

LIMITACIONES AL DOMINIO. DE LAS MERAS RESTRICCIONES Y DE CUÁNDO DAN LUGAR A INDEMNIZACIÓN

José Joaquín Ugarte Godoy

Abogado

Profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho
en la Pontificia Universidad Católica de Chile

a) *Limitaciones que pueden imponerse al dominio por su función social*

1. Los autores clásicos de Derecho Administrativo suelen tomar la palabra "limitación" en un sentido amplio, y consideran limitaciones al dominio por causa de interés público tanto a las simples modalidades impuestas a su ejercicio, como a su desmembración y a su misma privación.

Así puede verse, por ejemplo, en Bielsa, que comprende entre las limitaciones al dominio las restricciones, las servidumbres administrativas y la expropiación (Principios de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1966, c. IX).

El administrativista argentino José Roberto Dromí, por su parte nos dice:

"El derecho de propiedad está sujeto a varias limitaciones, en el interés privado y en el interés público, que afectan a "lo absoluto, lo exclusivo y lo perpetuo", como notas tipificantes de la legislación civil. Tales limitaciones se clasifican en "civiles" y "administrativas", teniendo en cuenta el interés privado o de los particulares en el primer caso, y el interés público o de la comunidad, en el segundo, rigiéndose por el derecho privado y el derecho administrativo respectivamente (art. 2611, Cód. Civ.)".

"Tales limitaciones a la propiedad en interés público importan un conjunto de medidas jurídicas que cercenan de más a menos el dominio (decomiso, requisición, expropiación, ocupación temporánea, servidumbre, restricción), y se especifican dentro del género con un régimen jurídico especial" (Derecho Administrativo Económico, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2°, N° 292, págs. 343-344).

"Desde un punto de vista meramente esquemático, las limitaciones impuestas en interés público inciden directamente sobre lo absoluto, lo exclusivo y lo perpetuo de la propiedad".

"En relación a lo exclusivo tiene como afecto jurídico una desmembración de la propiedad; en relación a lo perpetuo su efecto es la privación de la propiedad, y en relación a lo absoluto tiene como efecto "un debilitamiento inherente a la propiedad de manera general."

"Lo que atempera lo absoluto se denomina *restricción*, administrativa o pública; lo que tiene por fin el desmembramiento, *servidumbre*, administrativa o pública, y lo que tiene por objeto la extinción de la propiedad, *expropiación*" (Dromi, op. y t. cit., N° 285, pág. 335).

2. La expropiación no es una limitación propiamente tal; sí lo son la mera restricción y la servidumbre administrativa.

Las restricciones del dominio son modalidades impuestas a su ejercicio que coartan la libertad del mismo sin afectar substancialmente al derecho, siendo exigidas por su naturaleza social, que supone la coexistencia armónica de derechos individuales subordinados al bien común.

Las restricciones tienen siempre carácter general: afectan necesariamente a todos los propietarios cuyos bienes están en determinadas condiciones; las servidumbres, en cambio, solo se aplican en determinados bienes, porque su necesidad se funda en situaciones particulares en que ellos se encuentran.

Las restricciones pueden imponerse por razones de seguridad, salubridad o higiene, cultura, planificación urbanística, etc.

Son restricciones, por ejemplo, las limitaciones derivadas del establecimiento de alturas máximas y líneas de edificación, y de planos reguladores urbanos; las obligaciones de permitir la instalación de placas con los números de las casas y la indicación de los nombres de las calles; la obligación de consentir la instalación de postes y alambres de electricidad y teléfono y cañerías de agua; las prohibiciones de destruir documentos históricos sin dar la posibilidad de adquirirlos al Estado; las prohibiciones de alterar inmuebles que han sido declarados monumentos nacionales.

"Las limitaciones y restricciones establecidas en interés público —dice Bielsa— existen necesariamente por la mera coexistencia de propiedades. Estas restricciones constituyen un necesario presupuesto del reconocimiento del derechos de propiedad por el Estado, y derivan de la propia naturaleza de ese derecho y de la necesidad de conformarlo al derecho de los demás" (*op. cit.*, pág. 976). "Las restricciones —dice por su parte Dromí— son las condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad; están ínsitas en la existencia misma del dominio. Nacen con él, son de su naturaleza y esencia. Por lo mismo que no hay derechos absolutos, las restricciones implican, precisamente, una reducción del carácter absoluto del derecho de propiedad." (*op. y t. cit.*, N° 993, pág. 344).

Los autores caracterizan las restricciones señalando que imponen una obligación de "no hacer" o de "dejar hacer": tolerando la actividad administrativa; que son ilimitadas en número y clase; y que operan "inmediata y necesariamente", siendo inadmisibles una acción que pretenda hacer cesar su eficacia: son ejecutorias (Bielsa, *op. cit.*, pág. 977).

Se considera que, en principio y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre el "sacrificio especial", las restricciones no dan lugar a indemnización, por ser "una carga general impuesta a todas las propiedades" (Bielsa, *op. cit.*, pág. 977, N° 3). Si hay indemnización será con ocasión de ellas, pero no a causa de ellas, o, como dice Bielsa "con motivo de ellas y no por ellas" (*op. cit.*, pág. 977, N° 4).

"Al ser la restricción —expresa Dromí— una condición legal del ejercicio del derecho de propiedad, no implica ella una carga, sacrificio, deterioro o perjuicio digno de reparación indemnizatoria. La ausencia de menoscabo especial excluye la instancia reparatoria" (*op. y t. cit.*, pág. 347).

Las restricciones no pueden importar desmembración del dominio, porque entonces pasan a ser verdaderas servidumbres administrativas. "Cuando implican la privación de un derecho fundamental —dice Bielsa— dejan de ser restricciones, para asumir otro carácter (servidumbre o expropiación)" (*op. cit.*, pág. 93).

3. Las servidumbres administrativas son desmembraciones del dominio del particular a favor de la Administración, en virtud de las cuales esta puede beneficiarse del bien de aquel para determinados efectos. No suponen las servidumbres públicas o administrativas —a diferencia de las del Derecho Civil— existencia de un predio dominante. Bielsa define la servidumbre administrativa como "un derecho público real constituido por una entidad pública (Estado, provincia o comuna), sobre un inmueble, para que sirva al uso público como extensión o dependencia del dominio público o de un servicio público" (*op. cit.*, pág. 988, N° 580).

Estas servidumbres deben indemnizarse, en principio, a menos que no causen un perjuicio real digno de tenerse en cuenta.

Las servidumbres administrativas pueden imponer obligaciones de no hacer –para no estorbar el uso o goce que corresponde a la Administración, *lato sensu*–, u obligaciones de “dejar hacer”, si deben tolerarse actividades de la Administración o del público cuyos intereses aquella representa (Bielsa, *op. cit.*, pág. 989, N° 580).

