

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO¹

Pedro Pierry Arrau*

I. INTRODUCCIÓN

La evolución que ha experimentado el tratamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido diversa en los distintos países y ella ha dependido de múltiples factores tanto jurídicos, como históricos y culturales, los cuales coinciden, sin embargo, en la búsqueda de soluciones tendientes a otorgar a los ciudadanos una adecuada protección legal frente a los daños sufridos en su persona o propiedad derivada de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general. Es así como en algunos países el desarrollo de la institución ha sido principalmente obra de la jurisprudencia de los tribunales; por el contrario, en otros ha sido la ley la que ha establecido la forma y condiciones en que el Estado responde por los daños causados con su actividad administrativa. En países

¹ Adaptación de artículos por el mismo autor en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 5, Valparaíso 1975. *Anuario de Derecho Administrativo* N° 1 Universidad de Chile, Santiago 1975-1976. *Ediciones Revista de Derecho Público. Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCII N° 2 Mayo-Agosto 1995. *Revista de Derecho Público* Universidad de Chile N° 59 Enero-Junio 1996.

* PEDRO PIERRY ARRAU es Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso y Universidad de Chile.

como Francia, donde existe una jurisdicción especializada para conocer de los asuntos contencioso administrativos, la responsabilidad extracontractual del Estado se ha ido desarrollando a partir de normas o principios propios, distintos de los que regulan las relaciones entre particulares; en otros, la evolución ha consistido precisamente en la sucesiva aplicación a la Administración de las normas y principios del derecho privado.

En nuestro país la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia sobre responsabilidad del Estado se construyó sobre la base de la aplicación de las normas del Código Civil, no existiendo sobre la materia ninguna actividad legislativa de importancia hasta la dictación del Decreto Ley 1.289 Ley Orgánica de Municipalidades en 1976 y la Ley 18.583 de 1986 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Esta jurisprudencia, sin embargo, se vio considerablemente limitada en cuanto al campo de aplicación, debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, lo que se tradujo en que esa doctrina jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia.

Los autores de derecho administrativo chileno paralelamente se refirieron a la cuestión en relación con los principios del derecho francés, que es el que preside todos los estudios sobre el tema. Tal es así como los conceptos de falta de servicio, falta personal, responsabilidad por riesgo, etc., se encuentran en casi todos los textos nacionales que lo tratan, sin que hubieran encontrado aplicación en los fallos de los tribunales.

La constante referencia al derecho francés por parte de los autores es perfectamente comprensible, ya que es en ese país donde la disciplina ha alcanzado su más alto grado de desarrollo. Sin embargo, cabe preguntarse si el derecho nacional en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado no se asemeja más al derecho de países donde el juez que conoce de la actividad de la Administración es el mismo que resuelve las contiendas entre particulares, aun cuando pertenezcan a distintos sistemas jurídicos. No es aventurado afirmar que el desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia se debe exclusivamente a la existencia del Consejo de Estado, alto tribunal administrativo separado completamente del Poder Judicial, como órgano de control jurisdiccional de la Administración. La dictación del Decreto Ley 1.289 y principalmente de la ley 18.583 transformó en derecho positivo chileno las instituciones francesas de falta de servicio y falta personal.

II. CONCEPTO DE FALTA DE SERVICIO Y FALTA PERSONAL.

El comienzo del desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Francia, lo dio el célebre fallo "Blanco" del Tribunal de Conflicto de 8 de febrero de 1873² en el cual se estableció "que la responsabilidad que puede incumplir al Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares". De acuerdo a ese fallo, considerado la piedra angular del derecho administrativo francés, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que, por el contrario, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

La referida sentencia "Blanco" permitió al Consejo de Estado construir la responsabilidad del Estado al margen del Código Civil y formular la capital distinción entre falta de servicio y falta personal que permitió conside-
 derar a la Administración como responsable sin recurrir a la noción de culpa o dolo por parte del funcionario o agente público.

La falta de servicio así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo.

Es claro sí que todo daño causado por mala organización o mal funcionamiento de los organismos públicos, en último término, sólo puede provenir de la acción u omisión de una persona humana, de tal modo que el Estado se verá, en definitiva, condenado a indemnizar daños causados por el hecho ajeno, en este caso, de un agente o agentes públicos. Ahora bien, estos agentes públicos causantes del funcionamiento defectuoso del servicio pueden estar o ser perfectamente individualizados o, por el contrario, dicho mal funcionamiento puede deberse a un conjunto de situaciones im-
 posibles de imputar a nadie en particular.

En la falta de servicio, sin embargo, la persona del funcionario no interesa, ya que este no es responsable civilmente ante la víctima ni ante la Administración y para el caso en que sea perfectamente individualizable,

² Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, M. Long, P. Weil, G. Braibant, Ed. Sirey 1965 N° 1, pág. 5.

su acción u omisión puede o no ser constitutiva de una falta administrativa, siendo este hecho, en todo caso, independiente de la existencia de la falta de servicio.

