

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO. CASUÍSTICA CHILENA RECIENTE.*

JORGE LOPEZ SANTA MARIA

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile. Doctor por la Universidad de París.

I. Ha parecido oportuno a los organizadores del Curso que hoy concluye, incluir en él un tema que recién se abre paso en Chile, pero que está llamado a dar principal acogida a las indemnizaciones de perjuicios causados por el Fisco o por entes públicos descentralizados, con personalidad jurídica propia. Se trata de la llamada *Responsabilidad por falta de servicio*.

No podré aquí analizar con detención los escritos de distinguidos profesores de Derecho Administrativo, impulsores de la inclusión de la responsabilidad por falta de servicio en el Derecho positivo de nuestro país. Sin embargo, antes de referirme a varios casos tomados de una novísima corriente jurisprudencial, diré que

sobresalen las aportaciones de los profesores Hugo Caldera Delgado,¹ Enrique Silva Cimma,² y Eduardo Soto Kloss,³ quienes, entre otros, califican sin ambigüedad la responsabilidad por falta de servicio como una *responsabilidad objetiva*, en la que para nada tiene injerencia la reprochabilidad: la culpa o el dolo.

El profesor don Pedro Pierry Arrau, en cambio, ha insistido en que si bien la culpa y el dolo serían impertinentes, ello no basta para que propiamente la responsabilidad se objetive, pues la admisibilidad de la pretensión indemnizatoria, fuera de la relación de causalidad

* Este artículo corresponde a la versión escrita de la conferencia del autor en la Universidad Adolfo Ibáñez, sede de Santiago, pronunciada el 21 de octubre de 1997, en la última sesión del Curso de Perfeccionamiento en Derecho Civil para abogados. El tema de esta publicación también lo trató el autor en el libro en homenaje al catedrático argentino Atilio Aníbal Alterini: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 481 y s.

¹ *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1982. En especial págs. 205-207.

² *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Tomo "El Servicio Público". Editorial Jurídica de Chile, 1995. En especial, pág. 247. Ibid, en tomo "El Control Público", 1994, págs. 216-217. También en *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 799 y 805.

³ *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 1996. En especial págs. 309-310.

material entre la acción u omisión y el daño sufrido por la víctima, presupone acreditar "la falta de servicio" del Fisco o del ente público demandado.⁴ En un sentido parecido se pronuncia el profesor Osvaldo Oelckers Camus, según quien la falta de servicio es indicio de que la responsabilidad directa de la Administración "se objetiviza, lo que no significa que esta sea responsabilidad objetiva".⁵

Si bien la responsabilidad por falta de servicio surge en Chile, al igual que en Europa continental, como una materia del Derecho Público, es inconcuso que concierne a todos los interesados en el Derecho de Daños. Como las distinciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado no siempre son relevantes, me atrevo a pensar que la responsabilidad por falta de servicio irá perfeccionándose, en la práctica nacional, como una materia del Derecho común. Contribuirá decididamente a ello la *unidad jurisdiccional* o ausencia de tribunales de lo contencioso administrativo en nuestra patria, y, además, el obligado empleo del Derecho Civil en el curso de los pleitos y en las sentencias, a la hora de determinar aspectos particulares, no sin importancia, como las categorías y cuantificaciones de los perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño corporal, corrección monetaria, intereses, valor presente, rebaja del quantum de la indemnización por hecho de la víctima, etc.). Tan es así que don Enrique Silva Cimma, para referirse al tópico emplea la expresión Responsabilidad *Civil* Extracontractual del Estado o de los Servicios Públicos Personificados,⁶ lo que también ocurre en la jurisprudencia del Tri-

bunal Supremo de España.⁷ Según expresa el profesor Michel Paillet, en libro recién editado en París: "La responsabilidad pecuniaria de la Administración, como la de las personas privadas, es una *responsabilidad civil*".⁸

II. La norma legal que inicialmente admitiese la responsabilidad por falta de servicio en Chile, fue el artículo 62-3 del Decreto Ley 1.289, del año 1976 (antigua Ley Orgánica de Municipalidades): "La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

El carácter objetivo de la responsabilidad municipal, fundado en el Decreto Ley 1.289, fue declarado, sin rodeos, en un importante fallo de casación pronunciado por la E. Corte Suprema el 24 de marzo de 1981, en la causa "*María Tirado con Municipalidad de la Reina*".⁹ Se demandó a la Municipalidad de La Reina para la indemnización de los daños sufridos por doña María Eliana Tirado, con motivo de su caída en una excavación profunda, situada a menos de dos metros del paradero de buses existente en la esquina de dos importantes arterias de esta capital, hondura que se encontraba sin señalización de ninguna especie. En la sentencia de primera instancia se dio lugar a la de-

⁴ "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en primera parte de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 2, año 1995, págs 17-30.

⁵ "La responsabilidad extracontractual del Estado administrador..." En *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, N° 2, 1989, págs. 441 y s.

⁶ Mismo tomo citado al inicio de la nota 2, pág. 246.

⁷ En la sentencia de la Sala Tercera, sección cuarta, del Tribunal Supremo, pronunciada el 14 de junio de 1991 en un caso de mala praxis médica, se lee: "La responsabilidad *civil* de la Administración cuenta ya en nuestro ordenamiento jurídico con plena aceptación... Lesión (o daño) que cuando sea efectiva, concreta e individualizada deberá ser objeto de indemnización, siempre que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor, *única circunstancia exonerante de ese deber general de responsabilidad que incumbe a los servicios públicos*". (Citado por Fernando Pantaleón, en *Responsabilidad Médica y Responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 69).

⁸ *La Responsabilité Administrative*, Dalloz, 1996, N° 187.

⁹ *Revista Fallos del Mes*, N° 268, págs. 8-10.

manda contra la Municipalidad, y se la condenó a pagar indemnizaciones tanto por daño emergente, cuanto por daño moral. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Contra esta última sentencia, la Municipalidad de La Reina dedujo recurso de casación en el fondo.

Desechando el recurso, la E. Corte Suprema textualmente dijo: "*Que no puede haber infracción de las disposiciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos razonamientos, ha aplicado el principio de la Responsabilidad Objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, la causalidad material*".

Es tan clara la impertinencia del Título XXXV del Libro IV del Código Civil en esta sede, de responsabilidad municipal objetiva, que la E. Corte ni siquiera indirectamente alude al artículo 2329 N° 2 de dicho cuerpo normativo, a pesar que este precepto contempla una situación exacta a la del caso resuelto, presumiendo la culpa del hechor, cuando establece que son especialmente obligados a la reparación: el que remueve las losas en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que allí transitan de día o de noche.

