sostienen que sólo otorga competencia a los tribunales llamados a conocer de la acción indemnizatoria de Derecho Público, y en esa medida no opta por ningún tipo de responsabilidad ni precisa sus presupuestos, pues ello corresponde a la ley –art. 6 y 7 de la CPR–<sup>11</sup>. A estas ya clásicas doctrinas se agrega recientemente la posición de CORDERO VEGA, quien sostiene, siguiendo a la dogmática alemana, que este artículo establece una *garantía institucional*, pues si bien corresponde al legislador “establecer” la responsabilidad pública, esto es, determinar sus presupuestos, ello no importa que el legislador tenga a su haber “un cheque en blanco” en tanto pueda regularla a su antojo; al contrario, él debe conformarse a un mínimo garantizado por el artículo en comento: (1).– la RPA exige al menos la ocurrencia de (a) lesión, (b) una actuación de la Administración, y (c) relación causal; (2).– la lesión sólo puede estar referida a derechos, y (3).– la RPA es directa<sup>12</sup>.

2.– Artículo 4 de la LOCBGAE. El rol de este artículo es igualmente controvertido en doctrina. Algunos autores, seguidores de la posición objetiva que emana del artículo 38 inciso 2, sostienen que reconoce en sede legal la responsabilidad objetiva; mientras que los seguidores de la tesis subjetiva sostienen que sólo reconoce en sede legal la sujeción de la Administración al principio de responsabilidad, y si él optara por un sistema de responsabilidad –plantean– habrían más antecedentes para sostener que es subjetivo antes que objetivo.

3.– Artículo 42 de la LOCBGAE. La doctrina nacional se encuentra dividida en cuanto al rol que cumple este artículo en el sistema. Algunos autores sostienen que la RPA es definida exclusivamente por la CPR –artículo 38 inciso 2 de la CPR–, otorgándole un carácter objetivo, y en este contexto, el artículo 42 de la LOCBGAE, al exigir un requisito adicional –falta de servicio–, contravendría el texto constitucional, razón por la cual

9 Yusseff Quiros, Gonzalo. Fundamentos de Responsabilidad Civil y Responsabilidad Objetiva. Ediciones Congreso, Santiago 2000, pág. 158. Según este autor, la expresión *responsabilidad objetiva* puede ser entendida en dos sentidos: uno amplio y otro restringido. Conforme al primero la responsabilidad objetiva es toda aquella responsabilidad que no está estructurada sobre la base de culpa o dolo; mientras que conforme al segundo es toda aquella responsabilidad estructurada sobre la base de la causalidad material.

10 Fiamma Olivares, Gustavo. La Acción Constitucional de Responsabilidad y la Responsabilidad por Falta de Servicio. RCHD, vol. 16 N° 2, julio-agosto 1989, págs. 434, 435 y 438. Soto Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, pág. 436. Oelckers Camus, Osvaldo. Fundamentos Indemnizatorios en Razón del Acto Administrativo Lícito que Cause Daño en el Patrimonio del Administrado. RDP N° 37/38, 1985, pág. 367 y 368, también en RDUCV, N° 37-38, págs. 69 y 70. El mismo, La Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su Imputabilidad por Falta de Servicio. RCHD, número especial, 1998, pág. 346.

11 Pierry Arrau, Pedro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio. RDCDE, N° 1, año 1, julio 2000, pág. 26. ROJAS VARAS, Jaime. Bases de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador. RCHD, n° especial, 1998, pág. 353 y ss.

12 Cordero Vega, Luis. Ob. cit., pág. 143 y ss.

sería, sostienen, inconstitucional<sup>13</sup>. Otro sector plantea que este artículo determina nuestro sistema de RPA, el cual sería de carácter subjetivo, toda vez que exigiría la ocurrencia de falta de servicio. Es preciso señalar que aun cuando ésta fuera la teoría correcta, resulta ser insuficiente, pues la disposición en comento no es aplicable a todos los organismos de la Administración del Estado –artículo 21 inciso 2 de la LOCBGAE .

*Críticas al estatuto normativo de la RPA en cuanto a la regulación de sus presupuestos:*

1.– *En cuanto a la matriz horizontal.* Dado que existe total y absoluta incertidumbre en cuanto a la manera en que se articula el sistema de RPA, es imposible colegir una “regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista”<sup>14</sup>. Surgen, en consecuencia, múltiples interrogantes al respecto, tales como: ¿la RPA exige siempre falta de servicio?, ¿qué factor de atribución es aplicable a los organismos excluidos de la falta de servicio –art. 21 inciso 2 de la LOCBGAE–?, ¿cabe responsabilidad para la Administración cuando la actuación lesiva por ella desplegada es perfectamente lícita?, –si tuviera cabida– ¿qué presupuestos exige?, ¿la matriz de la RPA tiene fuente exclusiva en la Constitución o también admite una modelación legal?, etcétera.