Resulta preciso destacar, además, que la noción de mal funcionamiento del servicio público es variable según las características del servicio de que se trate y de la gravedad de la falta. Así, la jurisprudencia francesa excluyó en un comienzo a ciertos servicios de toda responsabilidad por su actividad y para otros exigió, para aceptar la noción, un grado de gravedad mayor. Lo anterior es importante, ya que la aplicación indiscriminada de la teoría cada vez que se ocasione un daño a un particular por el mal funcionamiento de un servicio podría resultar ilusoria, atendidos las condiciones y los medios con que deben funcionar muchos servicios públicos en países donde no se cuenta con los recursos económicos adecuados.

La emisión de un acto administrativo ilegal constituye, por lo general, una falta de servicio; compromete, por lo tanto, la responsabilidad del Estado si se causa un daño a una persona. En la dictación de esos actos ilegales no interesa la persona del funcionario o autoridad que lo dictó, sin perjuicio en todo caso de la responsabilidad administrativa que pueda corresponderle o a la existencia de una falta personal, siendo siempre el Estado el que responderá por los perjuicios que causen sus actos administrativos ilegales.

Como se ha señalado, entonces, si la actividad jurídica ilegal de la Administración o su mal funcionamiento causan un daño, ella será casi siempre comprometida su responsabilidad, y no así el agente o funcionario, cuya actividad directa o indirecta lo ha ocasionado. Este principio se altera, sin embargo, en el caso de la denominada falta personal que hará en definitiva recaer en el funcionario la reparación de los perjuicios.

La falta personal es, según la doctrina francesa, aquella que es separable del ejercicio de la función; separación que puede ser material, por el hecho de tratarse de actos realizados fuera del ejercicio de toda función, en la vida privada del funcionario, por ejemplo, o psicológica, cuando el acto realizado ha obedecido a móviles personales, cuando se ha obrado con la intención de agraviar, casos en los cuales el funcionario se ha apartado de la finalidad de su función, o cuando ha existido por parte del autor una grave imprudencia o negligencia. Al respecto, señala Laferrière, citado por diversos autores franceses³, que habría falta personal cuando el acto revela

"al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias"; por el contrario, si el acto es "impersonal, si revela un administrador, un mandatario más o menos sujeto a error", habría falta de servicio.

Como puede apreciarse, el concepto de falta de servicio es independiente de la existencia de culpa por parte del funcionario, presupuesto este que resulta relevante, ya que un acto culposo puede constituir una falta de servicio y no comprometer la responsabilidad de su autor, la cual sólo quedaría comprometida en el caso que el acto constituya una falta personal.

La distinción entre falta de servicio y falta personal tuvo su origen en Francia en la existencia de una jurisdicción administrativa paralela y separada de los tribunales ordinarios. Así se estableció a partir del fallo "Pelletier" del Tribunal de Conflictos de 30 de julio de 1873⁴ ya que en virtud del cual se determinó que, si los reclamos por indemnización de perjuicios en contra del Estado correspondían a una falta de servicio, el tribunal administrativo era competente para conocer de él, no pudiendo en este caso el tribunal ordinario condenar al funcionario a la reparación de los perjuicios. Por el contrario, si se trataba de una falta personal, sería competente ese tribunal y podría conocer la demanda sin que ello implicara entrar a controlar la actividad administrativa, siendo por su parte incompetente el tribunal administrativo. Esta distinción ofreció al derecho francés una fórmula de protección de los derechos de los particulares conjugada con una adecuada protección de los funcionarios por las consecuencias de sus actos.

La evolución posterior del derecho francés condujo a aceptar la posibilidad de la coexistencia de la falta de servicio con una falta personal del funcionario. Así fue como en el conocido fallo "Anguet", de 3 de febrero de 1911⁵, el Consejo de Estado abrió la vía a la doctrina llamada del "cúmulo de responsabilidades". En la especie, se trató de dos hechos diversos: uno constitutivo de falta de servicio y otro de falta personal, cuya coexistencia dio origen a un accidente, configurándose de esa forma un cúmulo de faltas, por cuanto coexistieron los dos tipos mencionados.

Posteriormente se admitió la responsabilidad del Estado en todos aquellos casos en que la falta personal del funcionario se hubiera cometido con los medios o instrumentos puestos a su disposición por el servicio. Se señaló con ocasión del fallo "Lemonnier" del Consejo de Estado de 1918⁶ que "la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de

³ André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 4ª Ed. L.G.D.J.

Paris 1967 N° 1132, págs. 609, Marcel Waline: *Droit Administratif*, 9 Ed., Ed. Sirey 1963 N° 1368, págs. 794, Jean Rivero: *Droit Administratif*, 3ª Ed., Dalloz, 1965 N° 296, págs. 239.

⁴ Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, N° 2, págs. 9.

⁵ Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative N° 27, págs. 99.