Cabe añadir que la Municipalidad fue condenada, no obstante que careció de la posibilidad de actuar para impedir los daños, sosteniendo en su recurso "que se encuentra suficientemente asentado en el proceso que la excavación se hizo por desconocidos, clandestinamente, sin conocimiento ni autorización de la corporación, cuyos recursos de fiscalización se reducen a dos inspectores municipales".

III. Según el profesor don Claudio Illanes Ríos¹⁰, el primer fallo chileno en acep-

tar la responsabilidad objetiva y directa del Estado fue el recaído en la causa "*Banco Continental con Fisco*". La litis tuvo como antecedente la intervención del banco durante el gobierno del Presidente Allende, y, en especial, la emisión, por decisión de la Administración, de veinte millones de acciones. La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió la contienda el 26 de enero de 1984, siendo pertinente aquí destacar los considerandos 13° y 14°.¹¹

"13° Que en relación a las afirmaciones señaladas en el motivo anterior, debe tenerse en cuenta que se trató de la emisión de 20.000.000 de acciones, que fueron ordenadas por la Superintendencia de Bancos, que es un órgano del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda. En la referida actuación se hizo un uso desviado de la Ley General de Bancos existente a la época de los hechos. Se invocó para actuar un precepto de orden público, como lo era el art. 24 de la Ley General de Bancos. En la especie no se ha tratado de una representación asumida por agentes del Estado. Muy por el contrario, ha sido la intervención de un órgano del Estado, lo que equivale al Estado mismo. La actividad administrativa y los efectos que produce son causados por la voluntad de la administración que expresa la voluntad de la ley, mas no la voluntad del funcionario, la cual debe coincidir con aquélla como requisito para la legalidad o validez de la actuación administrativa. Es lo que en doctrina se denomina la "teoría organicista" (o teoría del órgano), que ampara con mayor amplitud a los administrados, puesto que tanto los actos como las omisiones —sean regulares o ilícitos— son imputables directamente a la Administración. Ellos se atribuyen en forma directa e inmediata al órgano público, sin perjuicio de los efectos internos que la actuación ilegal o arbitraria cause entre el funcionario y la Administración;

¹⁰ En su intervención en junio de 1996, en el Seminario sobre la Responsabilidad Médica que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹¹ La sentencia completa está publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 81, sección 2°, págs. 11-16.

"14^a Que en cuanto a que el fallo recurrido no haya señalado la fuente de responsabilidad del Estado, y que, en la especie, no se haya acreditado el hecho ilícito civil o penal que daría lugar a la indemnización de perjuicios cuya reserva solicitaron los actores, debe tenerse en cuenta que en el caso de autos no se trata de la responsabilidad contractual o extracontractual derivada de un delito o cuasidelito, sino de un acto de autoridad, diferente al de simple gestión. Sobre el particular corresponde mencionar que en esta materia ha existido una evolución significativa de la doctrina. En efecto, en una primera etapa predominó el traslado de los principios del Código Civil en materia contractual y extracontractual. En una segunda etapa se ha ido imponiendo el principio de legalidad, propio de un Estado de Derecho, que determina que el actuar del agente público debe estar dentro del marco de su competencia, por lo que existe una responsabilidad autónoma, hoy perfectamente consagrada en los actuales arts. 6° y 7° de la Constitución Política del Estado".

IV. El 28 de julio de 1987, la E. Corte Suprema dictó sentencia de término en la causa "*Hexagón Limitada con Fisco de Chile*".¹² En segunda instancia se declaró que el Fisco tenía la obligación de indemnizar los daños causados a la demandante por el Servicio de Impuestos Internos, al paralizar éste, en 1977, las liquidaciones de las importaciones de automóviles que efectuaba la empresa Hexagón. La Corte Suprema declaró sin lugar los recursos de casación del Fisco. Veamos los considerandos 10° y 11°.

10°. Las normas legales y principios de derecho que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, 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. Las Actas Constitucionales referidas, vigentes a la época de las

acciones y omisiones que han generado la obligación de indemnizar del Fisco, establecían la responsabilidad del Estado en las siguientes disposiciones: *Acta Constitucional N° 2*. a) "Artículo 3°. Las potestades estatales y las autoridades públicas someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes". b) "Artículo 7°. Los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley". c) "Artículo 6°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las *responsabilidades* y sanciones que la ley señale".

Es decir, de los artículos anteriormente transcritos se concluye que los órganos del Estado, cualesquiera sean sus actividades, resultan responsables por la infracción en que incurren si no "someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes". La infracción a lo preceptuado en el artículo 6° citado origina para el Estado no sólo la nulidad del acto que haya realizado el órgano administrativo, sino, además, las responsabilidades consecuenciales señaladas en los textos legales citados... Todas las normas referidas anteriormente de las Actas Constitucionales se encuentran expresamente contempladas en la Constitución Política de 1980, y en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de diciembre de 1986, que en su artículo 4 establece la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones y en el artículo 44 que

¹²Cfr. *Fallos del Mes*, N° 344, págs 355 y s.

prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen *por falta de servicio*, reconociendo el derecho del Estado de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en la falta que causó el daño.

11°. Que de todo lo analizado precedentemente es forzoso concluir que las normas legales de responsabilidad extracontractual del Estado, por los perjuicios causados a los particulares, provenientes de actuaciones o de omisiones de los órganos de su administración, emanaban y se encontraban establecidas expresamente a la época del presente litigio en las Actas Constitucionales Nros 2 y 3, y, en la actualidad, en la Constitución de 1980 y en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, de 1986. En consecuencia no se han podido aplicar las normas del Título XXXV del Código Civil sobre delitos y cuasidelitos, dentro de las cuales se encuentra el artículo 2332 sobre prescripción de las acciones provenientes de ellos.

V. En el caso "*Quezada con Servicio de Salud*", por deficiente praxis médica, la sentencia del 8° Juzgado Civil de Valparaíso, fechada 6 de agosto de 1992, en lo fundamental fue confirmada en segunda instancia y quedó ejecutoriada.

24°. "Que en la doctrina se han planteado diversas teorías con respecto a la forma como se vincula jurídicamente el poder público y los individuos y, consiguientemente, la manera como los actos de la Administración son imputables u oponibles directamente al Estado. Una de tales teorías es la llamada *Teoría del órgano*, doctrina que se sustenta sobre disposiciones constitucionales y legales, las que debidamente coordinadas dan lugar a un sistema integral y cohesionado y que tiene trascendente importancia tutelar, teoría protectora respecto de los administrados... De allí que para la teoría organicista las consecuencias derivadas de la actuación irregular de un funcionario, como asimismo de los daños causados a terceros, dan lugar a la puesta en movimiento de la responsabilidad administrativa... Las faltas o arbitrariedades u omisiones cometidas por un funcionario pú-

blico hacen responsables *directamente* a la administración frente a los administrados". (Con la llamada teoría del órgano queda superada la doctrina de la responsabilidad por el hecho ajeno).