2.– *En cuanto a la matriz vertical.* El estatuto normativo de la RPA no determina el alcance de los presupuestos que de él pueden colegirse. En efecto, no precisa qué es daño en la RPA, cuándo hay inactividad de la Administración, qué es la falta de servicio, qué teoría de causalidad se aplica en la RPA, qué se entiende por fuerza mayor en la RPA, cuándo la ley obliga a la víctima a soportar un daño, cuál es el grado de consenso que debe haber en la comunidad científica para que pueda decirse que el daño era imprevisible o inevitable según el estado de la ciencia o de la técnica, qué hay que entender por funcionario o agente a efectos de la RPA<sup>15</sup>, etcétera.

La falta de precisión de los presupuestos de la RPA en nuestro estatuto normativo ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia nacional; el fallo *Patosi Zambrano con Fisco de Chile*<sup>16</sup> ha expresado que “los cuerpos normativos en que se encuentra su consagración originaria (artículo 38 de la CPR, y artículos 4° y 44° de la LOCBGAE) omiten del todo establecer una reglamentación particular y suficiente en lo que concierne, entre otros importantes aspectos, a las características específicas de la acción indemnizatoria que emana de la responsabilidad en comento”.

13 Fiamma Olivares, Gustavo. Ob. cit., pág. 438.

14 Gordillo, Agustín A. Teoría General del Derecho Administrativo. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1984, pág. 780, citado por Delgadillo Gutiérrez, Luis y Lucero Espinoza, Manuel, Elementos del Derecho Administrativo. Ciudad de México 1998, pág. 169.

15 Mir Puigpelat, Oriol. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un Nuevo Sistema. Editorial Civitas, Madrid 2002, pág. 289. Santa María Pastor, Juan Alfonso. Prólogo del libro de De Ahumada Ramos, Francisco Javier. La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos. Editorial Aranzadi, Navarra 2000, pág. 21.

16 CA Santiago, 10 de octubre de 2000.

#### IV. Caminos interpretativos

La indefinición legal de los presupuestos de la RPA da paso a la definición judicial de ellos. En efecto, el juez para resolver un caso de RPA, puede emprender, a su entero arbitrio, diversos caminos interpretativos referidos tanto a la matriz horizontal como vertical, los que por lo general llevarán a soluciones distintas, e incluso en muchas ocasiones absolutamente contradictorias.

A. *Matriz horizontal*. Son múltiples las matrices horizontales que el juez, a su entero arbitrio, puede elegir.

1. *Doctrina clásica*. Algunos fallos parten de los presupuestos ineludibles a toda responsabilidad: daño, causalidad y actuación de la Administración, a los cuales agregan el llamado "factor de imputación"<sup>17</sup>, el cual atribuye el perjuicio a la Administración, y que comprende ideas políticas o filosóficas, disposiciones constitucionales, derechos fundamentales, criterios legales o jurisprudenciales, el Derecho natural, etcétera<sup>18</sup>. Son ejemplos de ellos: el enriquecimiento sin causa, la desigual repartición de las cargas públicas, la equidad, el Estado de Derecho, el riesgo administrativo –calificado por el juez *a posteriori*–, el principio de la indemnidad del patrimonio del administrado, etcétera. Ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia, v.g., en el fallo *Galletué con Fisco de Chile*<sup>19</sup>, en el cual se condenó a este último, teniendo "como sustento (...) la equidad y a la justicia".

En consecuencia, la matriz horizontal queda de la siguiente manera:

[daño + actuación de la Administración + relación causal + factor de imputación = R]

2. *Responsabilidad objetiva*. Otros fallos sostienen que la RPA tiene fuente constitucional exclusiva en el artículo 38 inciso 2, el cual ha consagrado –según interpretan– una responsabilidad de corte objetivo. Se basan en múltiples razones, la más importante de ellas repara en la expresión lesión que emplea dicho artículo, concepto que entienden, siguiendo a la doctrina española<sup>20</sup>, como el daño respecto del cual la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar. En consecuencia, la Administración ve comprometida su responsabilidad con la ocurrencia de una lesión sufrida por un particular, relacionada causalmente con una actuación de la Administración. Este "camino" ha sido ampliamente recogido por nuestra jurisprudencia; así, por ejemplo, el fallo *Rodríguez Guaita con SAG*<sup>21</sup> señaló que "tal como lo establece el art. 38 de nues-

17 Caldera Delgado, Hugo. Manual de Derecho Administrativo. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1979, pág. 551.