⁶ Esposos Lemonnier: Consejo de Estado 26 de julio de 1918. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, N° 38, págs. 145.

la falta". El Estado es responsable desde el momento que la falta personal "no se encuentra desprovista de todo lazo con el servicio".

De este modo, como señala Jean Rivero⁷, el Estado aparece como debiendo indemnizar a los particulares en razón del riesgo ocasionado al proporcionar a los funcionarios los medios o la oportunidad de cometer faltas personales. En este caso no existe cúmulo de faltas, sino únicamente la falta personal, existiendo, eso sí, "cúmulo de responsabilidades", y la víctima podrá dirigirse, en consecuencia, indistintamente contra la Administración o contra el funcionario; o sea, ante la jurisdicción administrativa o ante la jurisdicción ordinaria, según sea el caso. Si elige el primer camino, el Estado podrá repetir en contra del funcionario, ante los tribunales administrativos, por lo que haya debido indemnizar a la víctima.

III. LEGISLACIÓN CHILENA

Cuando la Comisión encargada de la redacción del proyecto sobre organización básica de la Administración Pública propuso la incorporación de la disposición que posteriormente pasaría a constituir el artículo 44 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, no pretendió introducir en Chile un injerto extranjero, sino que incorporar al derecho público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, en opinión de la mayoría de los autores, constituye la mejor solución lograda por el derecho, para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La solución francesa, adoptada por varios otros países del sistema de derecho continental, es considerablemente mejor que el sistema anglosajón y para qué decir del sistema que hasta la fecha se venía utilizando en Chile, adaptando el artículo 2320 del Código Civil y, hasta una fecha reciente a la promulgación de la Ley de Bases, utilizando la añeja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

Se propuso en ese entonces, y así quedó finalmente, resumir todo el sistema francés de la responsabilidad extracontractual del Estado, en las dos frases que constituyen el artículo 44: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No

obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". La redacción de la norma menciona por primera vez en el derecho chileno los conceptos de falta de servicio y falta personal, sobre los que gira el sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado. En forma explícita, ya que anteriormente, si bien la institución estaba, no se mencionaba expresamente. En efecto, el artículo 62 del Decreto Ley 1.289 de 1975, Ley de Municipalidades, señalaba que "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", lo que equivalía a lo mismo, a pesar de la situación producida con la falta de adecuación del concepto de falta personal, ya que el artículo 61 inciso cuatro obligaba a los funcionarios a indemnizar "los perjuicios que ocasionaren con sus actuaciones dolosas o culpables", como fue señalado en su oportunidad⁸.

La Comisión propuso, y así se aceptó, que en el título primero sobre normas generales existiera un artículo que estableciera, de un modo general, la existencia del principio de la responsabilidad del Estado, artículo que de ningún modo debía entenderse contradictorio del mencionado anteriormente, sino que sentaría el principio que posteriormente se concretaba estableciéndose las condiciones de la misma. Cabe señalar que eso, que ha dado lugar a mucha confusión en su aplicación, en realidad fue una concepción, en el seno de la Comisión, a posiciones divergentes acerca de cómo entender el sistema de responsabilidad que se proponía para Chile. Para algunos la existencia de esta disposición permitiría en un futuro que la jurisprudencia avanzara aceptando, por ejemplo, la teoría de la responsabilidad por riesgo, también creación del Consejo de Estado francés y donde no existe falta imputable a la Administración ni al funcionario.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado promulgada el 5 de diciembre de 1986 tuvo varias diferencias con el proyecto elaborado originalmente y que casi sin modificaciones remitió al Presidente de la República la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales con fecha 6 de diciembre de 1983. La más importante de ellas fue la de excluir de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde quedó ubicado como artículo 44 el sistema introducido de responsabilidad extracontractual, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a

⁸ Al respecto ver nuestro artículo: De la responsabilidad extracontractual de las Municipalidades. Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile. Valparaíso, N° 12, año 1978, y Anuario de Derecho Administrativo N° 2, 1977-1978. Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, Santiago.

⁷ Jean Rivero: Obra citada, N° 301, págs. 262.

las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18. Cabe señalar que la Ley de Municipalidades número 18.695, que sustituyó al Decreto Ley 1.269, estableció en idénticos términos que el artículo 44, la responsabilidad de las Municipalidades, por lo que la excepción no alcanza a las Municipalidades en esta materia.

El artículo 18 de la Ley de Bases introduce un grave problema para el tratamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. No afecta mayormente a otros aspectos, ya que el título II, de cuya aplicación excluye a determinadas instituciones, se refiere principalmente a aspectos de organización y las diversas leyes orgánicas de los servicios excluidos contemplan normas sobre la materia. No ocurre así con la responsabilidad, salvo de las Municipalidades, como ya hemos señalado. Con respecto a las instituciones mencionadas en el artículo 18, rige únicamente el artículo 4, que, como ya indicamos, se estableció como un principio general.