26°. "Que en nuestro sistema jurídico vigente, la *Teoría del Órgano, en cuanto a la reponsabilidad extracontractual del ente Administrador, encuentra su sustentación primordial en la Constitución Política del Estado, artículos 6°, 38, 24 y 33 número 8*. Especialmente útil resulta a tales efectos transcribir los artículos 6° y 38 de la Carta Fundamental..."

30°. "Considerando que la Ley 18.575 en el artículo cuarto consagra la responsabilidad del Estado frente a los daños causados por los órganos administradores, en la siguiente forma: '*El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiese ocasionado*'.

"Las disposiciones transcritas reflejan fielmente, como se dijo, la responsabilidad *directa* del órgano administrador por las faltas, abusos u omisiones cometidas por un funcionario que pudiere causar daño a los administrados".

39°. "Que, en consecuencia, habiéndose producido efectivamente un daño moral a la actora originado por la vivencia traumática que le significó el observar el quebrantamiento progresivo de la salud de su cónyuge, por la *falta de servicio oportuno* que llevó al deceso inesperado del señor Navarrete, unido al trato descomedido, descortés y poco deferente que se le brindara, debe concluirse que se ha configurado también el otro elemento necesario para hacer responsable al órgano administrador, esto es, el daño efectivo".

VI. En el caso "*Reyes Orellana con Servicio de Salud*", autos del 3° Juzgado Civil de Valparaíso, por sentencia definitiva del 30 de agosto de 1994, la cual se encuentra ejecutoriada, se acogió la acción indemnizatoria fundada en la falta de servicio, deducida por los daños infligidos a don Juan Faustino López, a quien, en intervenciones quirúrgicas practicadas

en el Hospital Doctor Fricke de Viña del Mar, le dejaron apósitos o compresas en el interior de su cuerpo, lo que le causó múltiples trastornos, dolores, un shock séptico, y en definitiva la muerte.

En el considerando 15°, reproducido enalzada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se lee textualmente: “el análisis de las probanzas allegadas a estos autos y especialmente el sumario administrativo tenido a la vista hacen concluir que en el caso que nos ocupa, ha existido una falta de servicio, por parte del Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar, entendiéndose por falta de servicio toda deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público que ocasiona un daño, como lo han definido algunos autores en la doctrina. En efecto, esta falta de servicio está constituida por los siguientes hechos:

a) Haber dejado en el interior del cuerpo del paciente Juan López dos compresas al efectuarle una intervención quirúrgica; b) haber dejado en el interior del cuerpo del paciente, en la intervención quirúrgica del 4 de enero de 1988, una hoja de moltoprén por un espacio de tiempo prolongado más allá de lo indicado médicamente, esto es, desde el 4 al 12 de enero; c) No haber entregado en la Unidad de Cuidados Intensivos el Informe de Protocolo de Urgencia, donde el cirujano que operó describía la operación realizada y se indicaba que había quedado dentro del cuerpo del enfermo una hoja de moltoprén; c) Tardanza en practicar la primera operación y e) la sepsis que se produjo en el paciente...”

VII. El 3° Juzgado Civil de Valparaíso, en la causa “Urbe y otros con Fisco y otro”, condenó al Estado al pago de una indemnización de 120 millones de pesos (entonces unos trescientos mil dólares), más reajustes e intereses, por concepto de daños morales sufridos por los demandantes, con ocasión de la muerte de su cónyuge y madre, derivada de la inoculación a ella del sida, en una transfusión de sangre postparto, en 1987. Este pleito concluyó el año 1996 por avenimiento, antes de la vista de la causa en segunda instancia.

En la sentencia de primer grado, del 28 de noviembre de 1995, se lee: 19°. Respecto del Fisco de Chile, “existen antecedentes, instrumentos y testimonios que prueban que, al 7 de junio de 1987 (día de la transfusión fatal), el sida era una enfermedad conocida en Chile; que su detección era posible mediante la práctica del test de Elisa, y que correspondía al Ministerio de Salud adquirir los implementos y reactivos para detectar la enfermedad, poner esos elementos a la disposición de los Servicios de Salud regionales y dar las instrucciones para su uso”.

28°. “Que el derecho a la salud de doña Alicia Silva Mena y de su hijo Jean Pierre –infectados con el virus del sida– fue conculcado por el Estado en razón de la falta de servicio en que incurrió el Ministerio de Salud al no dotar oportuna y adecuadamente a los servicios respectivos de los implementos y reactivos necesarios para detectar el virus VIH” (Virus de inmunodeficiencia humana).

30°. “Que no es elemento de la falta de servicio la negligencia o culpa, que sí lo es tratándose de responsabilidad extracontractual. En esta última, el artículo 2284 del Código Civil señala como requisito del cuasidelito la culpa. En cambio, tratándose de la falta de servicio, en el artículo 4° de la Ley 18.575 tal requisito no se consigna por el legislador dentro de esa responsabilidad administrativa, por ser ésta de carácter objetivo. Por otro lado, el artículo 4° de la Ley 18.575 habría sido innecesariamente dictado si la responsabilidad del Estado hubiese sido ya regida por las normas del Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil, que trata de los “Delitos y Cuasidelitos”.

VIII. En el caso de la intervención médica practicada el 6 de julio de 1993, en el Hospital Militar de Santiago de Chile, al entonces Ministro de la E. Corte Suprema don Lionel Béraud Poblete (en la cual el correspondiente equipo médico, en lugar de operar la cadera derecha del paciente para implantarle una prótesis, equivocadamente intervino la cadera izquierda), la acción civil indemnizatoria se dirigió por el demandante contra cada uno

de los integrantes del equipo médico, y solidariamente contra el Fisco de Chile.

En la sentencia definitiva de primera instancia, dictada el 28 de marzo de 1995 en el proceso rol 43.556-93 (cuasidelito de lesiones graves), por el Ministro de Fuero don Cornelio Villarroel, son muy importantes los considerandos 71, 72, 73 y 74, a fin de entender qué es hoy en Chile la *responsabilidad objetiva* del Estado *por falta de servicio*.

En la sentencia definitiva de segunda instancia, pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago el 21 de septiembre de 1995 (que mantuvo la condena al Fisco, aunque modificando el monto de la indemnización), se reprodujeron íntegramente los referidos considerandos 71 al 74 de la sentencia recurrida. Los recursos de casación en el fondo en contra de la referida sentencia de 21 de septiembre de 1995, fueron todos declarados sin lugar por la E. Corte Suprema, por sentencia del 20 de junio de 1996.