18 Vásquez, Adolfo. Ob. cit., pág. 115. En el mismo sentido Abrevaya, Alejandra Débora. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003, pág. 96. Expositores de esta tendencia son Vásquez Ferreyra, Roberto. Ob. cit., pág. 98 y ss, y Ruiz Rosas, Andrea. Estudio Doctrinario de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en General y de la Administración en Particular. Instituto Chileno de Derecho Administrativo, Santiago 2002, págs. 93 y ss.

19 RDJ, Tomo LXXXI (1984), parte II, sección 5ª, páginas 181 189.

20 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, reimpresión, Tomo II, Madrid 1999, pág. 371.

21 GJ, 173, CA de Stgo., 8 noviembre de 1994.

tra Carta Fundamental, el que consagra el principio general de que todo daño ocasionado por la Administración y que provenga de alguna acción u omisión emanada de alguno de sus órganos debe ser indemnizado”.

En consecuencia, la matriz horizontal queda de la siguiente manera:

[*lesión* + actuación de la Administración + relación causal = R].

3. *Responsabilidad subjetiva-falta de servicio*. Otros fallos han sostenido que la RPA debe ser determinada por la ley y no por la CPR –artículos 6 y 7 de la CPR–, razón por la cual entienden que el artículo 42 de la LOCBGAE determina la RPA al exigir la ocurrencia de falta de servicio; de tal suerte que sin ella no habría responsabilidad. Así se ha resuelto, por ejemplo, en el fallo *Figueroa Gallardo y otra con Fisco de Chile*<sup>22</sup>: “Que (...) los artículos 6 y 7 de la Carta Política imponen a los órganos del Estado el deber de observar en su accionar el principio de legalidad que enuncian esas disposiciones y prescriben (...) que la contravención de sus disposiciones generará las responsabilidades que “determine la ley” (...) Que los preceptos constitucionales relacionados en el motivo anterior, al reconocer el principio de la responsabilidad del Estado, no establecen cuál es la naturaleza de ésta, sino se remiten a la ley para determinarla, lo que hacen los artículos 4 y 44 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18575, al señalar, (...) en especial, (...) que “los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

En consecuencia la matriz horizontal queda de la siguiente manera:

[daño + actuación de la Administración + relación causal + falta de servicio = R]

4. *Responsabilidad regida absolutamente por normas civiles*. Existen ciertos organismos –art. 21 inciso 2– a los que si bien se les aplica la LOCBGAE, quedan excluidos de la aplicación de su título II, en el cual se contiene el artículo 42, que consagra la falta de servicio. A ellos le es aplicable su respectiva LOC o LQC, según el caso. Ante el silencio de ellas en materia de responsabilidad, alguna jurisprudencia ha sostenido que tienen aplicación las normas civiles, específicamente el artículo 2320 del CC<sup>23</sup>.

En resumen, el juez dispone, a su entero arbitrio, de al menos cuatro “camino interpretativos” referidos a la matriz horizontal. Si bien ellos por lo general conducen a la misma resolución, en no pocas ocasiones diferirán a tal punto que con arreglo a uno se conceda la responsabilidad, mientras que conforme a otro, se rechace. Así, por ejemplo, en el caso *Quintana, Elia y otros con SAG*<sup>24</sup>, que trata de los daños patrimoniales consecuentes a la restricción de uso de suelo en virtud de una resolución del Director del SAG –actuación perfectamente lícita–, la CA de Santiago, aplicando la

22 CS, 8 de mayo de 2002, rol N°3427-2001. Publicada en RDCDE, N° 7, 2002, pág. 147 y ss.

23 Así lo han resuelto los fallos *Gómez con Fica y Fisco de Chile* (RDJ), Tomo XCVI (1999), sección 1, N° 1. CS, 27 de abril de 1999) y *Fuentes Lizana con Almonacid y Fisco* (RDJ), Tomo XCIII (1996), sección 5, N° 3. CS, 10 de septiembre de 1996).

24 RDJ XCVIII, N° 1. CS, 23 de enero de 2001.

tercera matriz horizontal estudiada –*subjetiva-falta de servicio*–, sostuvo que no había responsabilidad alguna por parte del SAG, pues no se había verificado en la especie falta de servicio. En cambio, la CS, aplicando la segunda matriz estudiada –*objetiva*–, sostuvo que al sufrir la actora una “lesión patrimonial” causalmente ligada a una actuación de la Administración, sí cabía responsabilidad para ésta.