Como un elemento suplementario de confusión, puede señalarse la redacción poco clara del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política, que originalmente tenía por objeto establecer lo que podríamos denominar la acción contencioso administrativa, pero que después de la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional número 18.825 de 1989, que suprimió la referencia a estos tribunales dejando el resto de la frase intacta, pareciera estar refiriéndose al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Es principalmente con los tres artículos mencionados anteriormente que debe establecerse la regulación de la responsabilidad extracontractual en Chile, solucionándose las aparentes contradicciones y omisiones, y estableciendo un sistema coherente y adecuado.

IV. FALTA DE SERVICIO Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Dos aspectos vinculados con la responsabilidad objetiva en materia de la responsabilidad extracontractual del Estado es necesario abordar. El primero se refiere a si la institución de la falta de servicio corresponde o no a lo que se denomina responsabilidad objetiva. El segundo, al que nos referiremos en otro punto, es el de la responsabilidad aplicable fuera del artículo 44 de la Ley de Bases.

La falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, punto este que no parece haber sido entendido por la jurisprudencia y al que los

autores partidarios de la responsabilidad objetiva, en general, no han tratado con la rigurosidad necesaria coonestando el error jurisprudencial.

Al decir que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, afirmamos que ella no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce como tal y esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil, el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva y es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivización de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que, positivamente por ser suficiente para comprometerla, la relación de causalidad. Ahora bien, en la falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la "falta de servicio".

Cuando hace más de una década presentamos el tema en las XV Jornadas de Derecho Público, comentando la sentencia "Tirado con Municipalidad de La Reina", sostuvimos que pareciera ser que la Corte Suprema al calificar de objetiva la responsabilidad de la Municipalidad lo hacía únicamente para distinguirla de la civil en cuanto a que no se requiere la prueba de culpa o dolo del funcionario y que, por lo tanto, sería únicamente una cuestión terminológica en que objetiva sería para los Tribunales cuando no deba existir culpa o dolo de un individuo en particular⁹.

Este razonamiento, que nosotros no compartimos, sin embargo, parece haber complicado las cosas en el terreno formal, ya que ahora se pretende simplemente que la falta de servicio pueda existir, separada de toda noción de falta, lo que evidentemente no es así.

El concepto adecuado es considerar la responsabilidad por falta de servicio, como dentro de la responsabilidad subjetiva. Como señalan Matzeaud y Tunc, la falta de servicio es considerada como "la culpa del Servicio", de allí que la responsabilidad continúa siendo subjetiva, basada en la culpa. La exigencia establecida por la ley, que implica probar el mal funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva.

Debemos consignar que tanto autores como jurisprudencia han incluido a la falta de servicio dentro de la responsabilidad objetiva. Así,

⁹ Pedro Pierry Arrau, Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas, Actas de las XV Jornadas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso, Ed. Edeval Valparaíso, 1985, y Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N° VIII, 1984.

Rolando Pantoja¹⁰ señala, refiriéndose a los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases, que "la solución de derecho que dan al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado se basa en una teoría pública objetiva que se configura por el daño causado por los órganos administrativos con su actuar lícito o ilícito"; no obstante que a continuación indica la necesidad que con respecto a las instituciones del título II haya que "configurarse por el demandante la falta de servicio".

También Eduardo Soto, comentando el fallo "Tirado con Municipalidad de La Reina"¹¹, reitera que se está en presencia de una responsabilidad objetiva, haciendo una prevención acerca de la "expresión formal" usada en el fallo, pues en materia de responsabilidad del Estado administradora la "responsabilidad objetiva" adquiere una tonalidad propia no enteramente idéntica a la mera causalidad material¹².

La jurisprudencia, aunque incipiente, por su parte, además de "Tirado con Municipalidad de La Reina", también aparentemente como se verá más adelante, ha calificado la falta de servicio como "responsabilidad objetiva".

Por otra parte, en el informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno sobre el Proyecto de Ley de Bases de la Administración del Estado, al referirse a la falta de servicio se señala que se trata de un elemento objetivo, al descartar la culpa o dolo de los funcionarios. Al respecto indica: "En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y

¹⁰ Rolando Pantoja Bauzá, Bases Generales de la Administración del Estado. Ed. Como Sur Ltda., 1987, pág. 45.

¹¹ Eduardo Soto Kloos, Responsabilidad Administrativa Municipal. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXVIII, Enero-abril 1981, pág. 39.

¹² El profesor Hugo Caldera Delgado, en su obra: Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Editorial Jurídica de Chile, 1982, páginas 44 y 45, señala que el artículo 38 de la Constitución Política establece la responsabilidad objetiva del Estado, al indicar que "todo daño causado a un administrador o persona por la acción u omisión de la Administración del Estado, por sus organismos o por las municipalidades es indemnizable", extrayendo como consecuencia de su letra el que "en presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquel, para los efectos de la obligación a indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio, o por una actuación ilícita que provoque daños a los particulares". Para el autor, por lo tanto, la falta de servicio no lo sería.

probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo"¹³.