Se exponen a continuación, los considerandos números 71, 72, 73 y 74 de la sentencia de primer grado, mantenidos sin modificación alguna en la sentencia de término.

71. Que, al efecto de determinar la procedencia de la demanda civil interpuesta en contra del Fisco de Chile, debe tenerse presente:

a) Que en conformidad a lo establecido en el artículo 38 inciso primero de la Constitución Política de la República, una Ley Orgánica Constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, precepto que agrega, en su inciso segundo, que "Cualquiera 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".

b) Que en cumplimiento del mandato de la Constitución, se dictó la Ley 18.575 de 5 de diciembre de 1986 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, la que en su artículo cuarto establece que "el Estado

será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado".

c) Que de las antedichas disposiciones se desprende que para que surja el derecho de "cualquier persona" para reclamar ante los Tribunales de Justicia, y para que nazca para el Estado la obligación correlativa de resarcir o indemnizar el daño, se requiere al menos la concurrencia de los siguientes requisitos: que la persona titular del derecho a reclamo haya sufrido un daño o lesión de algunos de sus derechos; que la lesión al derecho particular del reclamante se haya producido por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades; y que los órganos de la Administración hayan actuado en el ejercicio de sus funciones.

72. Que a este mismo respecto debe tenerse también en cuenta:

a) Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1° inciso 2° de la Ley número 18.575, las Fuerzas Armadas se encuentran expresamente *incluidas* dentro de los órganos que forman parte de la Administración del Estado.

b) Que el Hospital Militar de Santiago es un organismo público militar perteneciente a la Administración Centralizada del Estado; que los doctores W y X son empleados civiles titulares de la Planta de Profesionales del Ejército; que la doctora Y y la auxiliar de enfermería Z se encuentran contratadas bajo las normas laborales del sector privado y se rigen por la ley número 18.476, pero que en sus contratos individuales de trabajo se establece expresamente sin embargo que deben observar el régimen de disciplina imperante en los recintos militares, considerándoseles aún más dentro de la dotación del Ejército; y que los nombrados W, X, Y y Z desempeñan funciones públicas en una Unidad Hospitalaria Castrense, destinadas a dar cumplimiento a las disposiciones de la ley número 18.948 -Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas-, relativas a prestaciones de salud.

c) Que en el Oficio número 1.236 del Segundo Juzgado Militar, se expresa que “la intervención quirúrgica fue realizada por el personal médico que se encontraba desempeñando funciones del Servicio, propias de la naturaleza de una Unidad Hospitalaria Castrense”.

d) Que la intervención quirúrgica al señor Lionel Béraud fue practicada por los médicos y paramédicos ya individualizados, actuando todos éstos en su calidad de funcionarios públicos del Hospital Militar, y remunerados conforme a dicha calidad, por ese Establecimiento.

73. “Que de lo dicho en los dos considerandos precedentes, y de los hechos ya establecidos en ese fallo, se desprende que respecto del Fisco de Chile se cumplen a cabalidad los presupuestos legales de su obligación de indemnizar los daños ocasionados con los hechos establecidos en esta sentencia. En efecto, el artículo 4° de la Ley 18.575 contiene un *mandato objetivo de responsabilidad, que grava al Estado por la sola circunstancia de que el daño producido lo haya sido con motivo de la actuación de un órgano determinado de la Administración, y en el ejercicio de las funciones de éste, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado*. Y aunque de lo relacionado precedentemente consta en forma absolutamente clara que todos los miembros del equipo médico y paramédico que intervinieron en la operación del señor Béraud tienen el carácter de empleados públicos, a los efectos de la aplicabilidad del ordenamiento en estudio, se tiene además presente, sólo a mayor abundamiento, y para que no se considere como una inadvertencia, que no altera esa responsabilidad del Estado la naturaleza del vínculo laboral o régimen que gobierna las relaciones laborales de ese personal médico o paramédico con el Hospital Militar, ya provengan de un Decreto de Nombramiento, ya de un contrato privado, pues la única condicionante legal de la responsabilidad del Estado está constituida en la especie por la exigencia de que el daño se cause actuando el órgano respectivo en el ejercicio de sus funciones”.

74. Que en cuanto al Fisco, entonces, la responsabilidad civil es en lo particular una *responsabilidad legal*, porque deriva exclusivamente de la ley. En efecto mientras la responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpabilidad de su autor, y mientras ella no existe sino a condición de que el hecho perjudicial provenga de su culpa, *la responsabilidad del Fisco es en cambio una responsabilidad Objetiva*, de garantía o de asistencia, *consagrada por razones de equidad* en la Constitución Política y en la ley, en favor de los ciudadanos perjudicados cuando, como en este caso, concurren los presupuestos del artículo 4° de la Ley N° 18.575, como se dijo en el considerando precedente.

Por otra parte, cabe destacar que en la *sentencia definitiva de segunda instancia*, luego de reproducirse los mencionados considerandos números 71 al 74, se tuvo además presente:

“27. Que conforme con lo señalado al contestar la acusación fiscal y la particular, la defensa del Fisco ante estrados ha reiterado las argumentaciones planteadas en aquella oportunidad, sosteniendo que no le cabe responsabilidad alguna, porque la objetiva y solidaria que pretende imputársele en el fallo en estudio constituye una aberración jurídica...”

“28. Que para fundamentar su alegación el representante del Fisco señala que el Hospital Militar cumplió bien y nada omitió en su actuar, en su calidad de órgano, y nada podía impedir respecto de lo ocurrido durante el curso de la operación quirúrgica, ya que no tenía los medios para evitar el hecho propio o ajeno. Añade que el Hospital Militar es una institución de salud de reconocido prestigio, donde se atienden a diversos funcionarios fuera de los miembros del Ejército, incluso a los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema como es el caso del señor Béraud”.

“37. Que a continuación cabe analizar la importancia que tiene la aplicación de la teoría del órgano sobre la responsabilidad en estudio, y respecto de la cual el tratadista Caldera Delgado ha expresado lo siguiente: “Entre los efectos prácticos que se derivan de la aplicación de la teo-

ría del órgano se encuentra el de servir de fundamento jurídico para imputar al Estado o a las demás personas jurídicas de derecho público, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados, a consecuencia de la actividad de los órganos integrantes de aquél. Dicha imputación es posible sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto y también si la causa del daño es la actividad irregular (ilegal) o la actividad regular y lícita de los órganos públicos.