B. *Matriz Vertical*. Como el estatuto normativo de la RPA no ha precisado el contenido de sus presupuestos, el juez tendrá que integrarlo a través de normas análogas del ordenamiento jurídico. Con ello la RPA vuelve a quedar en manos del juez, pues éste a fin de integrar dispone de un amplio abanico de opciones, cuya elección queda entregada a su entero arbitrio y de la cual dependerá en muchas ocasiones acoger o rechazar la responsabilidad.

(a). *El juez decide si aplica normas civiles o principios y normas de Derecho Público*. Cordero Vega ha expresado que “en la totalidad de los casos estudiados (jurisprudencia nacional reciente –nota nuestra–), aun en aquellos en que los tribunales realizan un reconocimiento expreso de que la responsabilidad extracontractual del Estado se rige por norma de Derecho público, han terminado resolviendo las indemnizaciones de conformidad a las reglas del Código Civil, lo que habla de una inconsecuencia argumental de fondo, con los efectos de la resolución judicial. Podemos afirmar, entonces, que siempre los tribunales han aplicado el Código Civil en los casos de responsabilidad de la Administración (nota: la cursiva es nuestra)”<sup>25</sup>. En el mismo sentido Letelier Wartenberg ha sostenido que actualmente la jurisprudencia aplica “las estructuras civiles de la responsabilidad a la responsabilidad estatal; por ejemplo, en materia de prueba y procedimiento, de causales eximentes y de prescripción, todas estas materias que no tienen una regulación positiva en leyes públicas”<sup>26</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente y respecto de materias específicas, alguna jurisprudencia ha rechazado aplicar normas de Derecho Privado, aplicando en definitiva normas o principios de Derecho Público<sup>27</sup>.

(b). *El juez decide cuál norma de Derecho Civil aplica en subsidio*<sup>28</sup>. Si el juez decide aplicar normas de Derecho Civil, queda a su entero arbitrio determinar cuál de todas las normas civiles análogas aplicará. Esta elección adquiere gran relevancia, pues de ella dependerá por lo general conceder o rechazar la acción indemnizatoria<sup>29</sup>. Así, por

25 Cordero Vega, Luis. Ob. cit., pág. 91.

26 Letelier Wartenberg, Raúl. Un Estudio de Efectos en las Características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. RDCDE, N° 6, 2002, pág. 160. El mismo, La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado. Editorial ConoSur, Santiago 2001, pág. 4. En el mismo sentido se han manifestado López Santamaría, Jorge. Indemnización de los Perjuicios Causados a Particulares por Funcionarios o agentes Públicos. RCJ, N° 4, diciembre 1973, pág. 54. Quintanilla Pérez, Alvaro. Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos. RDCDE, N° 1, año 1, julio 2000, pág. 52.

27 Así, por ejemplo, los fallos *Aja García con Ilustre Municipalidad de Talcahuano* (RDJ, Tomo XCV (1999), sección 5, N° 1. CA de Concepción) y *Hexágono con Fisco de Chile* (FM, N°344, pág. 361. RDJ, Tomo LXXXIV (1987), N° 3, sección 5. CS, 28 de julio de 1987).

28 Rosari, Horacio Daniel. La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Base a Normas del Código Civil: una Crítica. RDD, N° 9, 2000, pág. 85.

29 *Ibid*, pág. 86.

ejemplo, no existe una disposición que aborde la prescripción de la acción indemnizatoria de la RPA. Algunos fallos han sostenido que en subsidio es aplicable el artículo 2332, inserto en el Título XXXV del Libro IV del CC, que consagra un plazo de prescripción de cuatro años<sup>30</sup>; mientras que otros sostienen, apelando a la autonomía de la RPA, que el artículo 2332 no es aplicable, ya que es una norma especial de la RCE y que, en consecuencia, deben aplicarse las reglas generales de prescripción, es decir, el artículo 2515 del CC, que establece un plazo de prescripción de 5 años.

(c). *El juez decide la manera de intrapolar la norma de Derecho Civil en la RPA.* La intrapolación puede hacerse de dos maneras diversas: (a).— pura, ello sucede cuando la norma civil análoga se la aplica sin variación alguna en la RPA, y (b).— depurada, ello sucede cuando la norma civil es adecuada a los principios de Derecho Público. En efecto, no se trata —según sostiene Hauriou— de aplicar al pie de la letra las disposiciones civiles, sino es menester aplicar las *regles de fond*, lo cual importa adaptar las normas civiles a las particularidades del Derecho Administrativo; en otras palabras —según Schack—, a las normas civiles deben sacársele las *Gemeinsamer Rechtsgedanke*, las cuales son transportadas a las relaciones en las que la laguna aparece<sup>31</sup>.