Estas servidumbres administrativas pueden ser prediales, que se ordenan al beneficio de un inmueble del dominio público, y personales, que se ordenan al beneficio de la comunidad o colectividad, como la de permitir el uso de una vertiente que sirve a una población o la entrada a un museo privado (Bielsa, *op. cit.*, N° 581, pág. 991).

Se ponen como ejemplos de servidumbres administrativas la obligación de conservar ruinas arqueológicas que a veces establecen los Estados, la de permitir el acceso a las autoridades en las zonas de frontera, la de electroducto, consistente en haber de permitir el pasaje de una línea eléctrica para el uso público, los servicios mineros, las que prohíben hacer ciertas construcciones cerca de los aeropuertos, la de salvamento, consistente en que el dueño de un predio lindante con el mar permita el acceso a los náufragos, la de camino a la sirga (Dromi, *op. y t. cit.*, págs. 361-365).

4. De la lectura de los autores que tratan del tema de las limitaciones al dominio, aparece que no es siempre fácil en los casos concretos distinguir entre la mera restricción del dominio y la servidumbre administrativa. Así vemos que el propio Bielsa nos advierte: “... a juicio nuestro, ciertas restricciones solo tienen de tales el nombre, pues importan verdaderas servidumbres. Sin embargo, aun en este caso, desde el punto de vista legal –no precisamente jurídico– la cuestión no varía, pues también el Código Civil impone una servidumbre a los propietarios ribereños de ríos o canales navegables (art. 2639), sin ninguna indemnización” (*op. cit.*, pág. 979, N° 574).

Dromi nos dice: “la generalidad es definitoria de la restricción. La limitación que se impone singularmente no es restricción” (*op. y t. cit.*, pág. 344, N° 293, nota “25”), y luego añade: “Las notas jurídicas especificativas de la restricción, como modalidad de las limitaciones administrativas, son las siguientes: ... 1) Generalidad para todos los propietarios en igualdad de condiciones, a diferencia de la servidumbre y expropiación, que por su especialidad solo se aplican a determinados bienes y por ley que lo determine” (pág. 345, N° 294). Sin embargo, la servidumbre de camino a la sirga, o a la del salvamento, que permite a los náufragos arribar a las propiedades lindantes con las playas del mar, que el mismo Dromi califica como servidumbres, parecen echar por tierra este criterio.

Por ora parte, vemos que las limitaciones que unos autores tienen como restricciones, otros las califican como servidumbres. Bielsa, por ejemplo, considera restricciones las limitaciones en materia de inmuebles históricos, que impiden a los propietarios repararlos, restaurarlos, destruirlos o enajenarlos sin aprobación o intervención de la Comisión Nacional (*op. cit.*, págs. 977-978), al paso que Dromi considera que estas limitaciones son servidumbres, y cita a Villegas Basavilvaso (*op. y t. cit.*, N° 311, pág. 363).

Bielsa por su parte advierte que “en razón de la aparente analogía con las servidumbres administrativas, ciertas restricciones de interés público se consideran erróneamente –y con frecuencia– ya servidumbres públicas, ya servidumbres privadas. Tal ocurre, por ejemplo, en punto a la obligación de soportar la instalación permanente de cañerías de ventilación de los conductos cloacales en la parte externa (colectora), y las tuberías, ventilaciones interiores, que deben elevarse siempre sobre el muro lindero más alto, según la distancia a la que se encuentren de las ventanas o puertas del edificio vecino... El propietario del edificio más alto, sea o no medianero el muro, está obligado a soportar, sin ninguna indemnización, el apoyo de las cañerías de ese muro... Lo mismo puede decirse de la instalación de los buzones empotrados en el muro del frente; de los soportes de las lámparas para el alumbrado público; de los soportes de cables de tranvías eléctricos; de los soportes de los hilos telegráficos o telefónicos; etc., casos en que se trata de restricciones todas impuestas a la propiedad privada...” (Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 1929, 2ª, ed., t. III, pág. 209, nota “4”).

5. De lo dicho es importante retener, para los fines del presente estudio, que no siempre es fácil distinguir entre la restricción y la servidumbre administrativa, y que los autores suelen discrepar en la calificación en casos concretos. Dice Bielsa, también, que hay quienes por principio comprenden en la denominación de “servidumbres administrativas” a las meras restricciones, siguiendo la nomenclatura de los códigos civiles francés e italiano, “que hablan siempre de servidumbres legales” (Bielsa, Principios de Derecho Administrativo: Legislación Administrativa Argentina, Buenos Aires, 1948, t. III, pág. 209, nota “4”, en la pág. 210).

b) *Las meras restricciones al dominio dan derecho a indemnización cuando afectan en forma grave al derecho de propiedad y cuando imponen un sacrificio especial*

6. Algunos autores dicen –no todos– que las meras restricciones al dominio, en principio, no dan lugar a indemnización, a diferencia de lo que ocurre con las servidumbres administrativas. Ello se debe –argumentan– a que son inherentes al derecho de propiedad por su carácter social: son como un “debilitamiento” del dominio, derivado de su necesaria coexistencia con otros derechos semejantes; son condiciones de su ejercicio (vid. numerando segundo precedente).

Esto es verdad siempre y cuando las restricciones no importen privación temporal o menoscabo temporal grave de un atributo esencial o facultad esencial del dominio –si la privación o el menoscabo son permanentes habrá expropiación–, porque entonces no pueden dejar de indemnizarse sin quebrantamiento del derecho de propiedad. También habrán de indemnizarse las restricciones cuando causen un menoscabo apreciable en dinero aunque no significativo en el derecho, si con ellas se rompe la igualdad en la distribución de las cargas públicas, cuya mantención es uno de los fundamentos del orden social, como que es uno de los principales objetos de la justicia distributiva.

7. Por lo común las meras restricciones, como no importan compartir el uso ni el goce con la colectividad, a diferencia de las servidumbres administrativas, no suponen privación de facultad o atributo esencial; y por lo común ellas afectan por igual a todos, como la línea de edificación, la altura máxima de construcción, etc.

Pero puede suceder que signifiquen un cierto uso en interés de la colectividad, como la ocupación temporánea (ocupación breve y de carácter precario de la propiedad privada, ej: para extinguir incendios, para hacer maniobras militares, depositar materiales de una obra pública, etc.), o que impidan el uso por el dueño como si por mejorar un pavimento se deja a un propietario sin entrar a su local comercial por cierto tiempo. En estos casos habrá una privación o menoscabo grave de facultad esencial del dominio.

También puede suceder que las meras restricciones impongan un menoscabo no grave pero sí apreciable en dinero; y que con ese menoscabo se quebrante la igualdad ante las cargas públicas, porque para beneficio común afecta solo a unos pocos, como si los trabajos en la vía pública de mejora del pavimento, no pueden llevarse a cabo sin crear incomodidades que de hecho disminuyan notablemente la afluencia de público a ciertos locales comerciales. En esta hipótesis, se impone a determinadas personas lo que la doctrina llama un sacrificio especial, y la indemnización tiene lugar para que haya igualdad en la distribución de las cargas públicas.

c) *La doctrina del sacrificio especial*

8. La doctrina de la indemnización de las meras restricciones en razón del sacrificio especial o desproporcionado es generalmente admitida por los autores.