El legislador al momento de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado tuvo diversas opciones. Pudo, como lo hizo, establecer la responsabilidad por falta del servicio, o culpa del servicio, como señalan Mazeaud y Tunc, en la forma más perfeccionada que ofrece el derecho francés. Pudo haber optado por un sistema como el de Estados Unidos o Inglaterra, en que se requiere culpa del funcionario. Pudo también haber optado por el sistema de la responsabilidad objetiva contemplado en el derecho español¹⁴. No lo hizo así, dado al tenor literal del artículo 44 de la Ley de Bases, como tampoco lo había hecho anteriormente en el artículo 62 del Decreto Ley 1.289, Ley de Municipalidades. La intención del legislador y la letra de la ley deben respetarse, y siempre deberá existir una falta de servicio para comprometer la responsabilidad de la Administración.

El legislador tuvo particularmente en cuenta la necesidad de probar la culpa del servicio al establecer el sistema de la responsabilidad extracontractual, contrariamente a como se ha señalado en el sentido que, al ser la Ley de Bases posterior al fallo "Tirado con Municipalidad de La Reina", al dictarse y estudiarse se entendía que la responsabilidad por falta de servicio importaba la consagración de una responsabilidad objetiva¹⁵. Ello no es así, ya que la historia de la ley, contenida en el informe que la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, menciona expresamente la necesidad de acreditar culpa o dolo de la Administración y concretamente en lo que se refiere al actual artículo 44 expresa que se regula la responsabilidad "...causada por la falta del servicio público entendida ésta en los términos que se entiende por la doctrina administrativa". Ese es, entonces, el derecho positivo chileno.

Si se insiste en sostener que por no haber necesidad de probar culpa o dolo del funcionario, no estamos en presencia de responsabilidad subjetiva, y si a ello se le denomina responsabilidad objetiva, que quede en todo

¹³ Informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno sobre Proyecto de Ley de Bases de la Administración del Estado, pág. 79, Boletín N° 601-06 de 1986, pág. 390.

¹⁴ Eduardo García de Enterría, La Responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en derecho español. Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1969, pág. 879.

¹⁵ Rolando Pantoja Bauzá, Obra citada, pág. 45.

caso muy claro que la falta de servicio no se funda "exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea, causalidad material", como se ha señalado, sino que es necesario acreditar el mal funcionamiento del servicio, "esto es, cuando la Administración no cumple con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador, no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal eximente", como se lee en la página 10 del informe mencionado anteriormente.

El informe sobre esta materia aclara en forma definitiva la historia de la ley. En su página 45 al comentar el artículo 50 del proyecto, hoy artículo 44, expresa que la Comisión reitera que la idea es reconocer la existencia de responsabilidad cuando la Administración no cumple con su deber de prestar un servicio en la forma exigida por el legislador... "Se trata, entonces, de un mecanismo bastante avanzado de responsabilidad, sin llegar a una que sea objetiva o total". Nada más claro en cuanto a la intención de los redactores de la ley.

V. ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN Y 4 DE LA LEY DE BASES

Ya hemos señalado que el artículo 18 de la Ley de Bases introdujo una grave perturbación en la inteligencia de los artículos 4 y 44 al excluir a las instituciones que allí señala de la aplicación del título II. Dejando de lado a las Municipalidades, según lo expresado al comienzo de este trabajo, y también a las empresas del Estado, en atención a que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 inciso segundo de la Constitución Política, la cuestión parece resolverse con respecto a ellas en el sentido que su responsabilidad extracontractual se regula por el Código Civil, la situación se refiere fundamentalmente, por la envergadura de su actividad administrativa, particularmente de carácter material, a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, las que serían reguladas únicamente por el artículo 38 de la Constitución Política y por el artículo 4 de la Ley de Bases.

La responsabilidad extracontractual de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad se ha visto comprometida principalmente con ocasión de procesos penales en que funcionarios han cometido delitos y en que el Fisco ha debido responder como tercero civilmente responsable de los actos delictuales de sus funcionarios. Ha sido por lo tanto el juez en lo criminal, en un proceso penal, el que ha debido interpretar, al resolver sobre la acción civil, las normas sobre responsabilidad extracontractual del Estado y, como ya se ha dicho, sin poder aplicar el artículo 44 de la Ley de Bases.