## V. Rol Prevalente del Juez en la Determinación de la RPA y sus Consecuencias

Como ha quedado en evidencia, del juez dependen múltiples decisiones a propósito de la matriz horizontal y vertical, de las cuales dependerá en definitiva si se acoge o se rechaza la pretensión. Ello demuestra el prevalente rol del juez en la determinación de la RPA, lo cual ha ocasionado graves consecuencias:

1. Dado el amplio margen interpretativo del juez, la RPA no obedece a ningún criterio objetivo, sino sólo a la intuitiva justicia del juez, de cada juez. En efecto, Santa María Pastor ha sostenido respecto del sistema español: *“la imposición del deber de indemnizar constituye una pura manifestación del más puro decisionismo judicial caso a caso, al que las construcciones teóricas prestan un argumentario polivalente, capaz de justificar fallos de sentido perfectamente opuesto, pero no asideros dogmáticos, puntos de referencia objetivos para aquellos jueces que no gustan de la mera tarea de justificar decisiones*

30 Así en los fallos *Balra con Fisco de Chile* (RD), Tomo XCIII, N° 3, sección 5, CA Santiago, 28 de octubre de 1996), *Domis Bezie con Fisco de Chile* (CS, 15 de mayo de 2002, Rol N° 4.753-2001), *Pizan con Fisco de Chile* (CS, 15 de abril de 2003, Rol N° 1.234-02). *Bolaña con Fisco de Chile* (CA de Santiago, 15 de mayo de 2003, Rol N° 3.455-1998).

31 Martín-Retortilla Qaquer, Sebastián. *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*. Instituto García Oviedo, 1960, pág. 73 y 74, citado por Letelier Waltenberg, Raúl. *Un Estudio de Efectos en las Características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Ob. cit., pág. 160. Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1992, Tomo II, pág. 254. El mismo, *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*, pág. 27, citado por Vásquez Ferreyra, Roberto. Ob. cit., pág. 157. Gordillo, Agustín A. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1984, pág. 780, citado por Delgadillo Gutiérrez, Luis y Lucero Espinoza, Manuel, *Elementos del Derecho Administrativo*, Ciudad de México 1998, pág. 169.



*intuitivas*<sup>32</sup>. Rebollo, en el mismo sentido, sostiene que: “Y es que nuestro sistema resulta, sobre el papel, extraordinariamente generoso, aunque también inseguro porque pivota en buena medida en valoraciones y conceptos muy abiertos e indeterminados (...) *que dependen mucho de la interpretación del juez, de cada juez. Y eso conduce a un casuismo que, unido a la abundancia de supuestos y a la multiplicación del trabajo de los tribunales, genera inseguridad*”<sup>33</sup>.

2. El que el juez en definitiva sea quien determine la RPA infringe la CPR, pues ésta expresamente ha impuesto dicha labor al legislador –art. 6 y 7 de la CPR–.

3. El juez a través de sentencias condenatorias en contra de la Administración fundadas en su justicia intuitiva, excede el marco de sus funciones jurisdiccionales, ya que ello importa la adopción de decisiones de carácter político, tales como: (i). determinar el destino que tendrán los recursos públicos, (ii). establecer qué garantías tendrán los administrados frente a la Administración, y (iii). fijar el estándar de eficiencia exigible a ésta<sup>34</sup>.

4. Dado que el margen interpretativo del juez en materia de RPA es ilimitado, puede crear para cada caso nuevas reglas, generando inseguridad jurídica. En efecto, los sujetos involucrados –Administración y particulares– y los operadores del Derecho –abogados, CDE, etcétera– no pueden anticipar si la acción será acogida o rechazada<sup>35</sup>.

5. Como la RPA se rige conforme a la intuitiva idea de justicia del juez, de cada juez, el futuro de la acción depende del particular criterio interpretativo del juez que “toca”. En efecto, si a un actor le “toca” un juez con un criterio interpretativo amplio, lo más probable es que su pretensión sea acogida; en cambio, si le “toca” un juez con un criterio interpretativo restringido, lo más probable es que ella sea rechazada<sup>36</sup>. Ello se traduce en un trato desigual a los ciudadanos. Así, v.gr., nuestra jurisprudencia, mientras rechaza la legítima pretensión de un ciudadano por considerar prescrita su acción en tanto han pasado cuatro años y tres días desde la perpetración del acto, a otro le considera no prescrita su acción no obstante haber transcurrido más de veinte años desde la perpetración del acto.