Bielsa dice a este respecto:

“... importa notar que los tribunales –sin negar, claro está, el poder de la Administración pública para imponer restricciones– han obligado algunas veces a esta a indemnizar el daño causado por cambio de nivel en las calzadas, pero no por consideraciones de equi-

dad sino por atribuir a la Administración pública una culpa consistente en señalar a los propietarios un nivel para la edificación y luego imponerles otro, alegando que el primero se dio por error”.

“Y aun así se trata de decisiones aisladas. Pero, prescindiendo de la idea de responsabilidad de la Administración pública –cuestión muy debatida–, nada impide que consideraciones de equidad justifiquen, en ciertos casos, una indemnización al propietario “particularmente” damnificado, sobre todo cuando se ha producido un daño en la cosa, sea en forma de una modificación material de ella o en manera que importe una disminución parcial o total de la cosa misma o de su valor locativo.” (Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, cit., t. III, págs. 212-213).

“... la Suprema Corte, a diferencia de la Cámara Civil, ha reconocido mayor protección a la propiedad privada, vale decir, al derecho privado, frente a la innegable prevalencia del derecho público: y la ha reconocido al declarar que el propietario tiene derecho a reclamar indemnización “cuando los trabajos públicos autorizados por la Administración sin desposeerlo de parte alguna del inmueble, le causan, sin embargo, un perjuicio cualquiera temporario o permanente, sea restringiéndole o embarazándole su goce, sea disminuyendo el valor de su propiedad” (*op. y t. cit.*, pág. 214).

9. Por su parte, el clásico jurista alemán Otto Mayer –que no hace distingo alguno entre meras restricciones y servidumbres a efectos de la indemnización–, declara indemnizable las restricciones que causen daño especial en virtud del principio de la igual repartición de las cargas públicas. Dice Mayer:

“El derecho más importante del propietario que sufre las consecuencias de la restricción a la propiedad por causa de utilidad pública, y que al mismo tiempo es un verdadero derecho subjetivo público, es el de obtener una indemnización. Esta puede haber sido reglamentada especialmente por la ley para las diferentes clases de restricciones a la propiedad que ella prevé. En tanto no exista ninguna disposición especial, este derecho a la indemnización sigue las reglas de la gran institución de que hablaremos más adelante” (se refiere a la indemnización por daños causados por la Administración). En nota pone el caso de indemnización de la Administración al dueño de un predio por el que los viandantes de un camino público han debido pasar a causa del mal estado de este, y dice: “Es, pues, esta última (la Administración) la que debe indemnizar por el sacrificio especial que ha impuesto a los propietarios en razón del mal estado de la ruta” (Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, t. III, Parte Especial, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págs. 318 y 319 y nota 18 de la pág. 319).

Después, tratando de la indemnización por daños causados por la Administración, dice Mayer:

“Se trata de indemnizar al individuo por un daño pecuniario que se le ha ocasionado. Esto no se basa en las reglas del Derecho Civil referentes a la responsabilidad por hecho ilícito; puede haber hecho ilícito de parte de los agentes y de los representantes del Estado, pero no es esencial para que la indemnización tenga lugar; esta corresponde sin que haya que tener en cuenta aquello y hasta por actos completamente legítimos; la responsabilidad es siempre la misma. Tampoco podría invocarse como base jurídica, los principios del derecho civil referentes a la restitución de lo indebido, el enriquecimiento sin causa; en los hechos que dan lugar a esta indemnización puede haber algo que se parezca a un enriquecimiento del Estado a costa del súbdito, pero esto no es lo esencial; la indemnización corresponderá aun cuando el Estado no haya obtenido ninguna ventaja positiva”.

“Sin embargo, existe entre esta última institución del derecho civil y la indemnización debida por la Administración, una afinidad muy marcada. El punto común es el gran principio fundamental del cual emanan ambas, la idea de equidad, la *naturalis aequitas*” (*op. cit.*, t. IV, Depalma, 2ª ed., 1982, págs. 215-216).

“... En la relación del Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen: por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la “generalización” del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad” (*op. cit.*, t. IV, pág. 217).

10. Dromi, hablando de las limitaciones impuestas por leyes constitucionales de zonificación y fraccionamiento adhiere a la doctrina de Mayer sobre indemnización por sacrificio especial (*op. y t. cit.*, N° 289, pág. 340).

Dromi señala que la ley constitucional que impone sacrificio especial trae para el Estado la obligación de indemnizar:

“En principio, el poder legal reglamentario de los derechos (art. 14 Const. Nac.), tiene en nuestra hermenéutica constitucional limitaciones internas y externas. Por ello la misma jurisprudencia ha señalado las excepciones a la regla de la irresponsabilidad del Estado, por sus actos legislativos. Una de ellas, la más importante, es cuando la ley, no obstante ser constitucional, ocasiona un “perjuicio especial” (*loc. cit.*).

A propósito de la responsabilidad del Estado expresa más adelante Dromi:

“... En el tercer período —que es el actual—, la Corte Suprema, para responsabilizar extracontractualmente al Estado en el ámbito del Derecho Público, prescinde de que los daños deriven de un comportamiento “ilícito” (*v. gr.*, “culposo” o “doloso”), pues admite esa posible responsabilidad en el supuesto de daños derivados tanto de una conducta ilícita como del ejercicio ‘legal’ de sus prerrogativas o potestades”.

“... La antijuridicidad del daño es contemplada en sentido objetivo desde el punto de vista de la posición del sujeto dañado, y existirá siempre que el titular del patrimonio dañado no tenga el deber jurídico de soportar el daño. La antijuridicidad, como elemento determinante del daño resarcible, es desplazada de la conducta subjetiva del autor material al daño objetivo del patrimonio dañado” (*op. y t. cit.*, págs. 703-704).

11. Sin referirse al tema de las limitaciones del dominio, adhiriendo a la tesis de que la Administración debe también indemnizar los perjuicios que cause con su actividad lícita realizada sin culpa ni dolo ni enriquecimiento sin causa ni generación de riesgo, el administrativista español Entrena Cuesta proclama que “el único principio jurídico que debe invocarse para fundamentar las diversas hipótesis en que a tenor del Derecho vigente la Administración es responsable en el principio de igualdad ante la ley: cuando la Administración, actuando como tal, es decir, sirviendo intereses generales, produce a los particulares una lesión que estos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infligido mediante la correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisibles que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que esta restableciera la igualdad alterada”. “De esta suerte, como lo ha señalado García de Enterría, la nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde la situaba la doctrina tradicional al dato objetivo del patrimonio dañado” (Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, 8ª ed., vol. 1/1, pág. 396).