En fallo de 31 de marzo de 1994 dictado por el Ministro en Visita en el juicio seguido contra César Miranda Gálvez, Guillermo González Betancourt y otros, por el homicidio de los profesores Nautino, Parada y Guerrero, se condenó al Fisco, por hechos ocurridos con anterioridad a la dictación de la Ley de Bases, fundándose la sentencia en los artículos 5, 6, 7 y 38 de la Constitución Política. Como comentario al margen, señalemos que la sentencia estableció la falta de servicio del órgano estatal, mencionándola por su nombre en los considerandos 230 y 231, eliminándose el primero de ellos por el fallo de segunda instancia, lo que técnicamente correspondía, ya que se trataba indudablemente de una falta personal de la que responde la Administración y no de una falta de servicio¹⁶. Lo que interesa aquí, sin embargo, es la interpretación dada al artículo 38 de la Constitución, y que señala que se trata de una acción de carácter constitucional, donde "basta un perjuicio en los derechos, causados por el Estado o sus organismos, para que se pueda activar la actividad jurisdiccional y obtener la reparación de los daños causados", sin que sea necesario acudir a la Ley de Bases de la Administración.

En fallo de fecha 28 de marzo de 1995 en causa seguida por cuasidelito de lesiones en la persona de don Lionel Berand P., se condena al Fisco de Chile sosteniendo la sentencia de primera instancia, confirmada, que los artículos 38 de la Constitución y 4 de la Ley de Bases establecen que para que nazca la obligación de indemnizar se requiere daño producido por la Administración y que los órganos hayan actuado en el ejercicio de sus funciones (considerando 71), enfatizando en los considerandos siguientes que existe un mandato objetivo que grava al Estado por la sola circunstancia que el daño haya sido producido con motivo de la actuación de un órgano; que la única condicionante legal es que el daño se haya producido en el ejercicio de las funciones; que se trata de una responsabilidad legal y, por último, que se trata de una responsabilidad objetiva "consagrada por razones de equidad" cuando concurren los presupuestos del artículo 4 de la Ley de Bases.

El fallo de segunda instancia agrega como fundamentos los artículos 4, 5 y 6 de la Constitución, citando profusamente al profesor Hugo Caldera¹⁷ en su obra del año 1982, incorporando a los argumentos allí señalados el artículo 4 de la Ley de Bases y concluyendo con la cita de H. Caldera

¹⁶ Ver nuestro artículo: Responsabilidad extracontractual del Estado por los delitos cometidos por sus funcionarios. Actas de las XIII Jornadas de Derecho Público 1982, Universidad de Concepción, y en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, N° VII, 1983.

¹⁷ Hugo Caldera Delgado. Obra citada.

que "para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizada 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 producido" (Considerando 37).

La posición de Hugo Caldera, en su obra, editada con anterioridad a la Ley de Bases, sirvió también de fundamento al fallo de 23 de diciembre de 1993 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, publicado en Gaceta Jurídica de diciembre de 1993, N° 162, para condenar al S.A.G. por daños causados en su actividad legítima al prohibir el uso de un predio para evitar la propagación de fiebre aftosa. El fallo, citando a H. Caldera en relación con el artículo 38 de la Constitución Política, señala: "En presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquel, para los efectos de la obligación de indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación u omisión irregular, esto es, constitutiva de falta de servicio o por una actuación lícita que provoque daños a los particulares".

Inexplicablemente el fallo no se refiere para nada al artículo 44 de la Ley de Bases, aplicable evidentemente al S.A.G., lo que hace aún más paradójica la cita de un autor que escribió antes de la disposición legal que regula el punto.

La jurisprudencia citada, en los dos últimos casos, que permanece a nivel de la Corte de Apelaciones de Santiago, parece concluir que el artículo 38 de la Constitución establecería una responsabilidad directa y objetiva (fallo S.A.G. y Beraud) y que el artículo 4 de la Ley de Bases también lo establecería (fallo Beraud) coincidiendo de esta forma con los autores que en general le han dado al tema de la responsabilidad el tratamiento de una responsabilidad objetiva.

Verdadero sentido de los artículos

A nadie podrá escapar que si se mantiene la interpretación que se ha señalado, a lo menos del Art. 38 de la Constitución Política, ello significa simplemente que el Art. 44 de la Ley de Bases sería inconstitucional, al restringir su aplicación estableciendo un requisito suplementario para comprometer la responsabilidad del Estado. Esta eventual contradicción de una distinta interpretación la había señalado R. Pantoja¹⁸, pero precisamente para justificar que el artículo 44 establecía también una responsabilidad

objetiva, aunque acepta que "haya de configurarse por el demandante la falta de servicio que le sirve de causa de pedir".

Por su parte, Gustavo Fiamma Olivares, en artículo titulado "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio"¹⁹, señalando que el artículo 38 de la Constitución establece en términos categóricos la responsabilidad objetiva de la Administración... "procede cada vez que ésta causa un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad", afirma que la falta de concordancia de la disposición constitucional con el artículo 44 de la Ley de Bases "es de tal entidad que es imposible la interpretación conciliatoria; dichos sistemas son esencialmente contradictorios, al extremo de ser excluyentes entre sí", concluyendo que "el sistema constitucional ha sido desvirtuado por el legislador".