## VI. Solución: que el Legislador Determine la RPA

La solución al problema denunciado radica en reducir el casi ilimitado margen interpretativo del que dispone actualmente el juez<sup>37</sup>. Ello se logra sólo en la medida que el legislador regule con precisión los presupuestos, enumerándolos taxativamente –matriz vertical– y dándole un contenido conceptual preciso a cada uno de ellos

32 Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Ob. cit., pág. 18.

33 Rebollo, Luis Martín. *Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un Balance y Tres Reflexiones*. RAP N° 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 328. MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. cit., pág. 291.

34 Mir Puigpelat, Oriol. Ob. cit., pág. 292.

35 Mir Puigpelat, Oriol. Ob. cit., pág. 293.

36 Mir Puigpelat, Oriol. Ob. cit., pág. 197 y 198.

37 Mir Puigpelat, Oriol. Ob. cit., pág. 303.

–matriz vertical–. En este sentido Mir Puigpelat ha sostenido que “La Ley (...) debería esforzarse en especificar los requisitos de la responsabilidad administrativa. Habría que elaborar un catálogo exhaustivo de concretos estándares normativos de diligencia (...); precisar qué eventos merecen la consideración de fuerza mayor (y, eventualmente, cuáles no); especificar qué ocurre cuando existe culpa o intervención no culposa de la víctima o de un tercero (cómo –con arreglo a qué criterio– se repartirá el importe del daño entre la Administración y el tercero, y cómo responderán uno y otro frente a la víctima –solidaria o mancomunadamente–); escoger –articularlas, mejor– una de las dos grandes fórmulas que se vienen manejando para concretar, en sede de causalidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones (la fórmula de la *condictio sine qua non* o la de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza) (...); qué perjuicios merecen ser indemnizados (y cuáles no); suministrar criterios precisos de cuantificación de las indemnizaciones –de los daños–; baremar, quizás (ante la dificultad de su prueba y evaluación económica y el riesgo de agravios comparativos), los daños morales; establecer cuánto imputa una persona física sus conductas a la Administración pública (cuándo podrá entenderse que ha habido una actuación administrativa) y cuándo no (¿qué sucede cuando el daño lo causa un contratista público?, ¿y cuando lo causa un ente instrumental sometido al Derecho privado?) (...); establecer –eventualmente– presunciones de causalidad y/o de anormalidad –culpa– en materias que ofrezcan una especial complejidad probatoria para las víctimas; especificar cuándo responderá la Administración por omisión (cuándo ocupará la Administración la posición de garante que justifique su responsabilidad omisiva)”<sup>38</sup>, etcétera.

## VII. La Actualidad del Estudio de los Presupuestos de la RPA en la Doctrina Comparada

A. España. El artículo 141 de la LEF establece taxativamente los presupuestos de la RPA: la ocurrencia de una lesión –daño antijurídico en tanto no se encontraba en el deber jurídico de soportar–, una actuación –normal o anormal– de la Administración, y relación causal. Este sistema no obstante su carácter global y objetivo, fue correctamente aplicado durante mucho tiempo gracias, según nuestra opinión, a la existencia en dicho país de tribunales especializados en materias contencioso–administrativas, capaces de “apreciar y valorar los derechos de los particulares, pero conciente(s) también de la necesidad de dejar a la Administración medios eficaces para el cumplimiento de su función de interés público”<sup>39</sup>, es decir, “sensibles” para encontrar el justo punto de equilibrio que concilie “*los derechos del Estado con los derechos privados*”<sup>40</sup>.

38 Mir Puigpelat, Oriol. Ob. cit., pág. 305 y 306.

39 Pierry Arrau, Pedro. Creación de Tribunales Administrativos (Esquema para la Jornada de Especialistas). Apuntes de Diplomado La Modernización de la Administración del Estado: su Regulación. Escuela de Graduados. Universidad de Chile.

40 Arret Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia (1872). Long, Weil, Braibant. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative. Editorial Sirey, 9ª edición, Paris 1990, pág. 15 y ss.