Por su parte Garrido Falla, uno de los más importantes administrativistas españoles del siglo XX, nos dice:

“... Interesa subrayar, sobre todo, la nota de que el sacrificio del derecho particular se realiza por la Administración legítimamente”... Hecha esta advertencia, se comprende que la teoría de la indemnización postula un fundamento propio y que se encuentra, desde luego, en una indiscutible idea jurídica: la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas que hace odioso el “sacrificio especial” sin indemnización. Este fundamento se fortalece en aquellos casos en que el sacrificio del derecho del particular determina una transferencia coactiva de propiedad, o simple uso o disfrute, a favor de la Administración, pues aquí, junto al argumento de la situación odiosa que singularmente se crea al despojado, toma cuerpo este otro: el enriquecimiento sin causa que la Administración pública experimenta en su patrimonio o medios” (Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, 4ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 240-241).

Más adelante añade: “Las ideas favorables a la admisión con carácter general del principio de indemnización se han abierto paso en forma radical en los últimos tiempos...” (págs. 244-245).

12. Garrido Falla señala que la indemnización procede aunque la ley nada diga: “... en el caso de que callen (las leyes), habrá que admitir un derecho a la indemnización” (pág. 250, op. y t. cit.).

En “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada” (Revista de Administración Pública, Madrid, 1976, N° 81, págs. 7 y ss.), Garrido Falla dice que las restricciones —que llama limitaciones— se indemnizan cuando son singulares, es decir, requieren acto administrativo especial además de la ley, en virtud de la doctrina del sacrificio especial (págs. 23 y 24, 31-33).

13. También los juristas españoles Gascón y Marín y García Oviedo “entienden que si las limitaciones imponen unos sacrificios, una disminución particular del bien al propietario o cuando se altere el normal disfrute del objeto de la propiedad, procedería la indemnización” (Juan Arroyo García, Las limitaciones y servidumbres públicas en el Derecho Administrativo Español, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, págs. 43-44).

14. En Francia el Consejo de Estado ha abierto el camino a la indemnización por el sacrificio especial que impone una ley, quebrantando la igual distribución de las cargas públicas, en el caso “La Fleurette”, el 14-I-1938, declarando el derecho a la indemnización de la Sociedad de Productos Lácteos La Fleurette por haber tenido que cesar en la explotación de un producto que llamaba “Gradine”, en virtud de la ley de 29-VI-1934, que para fomentar la industria lechera, prohibió la fabricación, exportación e importación de sucedáneos de la crema de leche que tuviesen el aspecto y los usos de la misma, y su comercio en general.- El Consejo de Estado consideró que “nada, ni en el texto mismo de la ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el contexto de las circunstancias del asunto” permitía pensar que el legislador hubiese tenido la intención de gravar a la reclamante con una carga que no le incumbía normalmente; y consideró que “esta carga creada en vista del interés general” debía ser “soportada por la colectividad” (vid. Caldera, Hugo, Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Editorial Jurídica de Chile, 1982, págs. 101-102).

En el caso “Bovero” (25-I-1963), el Consejo de Estado reconoció derecho a indemnización a los propietarios de locales ocupados por familias de militares que servían en Argelia, a raíz de haber prohibido una ordenanza legislativa la ejecución de los fallos judiciales que ordenaban el desalojo de esas familias. En el caso “Dme Burgat, el 29 de octubre de 1976, el Consejo de Estado, equiparando las convenciones internacionales a las leyes, reconoció el derecho a indemnización a favor de un propietario que habiendo arrendado un departamento a

un delegado de un Estado extranjero en la UNESCO, se había visto impedido, por un acuerdo entre esa Organización y Francia, de expulsar al arrendatario mal pagador (René Chapus, *Droit Administratif General*. Montchrestien, París, 1988, t. I, págs. 852-853).

15. André de Laubadère dice que las condiciones de la responsabilidad por el hecho del legislador, según se desprende de la jurisprudencia que ha ido sentando en Francia el Consejo de Estado, son las siguientes:

- 1ª) La ley no debe haber entendido excluir la reparación. A partir del caso Bovero, dice De Laubadère, basta con que el legislador no la haya excluido expresamente.
- 2ª) Que el perjuicio sea especial y de suficiente gravedad. La especialidad supone que las víctimas sean un número limitado de individuos, pero no se opone a que sean múltiples.
- 3ª) Que los intereses perjudicados sean legítimos, y que no sean preeminentes sobre ellos los intereses públicos que se trata de satisfacer: como la salud pública, la estabilidad de los precios (*Traité de Droit Administratif*, 9ª. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, t. I, N° 1512, págs. 767-768).

Es evidente que la exigencia de no tratarse de un interés público preeminente ha de entenderse en el sentido de que no sea un interés por así decirlo, incontrarrestable, como la salud o la estabilidad económica, que menciona De Laubadère. Últimamente se ha añadido la conservación de la naturaleza en un caso relativo a medidas ecológicas que perjudicaban la actividad de los taxidermistas: Consejo de Estado, caso Rouillon, 14-XII-1984 (los que juntan pieles de animales y las rellenan y montan para dar apariencia del animal vivo) (Chapus, *op. y t. cit.*, p. 853). Pero los restantes intereses públicos no han de entenderse preeminentes aun cuando hayan de prevalecer sobre el interés particular, pues de lo contrario nunca habría lugar a la indemnización, pues toda ley se funda en la prevalencia del bien común —del interés público— sobre el bien particular.

d) La indemnización de las restricciones al dominio en el Derecho chileno

a') La Constitución y las leyes

16. La Constitución, desde el punto de vista de la garantía del derecho de propiedad, hace indemnizables las limitaciones al dominio, y entre ellas las meras restricciones, cuando entrañen la privación de un atributo o facultad esencial y sean transitorias —pues siendo permanentes constituyen expropiación—. Así resulta de lo establecido en el artículo 41, N° 8° de la Carta fundamental, y en el 19, N° 24.

¿Quiere decir esto que las restricciones que no priven ni siquiera transitoriamente de atributo o facultad esencial del dominio, o los reduzcan significativamente en forma transitoria —lo que se entiende privación— pero sí causen daño, no dan nunca lugar a indemnización? De ninguna manera. La respuesta no hay que buscarla en la garantía constitucional del dominio, solamente, sino también en la garantía constitucional de igual repartición de las cargas públicas, que establece el art. 19 N° 20°, inciso primero, y en la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica en el trato que deben dar el Estado y sus organismos, que establece el artículo 19 N° 22 de la Constitución.

La justificación de esta conclusión ya está hecha en lo que va de este trabajo.

La no previsión explícita por los redactores de la Constitución, en sus deliberaciones que constan de las Actas de la Comisión de Estudios, de la indemnización de las limitaciones al dominio propiamente tales que imponiendo sacrificio especial, no importen siquiera sea transitoriamente privación de atributo o facultad esencial, y el que no hayan hecho los comisionados distinción entre restricciones y servidumbres administrativas, ni parezcan haber tenido presente la técnica conceptual de la institución de las limitaciones (sesiones 160 y 161), son hechos que carecen de todo relieve. Basta que se haya querido —como no podía menos de quererse— la igualdad ante las cargas públicas y la no discriminación económica, para que se

haya querido la indemnización exigida por esa igualdad y por esa no discriminación, a lo menos implícitamente.