La aplicación de la teoría del órgano a la *responsabilidad extracontractual del poder público prescinde de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público*, como requisito esencial que deba ser tenido en cuenta para hacer recaer en el Estado la obligación de indemnizar a la víctima. Para que la reponsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizado es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido¹³.

IX. Fuera de los siete casos afinados a los que acabo de referirme, y siempre desde la perspectiva casuística escogida para esta charla, he creído pertinente informarles sobre tres procesos por falta de servicio, hoy en trámite.

a) El primero concierne a la tragedia del Estero Minte, ocurrida el 7 de mayo de 1995, en la Ruta Internacional N° 225, de Puerto Varas a la República

Argentina. Apenas aludiré a esta litis, dado mi carácter de abogado patrocinante de los demandantes. Los autos caratulados "Yungue y Otros con Fisco", se tramitan ante el Primer Juzgado de Letras de la ciudad de Puerto Montt (Rol 47.503).

Sobre el Estero Minte, a siete kilómetros de la ciudad de Puerto Varas, se construyó en la Ruta Internacional 225 un terraplén de 15 metros de alto, bajo el cual, y con el objeto de evacuar las aguas del Estero Minte hacia el lago Llanquihue, existía una modesta alcantarilla de cemento. Lo razonable era que en lugar de un terraplén y una alcantarilla se hubiese instalado allí un puente, tal como existe hoy, en virtud de los trabajos posteriores a la tragedia. La alcantarilla, que no pudo servir para evacuar las aguas del Estero Minte, se encontraba en mal estado, con su capacidad de evacuación disminuida por sedimentos y piedras depositados al interior de ella.

El 7 de mayo de 1995, en medio de fuertes lluvias, la alcantarilla se transformó en un dique, el que acumuló toda el agua del estero, dando paso sucesivamente al reblandecimiento, socavamiento y ulterior desmoronamiento del terraplén y de la misma Ruta Internacional, en una extensión de aproximadamente 35 metros. Repentinamente, al inicio de la noche del 7 de mayo de 1995, la ruta internacional en el sector indicado dejó de existir, colapsó, desapareció, dando paso a un forado de 15 metros de profundidad, al que uno a uno fueron cayendo los vehículos motorizados que transportaban a las 27 personas que fallecieron en el lugar.

Los actores, herederos de las víctimas, han demandado indemnizaciones de daños patrimoniales y morales en contra del Fisco de Chile (Ministerio de Obras Públicas), fundándose en la responsabilidad por falta de servicio, admitida en la Constitución de 1980 y en la ley de bases generales de la administración del Estado. En la actualidad se encuentran pendientes los informes periciales decretados en autos, luego de lo cual, debería citarse a los litigantes para oír sentencia definitiva de primera instancia.

¹³ Páginas 205 y 206 del libro citado en la nota 1. Se advierte al lector que en el caso Béraud, recién examinado, el fallo de primera instancia, en especial en el considerando 81°, condena al Fisco en virtud de lo prescrito en el art. 4 de la Ley de Bases N° 18.575, excluyendo expresamente la pertinencia del art. 44 de tal Ley, que es el que emplea la expresión "falta de servicio". Lo que no fue modificado por los tribunales superiores.

b) El segundo pleito en curso es aquel en el cual doña Carmen Gloria Quintana ha demandado al Fisco, fundada en los daños que sufrió el 2 de julio de 1986, autos Rol C-1418-90 del 28° Juzgado Civil de Santiago, en los cuales se dictó sentencia definitiva de primera instancia el 25 de julio de 1997, la cual procedo a transcribir parcialmente.

A fs 1 comparece doña Carmen Gloria Quintana Arancibia, estudiante de Psicología, e interpone demanda en juicio ordinario en contra del Fisco de Chile.

Funda su demanda en los siguientes hechos: Que el día 2 de julio de 1986, alrededor de las 7:45 horas, en la comuna de Estación Central, fue detenida por una patrulla militar comandada por el, a la sazón, Teniente de Ejército PFD. Señala que junto a ella fue detenido también el joven Rodrigo Rojas De Negri y que la comentada detención fue violenta, sufriendo ambos una fuerte golpiza, producto de la cual quedaron severamente lesionados.

Agrega que, luego de haber sido reducidos y mantenidos bajo la custodia militar, fue rociada con bencina de la cabeza hacia abajo por uno de los militares, impregnándose así su ropa con el mencionado combustible, actuando de la misma manera con el otro detenido. Pasados algunos momentos uno de los aprehensores lanzó a los pies de su pierna izquierda una bomba incendiaria, la cual se quebró al contacto con el cemento, produciéndose una inmediata ignición. El fuego tomó sus ropas y ella empezó a arder como una pira humana, lo que ocurrió igualmente con Rodrigo Rojas De Negri. Cuando ya casi se extinguían las llamas en su cuerpo, algunos de los soldados la envolvieron con frazadas para sofocar el fuego y que estando inconsciente la subieron a un vehículo militar en el que fue transportada hasta una zona rural, ubicada en las inmediaciones de Quilicura, en donde fue posteriormente abandonada en una zanja de un camino, junto a Rojas De Negri. En dicho lugar fueron encontrados por unos trabajadores, y luego trasladados a la Posta de Quilicura y de allí a la Posta Central.

Los hechos que originan su acción, fueron conocidos en la causa criminal rol

N° 1609-86, en la que se condenó al actualmente Capitán de Ejército PFD, como autor del cuasidelito de lesiones graves en su persona y cuasidelito de homicidio de Rodrigo Rojas De Negri.

Estando acreditado en dichos autos que el o los autores de los delitos denunciados, tenfan al momento de perpetrarlos la calidad de empleados públicos o servidores del Estado y aún más, los cometieron en el desempeño de sus funciones, o con ocasión de funciones propias como empleados públicos, nace el derecho para la víctima de ser reparada y la obligación correlativa del Estado de reparar el daño ocasionado por sus agentes.

Agrega que los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución Política del Estado, así como también lo dispuesto por la ley 18.575, permiten concluir que los órganos del Estado incurren en responsabilidad y si se originan perjuicios, estos deben ser resarcidos a los afectados.

El artículo 38 de la Constitución reconoce al ofendido el derecho para reclamar de las lesiones inflingidas, ante los Tribunales de Justicia.

Termina pidiendo tener por interpuesta demanda en juicio en contra del Fisco de Chile, y en definitiva acogerla, declarando que el demandado debe indemnizarle a título de daño emergente y moral que le provocaron sus agentes, la suma de \$ 275.740.382 o la suma que el Tribunal fije.