Fiamma basa su posición en el carácter que, según él, tendría el artículo 38 de la Constitución Política, que sería el de establecer una acción constitucional específica de responsabilidad; reafirmando su conclusión en la historia fidedigna del artículo, contenido en las Actas de Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 410. Nosotros estimamos que resulta imposible tal interpretación. Por el contrario, se puede sostener válidamente, como hacemos, que de las actas se desprende que se trata de establecer la competencia para conocer de la actividad administrativa y no de una acción de responsabilidad. Para reafirmar nuestra posición transcribimos a continuación toda la parte de la sesión que se ocupa del asunto. En todo caso y si se llegara a aceptar que se trata de una acción de responsabilidad, no aparece en absoluto que se trata de una responsabilidad objetiva, sino que precisamente todo lo contrario, ya que como señala el Presidente de la Comisión "...se refiere al perjuicio que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrán conocer los tribunales ordinarios", lo que, a nuestro juicio, basta para refutar la posición de los autores que afirman en la disposición constitucional la responsabilidad objetiva de la Administración:

Sesión 410 celebrada el 30 de agosto de 1978: "El Señor CARMONA hace presente que no existe norma especial alguna sobre los tribunales administrativos.

El señor ORTÚZAR (Presidente) manifiesta que no habría problema para incluir un precepto en tal sentido si se alcanza a despachar la ley de lo contencioso-administrativo antes que se promulgue la

¹⁸ Rolando Pantoja Bauzá. Obra citada.

¹⁹ Gustavo Fiamma Olivares. Revista Chilena de Derecho. Vol. 16, N° 2, Julio-Agosto 1989.

Carta Fundamental, porque de otro modo los tribunales ordinarios pasarían a conocer sobre la materia.

El señor BERTELSEN propone que la disposición constitucional permanente disponga que "la facultad de juzgar las causas civiles, criminales y contencioso administrativas pertenece a los tribunales que señala la ley"²⁶; ya que es la única oportunidad para establecer el principio en el texto, y que luego se decida si un artículo transitorio, en caso de que no se haya dictado la ley en el momento de la promulgación, contendrá alguna referencia al respecto.

El señor ORTÚZAR (Presidente) concuerda con el señor Bertelsen, ya que, a su juicio, no es posible entregar el conocimiento de esta materia a los tribunales ordinarios sin especificar qué se entiende por contencioso administrativo y qué competencia comprende. Recuerda que el ex Presidente de la Corte Suprema don José María Eyzaguirre, sostuvo en una oportunidad que con ello podría pretenderse juzgar la validez de los actos de Gobierno y uno de los de la Administración.

El señor CARMONA destaca que el artículo 48 propuesto expresa que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración Pública del Estado podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño".

El señor ORTÚZAR (Presidente) declara que esa situación reviste menos gravedad, porque se refiere a lo que puede causar un acto arbitrario o ilegítimo de la Administración y del que podrían conocer los tribunales ordinarios. Agrega que resultaría peligroso, sin embargo, dárles competencia amplia sobre el particular sin que se haya dictado la ley correspondiente".

Lo anterior es todo lo que existe en cuanto a la historia del establecimiento, la que interpretada en conjunto con los otros antecedentes de que se disponen permiten concluir que siempre se consideró que la responsabilidad del Estado únicamente se podía ver comprometida en caso de una actuación antijurídica.

En cuanto a la relación entre los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases, la explicación dada anteriormente sobre el artículo 4 ha de tomarse en consideración para entender su relación con el artículo 44. Se trata de un principio general, pero de acuerdo con la idea básica del legislador en el sentido que la responsabilidad se compromete únicamente tratándose de actuación antijurídica de la Administración.

Es necesario resaltar en los términos más categóricos cuál fue la intención de los redactores de la norma, para poder darle un sentido armó-

nico, y para ello nada más ilustrativo que recurrir a la única fuente de la historia de la ley, que es el informe por el que la Comisión remitió el proyecto al Presidente de la República, mencionado anteriormente. En dicho informe página nueve se expresa: "El artículo 3 (actual artículo 4) del anteproyecto reproduce el principio de responsabilidad del Estado por los daños que los órganos de la administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño. En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la Administración debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, *si ella actuó con dolo o culpa*".

Para los redactores de la Ley de Bases, entonces, el artículo 4 tampoco establece la responsabilidad objetiva de la Administración, sino que "reproduce el principio de responsabilidad del Estado" entendido para sus autores dentro de una noción que presupone el actuar ilícito o antijurídico y exigiendo por lo tanto "culpa o dolo", lo que, referido a las instituciones de derecho público que estaba consagrando, se refiere a la "culpa o dolo" del servicio; o sea, a la falta de servicio.

Ahora bien, es necesario precisar, para aquellos que puedan desde ya estar viendo una contradicción y por lo tanto inconstitucionalidad con el artículo 38 de la Constitución Política, que la Ley de Bases es Orgánica Constitucional y que por lo tanto su constitucionalidad ya fue aprobada, de acuerdo al artículo 82 N° 1 de la Constitución, y no puede ser objeto de recurso de inaplicabilidad según el artículo 83 inciso final.