Por lo demás, ni siquiera hay una contradicción en la ley, la que debería ser dirimida a favor de la indemnización en virtud del principio sistemático de interpretación, que reconoce el artículo veintidós del Código Civil, sino que simplemente no consta que en los trabajos preparatorios se haya manifestado una previsión de que serían indemnizables las limitaciones que impusiesen sacrificio especial, es decir, que quebrantasen la igual repartición de las cargas públicas.

Debe considerarse a este propósito que la idea de que existirían por un lado la expropiación, per se indemnizable, y por el otro las limitaciones al dominio, no indemnizables, idea que manifestaron los redactores de la Constitución en los trabajos preparatorios con motivo de la redacción de los preceptos del número vigésimo cuarto del art. 19, es totalmente ajena a la realidad jurídica. Basta ver, por ejemplo, la Ley de Caminos, contenida ahora en el tít. III del D.F.L. 294 de Obras Públicas de 1984 (ley que fue establecida por el D.F.L. 206 de 1960), para encontrarse con diversas servidumbres administrativas que se indemnizan; a saber: I) Los predios rústicos quedan sometidos a la servidumbre de tránsito para el efecto del acarreo de materiales como tierra, arena y piedras, habiendo lugar a indemnización por los daños del acarreo (art. 46); II) Los predios colindantes con los caminos pueden ser usados para el tránsito en caso de obstrucción o destrucción de aquellos por fuerza mayor, con derecho a indemnización (art. 47); III) Los dueños de los predios colindantes con los caminos deben proporcionar el agua que se necesita para la construcción de los mismos, con derecho a indemnización cuando se les ocasione perjuicio (art. 49).

17. Además, debe tenerse presente que hay leyes que disponen indemnizaciones por los daños que causen no ya servidumbres administrativas sino meras restricciones al dominio.

Así el Decreto Ley N° 3.557 de 9-II-1981, que establece disposiciones sobre Protección Agrícola, en su artículo 7° dispone que se indemnice a los afectados por medidas de control de plagas. El texto es el siguiente:

“La declaración de control obligatorio de una plaga impone, a los propietarios, arrendatarios o tenedores de predios ubicados en la zona afectada, la obligación de poner en práctica, con sus propios elementos, las medidas sanitarias o técnicas que la resolución indique, incluso la destrucción de sementeras, plantaciones o productos afectados” (inc. 1°).

“Los afectados por las medidas que se hubieren puesto en práctica tendrán derecho a que el Fisco les indemnice los daños que hubieren sufrido con ocasión de ellas” (inc. 3°).

La actual Ley Orgánica el Servicio Agrícola y Ganadero, N° 18.755, de 7-I-1989, en su art. 7° letra j), declara que es atribución del Director Nacional “disponer el pago de indemnizaciones... por las restricciones de uso de predios rústicos dispuestas por el Servicio, para prevenir, controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga, previa autorización otorgada mediante decreto Supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará además la firma del Ministro de Hacienda”.

Con fundamento en la citada norma se dictaron los decretos supremos N° 76 de 30-V-1990 (Diario Oficial de 20-X-1990), y 62, de 10-V-1991 (Diario Oficial de 5-VIII-1991) que dispusieron se indemnizasen las restricciones de uso de predios rústicos para el control de la fiebre aftosa que habían tenido lugar entre el 7-I-1989 y abril de 1989, y entre el 15-XI-1989 y el 15-IV-1990, respectivamente.

Se esgrime como argumento en favor de la indemnización de las restricciones del dominio que importan sacrificio especial, la existencia de leyes que la disponen en determinados casos, porque si tal indemnización no fuera obligatoria para el Estado, el legislador nunca podría establecerla, desde que no le es dado ejercer la liberalidad con los fondos públicos.

18. Si hay restricciones al dominio que importen privación transitoria de facultad o atributo esencial, o menoscabo grave de ellos, o que impongan sacrificio especial, y hay ley que disponga que no se indemnizen, esa ley será inconstitucional. Si no hay ley que disponga la indemnización, si el legislador calla, la ley será constitucional y la indemnización siempre procederá, porque la Constitución es ley, y es inmediatamente operativa como tal, si no se remite a una ley que haya de dictarse, y es la propia Constitución, como hemos visto, la que hace necesaria la indemnización; y porque, si fuera menester la existencia de una ley, los tribunales no pueden excusarse de fallar y hacer justicia ni aun por falta de ley.

En Chile, al consagrarse la igualdad ante las cargas públicas, y el principio de la no discriminación arbitraria, conjuntamente con el principio de la legalidad de la actuación de los órganos públicos, el del derecho constitucional a la acción y el de la inexcusabilidad de los tribunales, se ha consagrado plenamente la responsabilidad del Estado legislador. Como es la ley la que establece las limitaciones al dominio, la responsabilidad de indemnizar por el sacrificio especial que puedan imponer las mismas es responsabilidad del Estado legislador.

Como, además, se ha contemplado la posibilidad de establecer mediante indemnización limitaciones transitorias al dominio que signifiquen privación o menoscabo grave de atributo o facultad esencial, también por este concepto se ha creado una responsabilidad por la función legislativa.

Esta responsabilidad del Estado legislador se funda también en actos legítimos, en actos lícitos: es legítimo imponer las limitaciones de que se viene tratando, pero hay que indemnizar el perjuicio especial que producen.

En realidad la responsabilidad del Estado por su actividad lícita ha existido siempre en nuestro sistema jurídico, pues básicamente se funda en la igualdad ante las cargas públicas; y nuestros tribunales desde antiguo la han reconocido, como luego se verá. Sin embargo, la Constitución de 1980 acoge el principio en forma más clara y definida.