Quinto: Que por su parte el artículo N° 38 de la Constitución Política del Estado, en plena concordancia con lo preceptuado en el Capítulo Primero de dicho cuerpo constitucional, previene que "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".

En igual sentido el artículo 4° de la Ley sobre Bases de Administración del Estado, dispone que: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

Las mencionadas normas contienen pues, el derecho correlativo que le asiste a todo particular de ser reparado frente a las actuaciones administrativas que le provoquen daño, sin distinción del grado de daño causado, como asimismo si el mismo proviene de una acción u omisión del órgano público.

Cabe destacar que la citada norma constitucional establece una *responsabilidad de carácter orgánico*, esto es, la imputación del daño recae directamente sobre el órgano administrativo, como ente de la Administración Pública. No obsta a la existencia de responsabilidad para la Administración, que el daño se haya originado por falta o culpa personal del servidor público.

Octavo: Que en lo relativo a la tesis fiscal, que pretende la ausencia de responsabilidad estatal, por haber incumplido PFD las normas estatutarias laborales y haber contravenido expresamente sus obligaciones funcionarias, cabe señalar que sólo son condiciones para la existencia de responsabilidad estatal, la existencia de daño para un administrado y una actuación u omisión de parte de la administración, que haya sido la causa de tal daño, de manera que entre ello exista una necesaria relación de causalidad.

Así, las normas que regulan la materia no distinguen sobre el tipo de actuación de la Administración que da origen al daño, esto es, si se ha realizado dentro del ámbito de las funciones administrativas o bien en abierta contravención a las mismas, basta que operen las condiciones más arriba indicadas, para que sea procedente la indemnización.

En la especie nos encontramos frente a una *responsabilidad de carácter objetivo*, sin que haya que entrar a examinar la concurrencia de dolo o culpa.

Que a mayor abundamiento, pretender que opere como una verdadera causal de irresponsabilidad para el Fisco, el que el agente estatal haya obrado contraviniendo sus obligaciones funcionarias, resulta del todo ilógico, atendido que, si existe responsabilidad a propósito de un acto que se apegue a la normativa estatutaria, con mayor razón entonces cuando el funcio-

nario público se aleja de dichos estatutos y pasa a obrar fuera del amparo legal.

Noveno: Que la indemnización de perjuicios como institución tiene un carácter eminentemente reparatorio, esto es, tiende a restablecer de algún modo la situación en que la víctima se encontraba con anterioridad a la producción del daño y a morigerar los efectos de éste.

De lo anterior entonces es posible afirmar que la pensión de gracia otorgada a la actora por el Fisco no excluye la posibilidad para ella de demandar las indemnizaciones pertinentes, en atención a que dicho beneficio tiene un carácter meramente asistencial y que se otorga como la propia ley la denomina "*por gracia*", esto es, por voluntad del Ejecutivo a propósito de la concurrencia de ciertas circunstancias que así lo ameriten.

Las indemnizaciones por su parte se caracterizan por ser eminentemente reparatorias, constituyendo por esencia no una mera liberalidad de quien las otorga, sino que la obligación correlativa del derecho de la víctima a ser reparada.

De lo expuesto precedentemente, es fuerza concluir que la pensión de gracia otorgada a la demandante, cualquiera sea la suma a que ella ascienda, no representa una indemnización y de ninguna manera le impide accionar el reclamo de las mismas ante el órgano jurisdiccional competente... Las pensiones de gracia revisten un carácter asistencial y no indemnizatorio.

Vigésimo: Que, en relación al daño moral, la existencia de esta clase de daño en la especie, ha de tenerse por plenamente acreditada, habida consideración de la magnitud y gravedad de las quemaduras sufridas por la actora, las que necesariamente han de producir un dolor físico de profunda intensidad, y un inevitable dolor psicológico de verse expuesta, en forma permanente, a irreparables alteraciones físicas, funcionales y estéticas, que adquieren mayor relevancia en consideración al sexo y edad de la víctima de los hechos en que se sustenta la demanda de autos.

Vigésimo segundo: Las lesiones de que dan cuenta los testimonios gráficos rese-

ñados, permiten establecer que cualquier persona que haya visto expuesta su integridad física a tales lesiones sufre dolor y angustia de ver las condiciones en que ha quedado su cuerpo y que el desarrollo de su vida cotidiana se desenvolverá en condiciones que distan mucho de ser las normales.

Vigésimo cuarto: Que acorde a la testifical, la actora ha sido discriminada socialmente, que tuvo serios conflictos a la hora de iniciar una relación sentimental, que estando embarazada, sus lesiones físicas hicieron temer por la vida de su hijo, que fue tratada de terrorista por un médico en una Clínica de la ciudad —quien llegó incluso a oponerse a que la actora fuera atendida en ese centro asistencial—, que de ninguna manera puede realizar una serie de actividades tales como practicar deportes, correr, usar trajes de baño, ni exponerse al sol, etc.

Vigésimo sexto: Que en segundo término no cabe duda que dicho daño moral es de una gravedad innegable, que ni siquiera el transcurso del tiempo logrará borrar.

Vigésimo noveno: Que en el caso de autos correspondía al Fisco de Chile acreditar que la actora se expuso imprudentemente al riesgo, cuestión que no ocurrió, ya que no aportó prueba alguna tendiente a probarlo.

Trigésimo: Que de acuerdo con lo dicho y analizado, atendida la magnitud del daño moral sufrido por la actora, éste será regulado en la suma de \$ 240.000.000.

Que con respecto al daño emergente, a éste se dará lugar de acuerdo con lo acreditado, por la suma de \$ 11.740.382.

Y vistos además lo dispuesto por la Constitución Política del Estado... y demás disposiciones legales, se declara: Que se acoge la demanda, condenándose, en consecuencia, al Fisco de Chile a pagar a la actora la suma de \$ 251.740.382 a título de indemnización de perjuicios, la que devengará intereses a partir de la notificación de la presente sentencia; consúltese si no se apelare.

c) El tercer pleito seleccionado en el curso, es el juicio ordinario iniciado por

William Fernández Cárcamo y por sus cuatro hermanos legítimos en contra del Fisco, por los daños morales que sufrieron a consecuencia de la muerte de su padre, el transportista don Mario Gilberto Fernández López. En primera instancia, el 2° Juzgado de La Serena, el 26 de julio de 1995, dispuso el pago de 150 millones de pesos por daños morales (un quinto para cada uno de los 5 actores). Parcialmente transcribo, a continuación, la sentencia definitiva de segunda instancia, pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de La Serena, el 23 de julio de 1997.