Pero esta jurisprudencia “equilibrada” y “sensible” acabó abruptamente en 1992. En ese año el TS<sup>41</sup> condenó al Estado Español a la reparación de los daños sufridos por una mujer sometida a una intervención quirúrgica en un recinto hospitalario público aun cuando había sido absolutamente conforme a la *lex artis*<sup>42</sup>. Sostuvo el fallo que para comprometer la RPA bastaba la conexión causal del daño con la intervención quirúrgica. *Pantaleón Prieto* con sus “anteojos del civilista”, denunció la excesiva permisibilidad con la cual se había resuelto este caso; sostuvo que: “No veo ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera”<sup>43</sup>. En otras palabras, este fallo importaba desnaturalizar la RPA hasta convertirla en un seguro social y al Estado, por esa vía, en un asegurador universal, “cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe soportar”<sup>44</sup>.

“Los anteojos de civilista” de *Pantaleón Prieto* remecieron las pacíficas aguas de la doctrina administrativista española, pues sus planteamientos pusieron “el dedo en la llaga de la buena conciencia jurídica”<sup>45</sup>, provocando de paso una especie de *pánico doctrinal*<sup>46</sup>, el que finalmente se tradujo en un cisma doctrinal en tres corrientes: (a). Una de ellas, encabezada por *Jordana Fraga*<sup>47</sup>, sostuvo que el sistema en los términos establecidos no debía ser modificado, ya que su excesiva interpretación no se debía a defectos intrínsecos de él, sino a la falta de sensibilidad de quienes debían aplicarlo: la judicatura. (b). Otra, que el sistema de RPA era insusceptible de objetivación aceptable e inviable en términos financieros<sup>48</sup>, razón por la cual proponen abolirlo y establecer uno distinto. Entre estos autores tenemos a Mir Puigpelat, quien escribió el libro: “La Responsabilidad Patrimonial. Hacia un Nuevo Sistema”<sup>49</sup>. (c). La tercera corriente doctrinaria fue fiel al sistema en su conjunto, pero reconocen la excesiva generosidad en la que ha incurrido la jurisprudencia en el último tiempo, razón por la cual proponen acotar la procedencia de la responsabilidad a través de la profundización conceptual de sus presupuestos; en otras palabras, “profundizar en los conceptos tradiciona-

41 STS 14 de junio de 1991.

42 Pantaleón Prieto, Fernando. *Los Anteojos del Civilista: Hacia Una Revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. RDCDE, N° 2, año 1, diciembre del 2000, pág. 79 y ss.

43 *Ibid.*, pág. 85.

44 Rebollo, Luis Martín. *Ob. cit.*, pág. 325 (pie de página).

45 *Ibid.*, pág. 325 (pie de página).

46 Garrido Falla, Fernando. *Los Límites de la Responsabilidad Patrimonial: Una Propuesta Legislativa*. REDA, N° 94, pág. 185.

47 Jordana Fraga, Jesús. *La Reforma del Artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el Inicio de la Demolición del Sistema de Responsabilidad Objetiva de las Administraciones Públicas*. RAP, N° 149, mayo-agosto 1999, pág. 325.

48 Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Ob. cit.*, pág. 18.

49 Mir Puigpelat, Oriol. *Ob. cit.* En esta misma línea de pensamiento. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Tomo 1, Madrid 2002 pág. 639.

les, intentando conferirles perfiles cada vez más afinados al objeto de elevar su nivel de objetividad (...)”<sup>50</sup>.

B. Argentina. La doctrina argentina sostiene que la Administración puede comprometer su responsabilidad a través de su actuación lícita e ilícita, importando cada una de estas hipótesis un subsistema de RPA regido por su propia matriz –horizontal y vertical–. (a). *Matrices horizontales*. Partiendo de presupuestos básicos o ineludibles de toda responsabilidad: daño, actuación de la Administración y causalidad, agregan a ellos presupuestos especiales –los que importan la causa jurídica en cuya virtud comprometen la RPA– dependiendo del carácter lícito o ilícito de la actuación lesiva por ella desplegada. En el caso de la RPA por su actuación ilícita se exige la *falta de servicio* –art. 1112 del CC–, mientras que en el caso de la actuación lícita, aunque no es un tema pacífico, la doctrina y jurisprudencia más reciente exigen la ocurrencia de un *sacrificio especial* y que la *víctima no se encuentre en la obligación jurídica de soportar el daño*<sup>51</sup>. (b). *Matrices verticales*. El debate doctrinario actualmente dice relación con la extensión de cada uno de sus presupuestos –matriz vertical–. Así, por ejemplo, es un tema de gran discusión en dicho país la determinación del daño indemnizable en uno y otro subsistema. Es así como en la RPA por actuación ilícita se sostiene la aplicación del principio de la *restitutum in integrum*; mientras que en la RPA por actuación lícita la doctrina se encuentra dividida entre quienes sostienen que es igualmente aplicable dicho principio –fundamentalmente civilistas–<sup>52</sup>, y quienes, siguiendo la tesis de la