Debe hacerse presente que el artículo 38 inciso segundo de la Constitución de 1980 establece la responsabilidad del Estado también por los actos lícitos del poder público, pues no distingue, y si bien lo hace solo con referencia a los actos de la Administración, pone de manifiesto un principio general, y la recepción de la doctrina de la responsabilidad por actos lícitos. Su texto dice:

“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 que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En concordancia con este precepto, el artículo cuarto de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, de 5-XII-1986, establece “la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

El artículo 38 inciso segundo de la Constitución y el artículo 4° de la Ley 18.575 que fundan específicamente la responsabilidad no ya del legislador sino de la Administración por actos lícitos, pueden tener importancia también en materia de limitaciones del dominio, cuando la ley que las establezca lo haga de una manera genérica, autorizando a la Administración medidas de bien o salubridad pública que por naturaleza de las cosas pueden ser incluso limitaciones al dominio, o autorizando limitaciones para casos determinados solo genéricamente, y cuya precisión haya de corresponder a los órganos administrativos. En estas hipótesis podría pensarse —aunque el punto es discutible— que la responsabilidad por las limitaciones sería no del Estado legislador sino de la Administración.

b') La doctrina

19. Entre nosotros se ha estudiado poco el tema de las limitaciones administrativas a la propiedad, el que, en general solo ha sido tocado por los constitucionalistas, y de paso sin distinguir entre servidumbres y meras restricciones, y sin referencia alguna al principio de la igual distribución de las cargas públicas, y al sacrificio especial. Han conocido y expuesto brevemente la distinción entre restricciones y servidumbres administrativas Varas Contreras (Derecho Administrativo, Nascimento, 1948, Santiago, N° 119-121) y Patricio Aylwin y Enrique Silva Cimma (Derecho Administrativo, Apuntes, Editorial Universitaria, 1961, T. III, p. 154-155). Para estos autores las meras restricciones no dan derecho a indemnización.

El Profesor Salvador Mohor ha publicado un estudio intitulado "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización" (Revista Chilena de Derecho, año 1989, vol. 16). Es un trabajo interesante y muy elaborado, pero adolece de confusiones conceptuales importantes, como equiparar las figuras de limitación y carga pública (págs. 284-285), y considerar limitaciones al dominio "el cumplimiento forzado de una obligación, su resolución o, en su caso, la nulidad que pueda afectarla" (pág. 285), y los tributos (pág. 280).

Los que han profundizado el tema, que son el Profesor Mohor y el Profesor Ríos Alvarez, concluyen que las limitaciones que no son meras condiciones del derecho —limitaciones funcionales como las llama Mohor, "medidas limitantes, ordenadoras del dominio hacia su fin social" como las llama Ríos Alvarez—, sino verdaderas reducciones del derecho, merecen la indemnización en virtud de la garantía de igualdad ante las cargas públicas, y de la garantía —claro está— de la propiedad.

El profesor Mohor, en un pasaje notable, dice: "En todo caso, el deber de indemnizar que asume el Estado encuentra básicamente su fundamento normativo constitucional en los preceptos que lo constriñen a actuar de acuerdo a las exigencias del bien común (artículo 1°), dentro del marco de la Constitución y las leyes, a riesgo de enfrentar las responsabilidades y sanciones legales (artículos 6° y 7°), que le prohíben incurrir en lo que la Carta Fundamental denomina discriminaciones arbitrarias (artículo 19 N°s. 2°, 3°, 17°, 20° y 22°); que consagran y aseguran a todas las personas el derecho a la acción (artículo 19 N° 3° y artículo 73 inciso 2°); que establecen el principio de inexcusabilidad judicial (artículo 73 inciso 2°); que reconocen el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad (artículo 19 N°s 23° y 24°); y que le prohíben afectar la esencia de los derechos (art. 19 N° 26°)". (Taxonomía, pág. 290).

El Profesor Mohor explica que el deber de indemnizar en Derecho Público es independiente de la licitud o ilicitud del acto que haya causado los perjuicios:

"Por otra parte —dice— de un acto plenamente ajustado a Derecho, tanto desde el punto de vista de su generación como de su contenido normativo, puede derivarse el derecho a indemnización, como ocurre, por ejemplo, en los casos de la expropiación y de las requisiciones (artículos 19 N° 24 y 41 N° 8° de la Constitución de 1980). Téngase presente a este respecto que el precepto del artículo 38 inciso 2° de la Carta de 1980 da derecho a accionar en razón de la lesión experimentada por un acto de la Administración del Estado, sin hacer distinciones acerca de su licitud" (Taxonomía..., pág. 289).

20. Si bien pocos autores han tratado de la indemnización por limitaciones al dominio, varios han abordado con mucha competencia el tema de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, habiéndose producido en nuestra doctrina ya en forma general la recepción del principio de que la igual distribución de las cargas públicas exige la reparación de los daños causados por la actividad legítima que impone sacrificio especial. Esta responsabilidad, por otra parte —se admite en forma unánime—, incumbe al Estado legislador, al Estado administrativo y al Estado juez, y aun al Estado contralor.

Antes de referirnos a la doctrina administrativa chilena actual, conviene consignar que ya el Profesor don Arturo Alessandri en su tratado de la Responsabilidad Extracontractual, afirmaba enfáticamente que la del Estado y los entes públicos se rige por principios distintos de los del Código Civil y propios del Derecho Público.

“... Si la relación que liga a las partes —decía Alessandri— es de derecho público, si el daño ha sido causado por un funcionario o empleado público o municipal en el ejercicio de sus funciones, el art. 2320 no tiene aplicación; tales funcionarios o empleados no se hallan al cuidado del Estado o de la Municipalidad respectiva. Lo cual no obsta naturalmente para que uno y otro sean responsables con arreglo al derecho público, si se admite, como no puede menos de admitirse, la responsabilidad de esas entidades por los daños que causen sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones, es decir, dentro de la órbita de sus legítimas atribuciones”. Luego cita Alessandri fallos en que se ha concedido indemnización por actos lícitos del Estado (Responsabilidad Extracontractual, N° 217 bis).

o Yendo a nuestros actuales administrativistas, el Profesor Soto Kloss mira como ilícita *per se* la ruptura de la igualdad en la repartición de las cargas públicas, importando tal ruptura cualquier daño causado a un particular que este no esté obligado a soportar; y considera que la Constitución es ley inmediatamente operativa y como tal debe ser directamente aplicada por el juez; y hace responsable al Estado por la actuación de cualquiera de sus órganos (Bases para una teoría General de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho chileno, Gaceta Jurídica, N° 56, 1985).

En otro estudio el Profesor Soto Kloss admite la responsabilidad del Estado por los daños derivados de sus actos lícitos (Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador. Un principio general del Derecho Administrador. Un principio general del Derecho chileno, Revista de Derecho Público, N° 21/22. 1977, págs. 149-156). También este autor admite específicamente la responsabilidad del Estado por actos lícitos que constituyen limitación al dominio, al comentar un fallo que más adelante examinaremos, de 1889, confirmado por la Corte Suprema, que condenó al Fisco a indemnizar a unos particulares por la destrucción de sus sandiales decretada por la Intendencia de San Felipe, en uso de atribuciones legales, para prevenir contagio de cólera (Informe Constitucional, N° 82, 23-V-1991).