2. Que con las copias autorizadas de las sentencias definitivas recaídas en los autos rol N° 1979-84 del Segundo Juzgado Militar de Santiago y de la I. Corte Marcial, documentos todos que acompañados con citación no fueron objetados, se tiene por probado que el 18 de octubre de 1984 don Mario Gilberto Fernández López, quien se encontraba detenido en una dependencia de la Central Nacional de Informaciones (CNI) de esta ciudad, fue objeto de golpes y aplicaciones de corriente eléctrica en diversas partes del cuerpo, que le efectuaron X y Z, los que le causaron erosiones y equimosis en distintas partes del cuerpo y además un shock por ruptura de víscera abdominal, lesiones estas últimas que produjeron su fallecimiento.

3. Los señalados X y Z eran funcionarios de la Central Nacional de Informaciones, esto es agentes del Estado, quienes el 18 de octubre de 1984 al hacer objeto de apremios físicos al detenido, se encontraban actuando con ocasión de sus funciones, según las cuales debían interrogarlo a fin de esclarecer si le habría cabido participación en actos contrarios a la ley N° 17.798 sobre Control de Armas.

7. Que con las declaraciones de testigos, las que reúnen los requisitos señalados en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, se tiene por probado que el fallecimiento de su padre Mario Fernández López acarreó a los actores un sufrimiento especialmente agravado por la circunstancia de haber sido consecuencia de crueles y denigrantes apremios que le fueron impuestos, pérdida que además los

dejó en una situación de desamparo paternal y económico que les impidió subvenir a necesidades como el arriendo de la casa en que vivían, consumos domiciliarios y gastos de educación, debiendo además por la falta de medios en que quedaron disgregarse y vivir allegados junto a diversos familiares.

8. Que se tiene por probado que don Mario Fernández López en la época previa a su fallecimiento se desempeñaba como empresario de transportes lo que le permitía una vida holgada a él y a su familia, en la que se comprendía a los actores.

9. Que la acción deducida está orientada a obtener que se declare en favor de los actores el derecho a ser indemnizados en las sumas que se señalan por la responsabilidad en que habría incurrido el Estado demandado al haber causado el fallecimiento del padre de los actores, dos agentes del mismo con ocasión del desempeño de su funciones, acción que basan los demandantes en los artículos 38 inciso 2° y 6 y 7 de la Constitución Política de la República. La acción establecida se encuentra contemplada legalmente en los artículos 2 y 4 de la Ley N° 18.575 siendo por consiguiente diferente a aquellas referidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, no siéndole por tanto aplicable el plazo de prescripción de cuatro años del artículo 2332 del dicho Código, por lo que, y al no haber otra norma que se refiera específicamente al plazo de prescripción, deberá estarse a la regla de carácter general contemplada para la prescripción de las acciones ordinarias, contenida en el artículo 2515 del Código Civil, que es de cinco años, plazo que en el caso de autos aun no transcurría, como resulta de las fechas en que se ha tenido por probado el acaecimiento del fallecimiento de don Mario Fernández López (18 de octubre de 1984) y la notificación de la demanda (25 de septiembre de 1989).

11. Que debe estimarse que en el presente caso corresponde responsabilidad extracontractual al Estado y no solamente a sus agentes, y debe concluirse así de lo dispuesto claramente en las siguientes

normas de rango constitucional: el artículo 19 N° 1 de la Constitución que señala que se asegura a las personas el derecho a la vida y que se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo, lo que por cierto se ha acreditado que no se respetó, en relación a don Mario Fernández López, padre legítimo de los actores; el artículo 5° inciso 2° de la Constitución que expresa que es deber de los órganos del Estado respetar los derechos garantizados por la Constitución, entre los que figura en primer lugar el derecho a la vida antes citado; el artículo 6° de la Constitución que dice que los órganos del Estado se deben someter en su acción a la Constitución y que las reglas de ésta obligan a los integrantes de dichos órganos, lo que aplicado al caso de autos se traduce en que los agentes de la Central Nacional de Informaciones debieron respetar el derecho a la vida de Mario Fernández López y no pudieron hacerlo objeto de apremios ilegítimos, incurriendo en infracción a esta norma al no hacerlo; el artículo 38 inciso 2° de la Constitución que señala que cualquiera 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, lo cual es una alusión evidente a reclamar en contra del Estado, ya que al final expresa en forma diferenciada que la reclamación es sin perjuicio de aquella que pueda afectar al funcionario causante del daño.

12. Que la responsabilidad extracontractual del Estado, además está expresamente referida en las normas de los artículos 2 y 4 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado.

13. Que aludiendo el artículo 4 de la Ley N° 18.575 a que el Estado responde por "los daños" y no distinguiendo o clasificando tales daños según su naturaleza, debe estimarse que se refiere a todo perjuicio material y/o moral o afectivo que pueda ocasionarse a una persona, dentro del cual debe comprenderse a aquél sufrimiento experimentado por los actores y que califican como *daño moral*, el cual esta Corte en atención a las circunstan-

cias especialmente crueles en que ocurrió el fallecimiento de su padre como consecuencia de las violencias de que lo hicieron objeto los agentes del Estado estima del caso se deberá fijar en la suma de \$ 50.000.000 para cada uno de los 5 actores, los que se pagarán reajustados en la variación del Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a la fecha de esta sentencia y el mes anterior a aquél en que el pago se realice.

14. Que debe estimarse que se produce la relación de causalidad entre el daño moral experimentado por los actores y el hecho del fallecimiento de su padre, ya que suprimiendo mentalmente este último desaparecería el primero.

Y visto además lo dispuesto en los artículos que se citan, se declara:

Que se confirma la sentencia antes citada en cuanto hace lugar a la demanda de autos, con declaración que la suma a cancelar a cada uno de los actores, por el daño moral experimentado, ascenderá a \$ 50.000.000, y se pagará reajustada según se señala en el fundamento N° 13;

Que se revoca la sentencia antes aludida en cuanto niega condenar en costas a la demandada y en su lugar se la condena al pago de las costas del juicio.

Que se niega lugar a las excepciones de prescripción opuestas por el Fisco de Chile.

X. Unos breves comentarios, para concluir:

a) Discrepo de quienes postulan que la falta de servicio consiste en que el órgano administrativo se comportó mal: "No actuó como habría debido actuar"... Esta fórmula de inocente apariencia (no actuó como habría debido actuar), desemboca en el regreso más o menos disimulado a la culpa, pues la culpa precisamente existe cuando el demandado, confrontando a un hombre medio (apreciación in abstracto), "no actuó como habría debido actuar".

De acogerse hipotéticamente tal fórmula, el Fisco y los servicios descentralizados podrían invocar en su beneficio, acaso con cierta probabilidad de éxito, el concepto válvula o estándar flexible del "funcionamiento medio del órgano", es decir

que a la Administración sólo le sería exigible tal o cual conducta correcta, si hubiese dispuesto de los recursos financieros, técnicos y humanos para actuar oportuna y eficazmente ante las circunstancias del caso concreto.