50 En efecto, Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Ob. cit., pág. 18. En este sentido tenemos el libro de De Ahumada Ramos titulado “Responsabilidad de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales”, en el que estudia profundamente cada uno de los presupuestos de la responsabilidad pública, acotándolos conceptualmente; el libro de Gómez Puente titulado “La Inactividad Administrativa” (Gómez Puente, Marcos. La Inactividad de la Administración. Editorial Aranzadi, Pamplona 1997), en el que delimita conceptualmente la inactividad de la Administración. En la misma senda de precisar los presupuestos de la RPA, tenemos, por mencionar sólo algunos, a González Pérez, Jesús. Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Editorial Civitas, Madrid 1996. Blanquer, David. La Responsabilidad de las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1997. Casino Rubio, Miguel. Responsabilidad Civil de la Administración y Delito. Marcial Pons, Madrid 1998, y Muñoz Machado, Santiago. La Responsabilidad Civil Concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros Estudios de Responsabilidad). Editorial Civitas, Madrid 1998.

51 Indalecio Barraza, Javier. Análisis de los Requisitos que Deben Concurrir a Fin de que Resulte Procedente la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Ejercicio de sus Actividades. RDA, N° 24/26, enero-diciembre 1997, pág. 85. El mismo, Indalecio Barraza, Javier. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 87. Sobre Casas, Roberto. La Responsabilidad del Estado por su Actividad Legítima y en Ejercicio de la Función de Policía. RDA, N° 27/29, enero-diciembre 1998, págs. 289 y 290. Merteihikian, Eduardo. La Responsabilidad Pública. Análisis de la Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2001, pág. 117. Tendencia que ha sido reconocida por la jurisprudencia, v.g., *Osuna, Edmundo, c. Banco Central de la República Argentina*, Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala IV, sentencia del 16 de septiembre de 1994. LL 1995-C-308. *Columbia SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/BCRA., s. Daños y perjuicios*, CSJN, 19 de mayo de 1992.

52 XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe. Provincia de Buenos Aires, Argentina, en septiembre de 1999, citada por Mosset Iturraspe, Jorge. Visión Jusprivatista de la Responsabilidad del Estado. RDD, N° 9, 2000, pág. 14. II Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Buenos Aires, en junio de 1991, citado por Vásquez Ferreyra. Ob. cit., pág. 166. Bianchi, Alberto. B. Responsabilidad del Estado por su Actividad Legislativa. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1999, págs. 169.

*fuerza expansiva de la expropiación*<sup>53</sup>, sostienen que sólo debe repararse los rubros indemnizables en la expropiación: el daño emergente.

### VIII. Colofón

1. La anarquía jurisprudencial denunciada tiene su origen en el amplio margen interpretativo que dispone el juez ante la genérica modelación legal de la RPA.
2. La excesiva participación del juez en la modelación del sistema de RPA, trae consigo nefastas consecuencias, tales como la inseguridad jurídica, la intromisión judicial en decisiones políticas, la institucionalización de la desigualdad entre ciudadanos y la consolidación de la justicia intuitiva como único criterio informante de la RPA.
3. La solución de este grave problema exige reducir el amplio margen interpretativo del juez. Ello se logra sólo en la medida que el legislador "establezca" la RPA, lo cual pasa necesariamente por la correcta y precisa regulación de sus presupuestos: –matriz vertical y horizontal–.
4. El único rol que en materia de RPA cabe al juez es verificar la ocurrencia de los presupuestos determinados por la ley.

53 Sobre Casas, Roberto. Ob. cit., pág. 299. Comadira, Julio. Improcedencia del Lucro Cesante en Casos de Responsabilidad del Estado por Obrar Administrativo Lícito: Fuerza Expansiva de los Principios de la Expropiación, en "Derecho Administrativo". Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996, páginas 415 y ss. Abrevaya, Alejandra Débora. Ob. cit., pág. 186. Marienhoff, Miguel. Responsabilidad del Estado por sus Actos Lícitos, en Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX, Tomo II. Editorial Complutense, Madrid 1992, pág. 1260 y ss. El mismo, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997, pág. 759. Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, ED, Tomo 127, pág. 720 y ss. El Lucro Cesante en las Indemnizaciones a Cargo del Estado. ED, Tomo 114, pág. 949 y ss.