o El Profesor don Gustavo Fiamma Olivares reconoce la existencia de una “acción constitucional de responsabilidad” de carácter general, relativa a las actuaciones de todos los órganos del Estado que no den lugar a una acción específica; y proclama la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causen sus actos lícitos cuando la víctima no tenga la obligación de soportar esa carga. Comentando el art. 38 inciso segundo de la Constitución, dice: “El modelo recogido y establecido en la Carta de 1980 se aparta totalmente de los esquemas decimonónicos de nuestro Código Civil. El artículo tantas veces citado ingresó al ordenamiento jurídico nacional un sistema de responsabilidad que no se basa en la culpa o el dolo del causante del daño, es decir, en la ilicitud del actuar del autor de la lesión, sino que, por el contrario, se sustenta en la existencia de una “víctima” que ha sufrido un daño en sus derechos con absoluta independencia de la licitud o ilicitud del comportamiento del que lo hubiere ocasionado. Esto es, la responsabilidad de la Administración del Estado chileno procede cada vez que esta causa un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad”. (La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio, Revista Chilena de Derecho, vol. 16, págs. 429 y siguientes; lo transcrito es de págs. 434-435.)

o El Profesor Hugo Caldera admite la responsabilidad del Estado legislador, si bien parece inclinarse a considerar que toda ley que imponga un sacrificio especial sin disponer una indemnización es inconstitucional. Nos parece que estando la indemnización dispuesta por la propia Constitución, si la ley no la deniega, no hay inconstitucionalidad sino una remisión a las normas constitucionales y al fallo de los tribunales (Hugo Caldera Delgado, Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Editorial Jurídica de Chile, 1982, págs. 46-53 y 63 y siguientes). El Profesor Caldera piensa que si se impone el sacrificio especial por motivos de “un valor objetivo, que se justifica directamente, sin tener en consideración el carácter ni el color político o doctrinario del intérprete”, la ley sería inconstitucional “pero solo en apariencia” (p. 65).

En todo caso el Profesor Caldera da siempre cabida a la indemnización, sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad, cuando ella no es posible por haber declarado el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la ley (*op. cit.*, págs. 66 y siguientes).

- El Profesor Rolando Pantoja acepta la responsabilidad del Estado por actos lícitos (Bases Generales de la Administración del Estado, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1987, pág. 45, citado por Fiamma, *op. cit.*, pág. 439, nota 14).
- ✓ El profesor Osvaldo Oelkers Camus piensa que el art. 4° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado establece la responsabilidad a que se refieren los artículos 6° y 7° de la Constitución, al consagrar el principio de la legalidad en la actuación de los órganos públicos, configurando la responsabilidad pública con su propia identidad para la Administración del Estado, de modo que esta haya de indemnizar el sacrificio especial (Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y de Municipalidades, Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, págs. 442-443).

c') La Jurisprudencia

I°. Casos sobre restricciones al dominio

21. En el caso "Benjamín Abalos con Fisco", el Juez de Letras de San Felipe condenó por fallo de 5-VI-1889 al Fisco a indemnizar a los actores por la destrucción de treinta cuadras de sandial practicada por orden del Intendente para evitar la propagación del cólera. La sentencia reconoció la legalidad de la actuación administrativa, citando la ley de 30 de diciembre de 1886, y la Ordenanza de 10 de enero de 1887, que facultaban a la autoridad local para adoptar todas aquellas medidas que la ciencia y la prudencia aconsejasen para disminuir los efectos de la epidemia, aunque esas medidas menoscabasen ciertos intereses individuales, por tratarse "del bien y la salvación general de todos los habitantes". Pero la sentencia condenó al Fisco, considerando: "3° Que si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos".

Es de notar que entre los artículos del Código Civil que cita el fallo, no hay ninguno relativo a la indemnización de perjuicio ni a la responsabilidad extracontractual. Solo se cita el art. 1437, sin precisarse con qué alcance. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema el 10-XII-1889 (Gaceta de los Tribunales, 1890, N° 5.185, pág. 1835).

En este caso, como puede apreciarse se declaró la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en virtud del principio de la igualdad ante las cargas públicas. La actividad del Estado consistía –bien puede mirarse así– en una restricción al dominio del fundo en que estaban los sandiales.

22. En el caso "Andrés Lapostol con Fisco", la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 9-IX-1923, revocando el fallo de primer grado, condenó al Fisco a indemnizar al actor por los perjuicios que le había ocasionado el Intendente de Concepción al impedirle por medio de la fuerza pública la explotación de las canteras de su fundo "La Sirena", la corta de árboles e incluso la entrada al predio, por el peligro que esa explotación importaba para los estanques y cañería matriz de agua potable de Penco; hallándose esos estanques y cañería en el predio de Lapostol por haber este constituido una servidumbre con ese objeto a favor de la Municipalidad de Penco.

La Corte de Alzada tuvo por establecido como hecho de la causa "que la orden de la Intendencia para privar a Lapostol del goce de su predio fue dictada con conocimiento del Ministerio del Interior y a requerimiento de la Inspección de Agua Potable, denunciando que la explotación de las canteras se hacía con perjuicio para los estanques y cañería matriz del agua, que ya se había roto dos veces, obstruyendo los desmontes el camino que conducía a esos sitios y que era necesario conservar a favor de las condiciones higiénicas del agua la gran cantidad de árboles existentes a lo largo de la corriente de agua surtidora de los estanques, que iban siendo explotables y que su dueño podía cortar".

El fundamento de derecho principal dice:

“Considerando:

“Que en todo caso se irrogó un daño individual, en beneficio de la comunidad, protegiéndose un servicio fiscal, y el Fisco como representante de la comunidad, está obligado a indemnizarlo, tanto más cuanto que reconoce que procedieron legalmente los funcionarios que intervinieron en los actos de que se queja Lapostol”.

La sentencia de la Corte de Apelaciones también invoca la inviolabilidad de la propiedad.

El fundamento principal del fallo de alzada es que se procedió lícitamente por el bien público damnificando a un particular por lo que este debe ser indemnizado por el Fisco; es decir, la igualdad ante las cargas públicas.

La Corte Suprema desechó el recurso de casación en el fondo del Fisco, el 8-I-1930, considerando:

“Que si nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación, si se halla justificado que aquí lo ha sido el demandante sin haberse observado ninguno de estos dos requisitos prescritos por la Constitución Política, si establecido está asimismo que la prohibición impuesta por la fuerza pública se debió a orden de autoridad competente y a que se hizo indispensable a un servicio público dependiente del demandado, es de todo punto evidente que a este corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante y consiguientemente que pueden ser regulados estos según ha sido dispuesto en lo resolutivo del aludido fallo”. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 27, sec. 1ª., pág. 744).

23. En el caso “Comunidad Galletué con Fisco”, el 13-XII-1982, el fallo de alzada acogió las peticiones de la demandada, mandando indemnizar los perjuicios sufridos por la actora, Comunidad Galletué, a causa de la declaración de la especie arbórea araucaria araucana como monumento natural, con la consiguiente prohibición de explotación, según la Convención Internacional de protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América; especie cuya explotación era el principal objeto de un fundo de la Comunidad Galletué.