Empero, la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Según la sentencia del Tribunal Supremo Español, de 1991, a la cual hice alusión en la nota 7, "la única circunstancia exonerante es la fuerza mayor". Basta, por lo tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad.

A mi entender, si la acción u omisión de la Administración o su retardo causan daños, eso es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas. La falta de servicio es un resultado; es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia.¹⁴ La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados.

No corresponde aplicar el supuesto estándar del funcionamiento medio del servicio, para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, so pretexto de que la falta de eficacia fue resultado de carencia de recursos. Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias de errores en la distribución del Presupuesto Nacional.

b) La posibilidad de que la Administración evite indemnizar acreditando un caso fortuito o fuerza mayor, es un tópico que pertenece al terreno de lo opinable.

Ni la Constitución, ni las leyes establecen esta causal de ruptura de la relación de causalidad en la responsabilidad por falta de servicio.

La responsabilidad por falta de servicio es una de las múltiples manifestaciones contemporáneas de la responsabilidad objetiva. No es de la esencia de la responsabilidad objetiva que el demandado pueda justificar sus acciones u omisiones

¹⁴ Como lo dice don Eduardo Soto Kloss, en la página 335 de su obra *Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, comentando favorablemente lo resuelto en el caso "Tirado con Municipalidad de La Reina".

nes con el caso fortuito. Al revés, existen casos en que se le prohíbe al demandado, en ciertos campos de responsabilidad objetiva, invocar el caso fortuito. V. gr. Ley 18.302, de 1984, en relación con la Convención de Viena sobre responsabilidad por daños nucleares (D. Oficial del 8-3-1990). No es indispensable recordar la catástrofe de Chernovyl en Ucrania, con su atroz secuela de miles de cánceres y de trastornos genéticos que se manifestarán en futuras generaciones. Basta quedarnos cerca, basta tener presente que en Argentina hay varias plantas de producción atómica de energía eléctrica...

A propósito de nuestros estimados vecinos argentinos, cuyo Derecho de Daños está muchísimo más adelantado que el nuestro, su Código de Minería prescribe en el artículo 58: El propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos, aunque *provengan de accidentes o casos fortuitos*.

Desaparecida la reprochabilidad como factor de atribución de la responsabilidad en sedes objetivas, no todo es vigor y presencia de la doctrina del riesgo creado o riesgo provecho. *Hay otros criterios válidos*, entre los cuales sobresale la teoría de la garantía, inventada en 1947 por Boris Starck, en Francia: tanto la responsabilidad basada en la culpa, como la responsabilidad basada en el riesgo tienen el defecto de poner todo el énfasis en el autor de los daños. Lo esencial, en cambio, son las víctimas. Hay colisión de derechos. Al derecho de actuar de los que causan los daños, se opone el derecho a la seguridad de las víctimas. Recordemos que en la primera de nuestras garantías constitucionales se asegura a todas las personas el derecho a la integridad física y síquica (art. 19 N° 1, Constitución de 1980). El Fisco debe garantizar la integridad de las personas. Si este llegare a ser el fundamento de la responsabilidad por falta de servicio, es posible que el rol del caso fortuito tienda a desaparecer o cambie sustancialmente de fisonomía.

Según lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Valdivia, jamás las lluvias,

por tormentosas que hayan sido, constituyen fuerza mayor en esa zona del país¹⁵.

En cualquier perspectiva, no creo que la tendencia de nuestra jurisprudencia vaya a consistir en dar fácilmente por establecidos o comprobados los casos fortuitos. Al contrario, me atrevo a pronosticar que también en Chile se impondrá la corriente fundamental del Derecho Comparado de Daños, cual es conseguir que las personas lesionadas sean equitativamente indemnizadas. Toda la responsabilidad objetiva, y no sólo aquella por falta de servicio, contribuye a este designio; a la socialización de los daños; al reparto solidario de las incidencias pecuniarias de los duros golpes del destino, evitando que las víctimas, fuera de sus sufrimientos y de su dolor, queden en la pobreza material.

c) En 1994 combiné, en Europa, unos días de trabajo con otros de ocio. Con un hijo, entonces de quince años, recorrimos una parte de Francia y otra de Suiza, visitando amigos y disfrutando al máximo de dos semanas de vacaciones. Al final del viaje, en el automóvil arrendado en que habíamos recorrido algo más de tres mil kilómetros, mientras lo llevaba al aeropuerto de París para su regreso a Chile, le pregunté qué le había impresionado más en su primera visita a Europa... Me contestó: ¡Ni en las calles, ni en los caminos, ni en las carreteras, jamás vi un solo hoyo!

En cambio, en estos últimos meses, y hasta hoy por la mañana inclusive, en el elegante barrio residencial de Recreo, en Viña del Mar, sector donde se ubica la Casa Central de la Universidad Adolfo Ibáñez, para conducir el coche rumbo al trabajo es indispensable esquivar decenas de grandes hoyos, cada uno de los cuales es una peligrosa trampa, que puede ser fuente de daños graves y no sólo materiales... Muchas calles y rutas de Chile son, a fines del siglo XX, una suerte de campos minados.

La responsabilidad por falta de servicio, que impone a los órganos del Estado

¹⁵ Cfr. Fernando Fueyo Laneri: *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 390.

mayor vigilancia para prevenir accidentes y perjuicios relacionados con sus labores propias, es un mecanismo jurídico generador de progreso, y de una mejor calidad de vida de las personas... Tenemos el derecho a transitar por lugares seguros. Tenemos el derecho a que no nos inoculen el sida, si nos conducen a un hospital para una transfusión de sangre. El ciudadano que es detenido no debe ser torturado, etcétera.

A los órganos del Estado les costará mucho dinero el previsible aumento de litigios conexos a la responsabilidad por falta de servicio, pero el correlato que justifica dicho gasto son también los impues-

tos directos, con tasas hasta del 45% de las rentas, e indirectos, con tasas hasta del 70% sobre los precios de venta al consumidor, que los chilenos proseguimos pagando al Fisco de Chile, sin que el Servicio de Impuestos Internos ni nadie tengan consideraciones especiales con los contribuyentes... Por lo demás, tal como los ciudadanos precavidos, y como la inmensa mayoría de los empresarios, se ponen a cubierto de las calamidades a través de contratos de seguros de daños, no diviso razones válidas para que los órganos de la Administración prescindan de este mecanismo, que casi siempre forma pareja con la responsabilidad objetiva.