La Corte Suprema el 7-VIII-1984, desestimó el recurso de casación en el fondo del Fisco, considerando: I°) Que la Constitución Política es ley que puede considerarse como fuente de obligación con arreglo al artículo 1437 del Código Civil (c. 2°); II°) Que el decreto Supremo que declaró monumento natural la araucaria araucana no hizo sino singularizar la ley del tratado internacional, poniéndola en ejecución (c. 5°); III°) Que la prohibición de explotación constituía una limitación al dominio autorizada por ley, de conformidad al art. 19 N° 24 de la Constitución; IV°) Que el inciso segundo del número 24 del art. 19 de la Constitución, al autorizar limitaciones al dominio nada estatuye sobre indemnización, pero tampoco la rechaza; V°) Que la indemnización tenía su sustento, en este caso, en la equidad y en la justicia” en el supuesto de que no haya ley, habiendo numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozca por las Autoridades o la Administración o incluso por el propio legislador, las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que está el derecho de propiedad; pudiendo citarse el art. 19 N° 24 que establece la indemnización por expropiación, el art. 19, N° 7 letra c) que dispone la indemnización por el procesamiento o la condena criminal injustificadamente erróneos o arbitrarios, y el art. 41 N° 8° que concede indemnización por las limitaciones al dominio que tengan lugar durante los estados de excepción cuando comporten privación de atributo o facultad esencial y causen daño; siendo de toda equidad que si esto ocurre en los estados de excepción, proceda también la indemnización, con mucho mayor razón, en los estados normales (considerando 9° y 12°), VI°) Que “la ley puede ser también fuente de responsabilidad del Estado si dispone o si permite tomar medidas que lesionen o perjudiquen las garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura, (c. 13°); y VII°) Que la

prohibición del decreto supremo relativo a la araucaria araucana “aunque loable y oportuna... y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios de Galletué”, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y de la justicia”; (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 81, sec. V^a., págs. 181-189).

Como puede verse, en este fallo que es de la mayor trascendencia para la materia de este estudio y para la vida jurídica nacional:

de la a) La Corte Suprema resuelve con justicia; b) la Corte Suprema reconoce la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos; c) La Corte Suprema reconoce la responsabilidad del Estado Legislador; d) La Corte Suprema invoca el fundamento de la igual distribución de las cargas públicas, aunque sin referirlo a la garantía constitucional respectiva ni usar esas palabras, y usa la doctrina del sacrificio especial, aunque sin llamarle con ese nombre; e) La Corte, en definitiva, declara indemnizables las limitaciones al dominio que por su entidad no alcanzan a constituir expropiación, y f) La Corte Suprema, en fin, no decide si falta o no ley para el caso, pues dice “en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto”, y declara que la Constitución es ley apta para ser fuente de obligaciones; pero parece pensar en definitiva que la solución está en la equidad; la falta de decisión sobre este punto fue posible porque en cualquiera de las dos hipótesis la indemnización procedía, y, en consecuencia, la discrepancia con la Corte de Apelaciones no podía tener influencia en los dispositivo del fallo.

En todo caso, debe afirmarse que sí había ley que resolviese el conflicto, conformada por la garantía constitucional del derecho de dominio y la garantía constitucional de la igual distribución de las cargas públicas, según lo expuesto a lo largo del presente estudio: de modo que el fundamento de la indemnización era estrictamente de derecho positivo y no de equidad.

24. En el caso “Mario García Sabugal contra el Ministro de Agricultura”, recurso de protección por prohibición de explotar la araucaria araucana, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 31-V-1990 confirmado por la Corte Suprema el 10-VII-1990, rehusó dejar sin aplicación el decreto que establecía la prohibición, pero no dijo que no hubiese lugar a indemnización, pues este punto no fue en ningún sentido materia de la litis (Fallos del Mes, N° 380, s. 71, pág. 353).

25. En el caso “Cohen, Israel y Abraham con Empresa Nacional de Electricidad S.A.”, la Corte Suprema, fallando un recurso de inaplicabilidad, el 24 de octubre de 1953, declaró que no era inconstitucional el artículo 85 de la Ley General de Servicios Eléctricos, D.F.L. 224 de 15-V-1931, en cuanto autorizaba al concesionario de servicios eléctricos para tomar posesión de los terrenos de particulares en que hubiera de ejercer la servidumbre de línea de transporte de energía eléctrica, antes de que se hubiese dado al dueño la indemnización respectiva, porque el requisito de indemnización previa solo lo establecía la Constitución de 1925 para la expropiación y no para la imposición de servidumbres de utilidad pública a que se refería el artículo 10 N° 10, inciso 3°; habiendo de estarse, entonces, a lo que dispusiese la ley que estableciera la servidumbre (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. I, sec. 1°, pág. 441).

Si bien la Corte Suprema no hizo un pronunciamiento en el sentido de que la Constitución exigiera la indemnización de las limitaciones del dominio, al menos en determinados casos, sin embargo no dijo tampoco que la indemnización no fuese una exigencia constitucional, negando este carácter tan solo al pago previo.

II°) Declaraciones judiciales sobre responsabilidad por actos lícitos

26. En el caso “Juan de Dios Segundo Urrutia con Fisco”, el Juzgado de Cauquenes, el 17 de marzo de 1891, condenó al demandado a indemnizar al actor por el derrumbe de una muralla de su casa ocurrido a consecuencia del rebaje de una calzada practicado por el Fisco

para evitar el apozamiento de aguas lluvias y las consiguientes infecciones en una escuela pública. El fallo da por establecido que el rebaje se hizo muy cerca de la pared; que la casa de Urrutia no tenía cimientos; que un zócalo que ponía el actor para reforzar la muralla se hacía con los mejores trabajadores y materiales; el fallo no da por ilícita la actuación del Estado; no cita ninguna norma del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, y considera que ha sido ejecutado el rebaje sin tomar en consideración los perjuicios que podía ocasionar a los propietarios en sus casas”, y “que habiendo sido ejecutados los trabajos de la calle por orden del Gobierno y habiendo inferido perjuicios al demandante, el Fisco debía abonarlos”. La Corte Suprema confirmó este fallo el 27-VIII-1892. (Gaceta de los Tribunales, 1892, t. I, pág. 837, sent. N° 1.282).

27. La Corte Suprema en fallo de 28-VII-1987, desechó el recurso de casación en el fondo contra la sentencia de 15-III-1985 que, en el juicio “Hexagon Limitada Sociedad Importadora y Exportadora con Fisco de Chile” condenó al demandado por actuaciones abusivas del Servicio de Impuestos Internos. En esa sentencia se sentó el principio de que la responsabilidad del Estado —sin distinguir acerca de la licitud o ilicitud del hecho generador— deriva de las normas de Derecho público que garantizan el derecho de propiedad y la igual repartición de las cargas públicas. Se citó también la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Se dijo que “las normas legales y principios de derecho que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, según la mayoría de los autores chilenos que han estudiado la materia, se encuentran en el Derecho público específicamente en las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, la Constitución Política de 1980 y en las leyes que por mandato de ellas se han dictado” (c. 10°) (Fallos del Mes, N° 344, pág. 355, s. 4).