Sin embargo, no hay ninguna contradicción, ya que el artículo 38 de la Constitución tampoco establece la responsabilidad objetiva. En efecto, dicho artículo tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa; pero no para consagrar la responsabilidad extrcontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma. El artículo 38 inciso segundo en su redacción original aparece claramente como el reemplazo que la Constitución Política de 1980 hizo del artículo 87 de la Constitución de 1925 ubicado en el capítulo del Poder Judicial. Su diferencia fue analizada en ponencia que presentamos en las Undécimas Jornadas de Derecho Público donde expusimos cuál era, a nuestro juicio, su sentido y alcance²⁰.

²⁰ Pedro Pierry Arrau, *Lo Contencioso Administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del Poder Judicial hasta la dictación de la ley. Undécimas Jornadas de Derecho Público. Noviembre 1980. Publicación del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, y en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, N° V, 1981.*

La Constitución Política de 1980 teniendo varias opciones entre las cuales elegir en cuanto a los requisitos del actor para interponer la acción contencioso administrativa, optó por la solución de exigir al reclamante -para utilizar el término del propio artículo 38- que invoque un derecho subjetivo violado por la Administración, acercando de este modo el recurso de nulidad al contencioso administrativo subjetivo. En otros términos, la expresión "persona que sea lesionada en sus derechos" está referida al requisito para poder recurrir ante los tribunales y no tiene el sentido de aceptar un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado.

VI. RATIFICACIÓN LEGISLATIVA

El año 1999 el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo ratificaron que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado no es el de la responsabilidad objetiva. Ello ocurrió con ocasión de la tramitación de la denominada Ley de Probidad Administrativa de los Órganos de la Administración del Estado, en que el Presidente de la República formuló, con fecha 7 de julio de 1999, un veto supresivo a los artículos del proyecto, aprobados por el Congreso Nacional, que modificaban los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Durante la tramitación del proyecto de ley sobre probidad administrativa, y con ocasión del estudio de las modificaciones a la Ley de Bases, el Senado modificó el artículo 4 y suprimió el artículo 44. El artículo 4 quedó redactado de la siguiente forma: "El Estado y los organismos de la Administración del Estado que lesionen derechos de cualquier persona estarán afectos a la responsabilidad patrimonial por los daños que causen, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

En el tercer trámite constitucional la Cámara de Diputados rechazó las enmiendas introducidas por el Senado al proyecto aprobado en el primer trámite constitucional en lo referente a los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases.

Con posterioridad, la Comisión Mixta de ambas ramas del Congreso Nacional propuso una nueva versión del artículo 4 para resolver las divergencias suscitadas. Los antecedentes de la discusión constan en el Boleín N° 1510-07 del Senado, de fecha 4 de mayo de 1999, que contiene el informe de la Comisión Mixta al proyecto de ley sobre probidad administrativa. El artículo propuesto por la Comisión Mixta y finalmente aprobado

por ambas ramas del Congreso fue el siguiente: "Los organismos de la Administración del Estado con personalidad jurídica y el Estado, en el caso de los órganos de su Administración que carecen de ella, responderán de las lesiones que causen en los derechos de cualquier persona.

La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la lesión.

En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del órgano público para repetir en su contra".

Es necesario señalar que las referencias a los órganos con personalidad jurídica y al tema de la prescripción, de acuerdo a las propias acas, no pretendían innovar respecto a lo existente, sino que a clarificar situaciones que podían prestarse a dudas por parte de los tribunales. En cuanto al tema de la responsabilidad objetiva, quedó perfectamente claro que no se trataba de establecerla, sino que precisamente todo lo contrario, ya que "estuvo de acuerdo la Comisión Mixta en que dicho artículo no es antagónico con el artículo 4, sino que complementario, ya que se limita a especificar una de las eventuales causas de responsabilidad del Estado, que es la que guarda más directa relación con el deber de satisfacer de modo regular y continuo las necesidades colectivas que tienen los organismos afectos al título II de la Ley N° 18.575, esto es, la falta de servicio"²¹.

Suprimió, en cambio, el inciso segundo del artículo 44, "a fin de que se aplique la regla sobre derecho a repetir del Estado que contempla el inciso final del nuevo artículo 4°".

No obstante que el texto nuevo de los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases no alteraban la cuestión acerca de si la responsabilidad del Estado era objetiva o no, el Consejo de Defensa del Estado, en sesión de 25 de mayo de 1999, acordó solicitar a Presidente de la República que procediera a vetar el artículo 1 números 3 y 12 del proyecto, que modificaban los artículos 4 y 44 de la Ley N° 18.575, principalmente en atención a que, no obstante que el proyecto en sí mismo no establecía la responsabilidad objetiva, resultaba que por su semejanza total con el artículo 38 de la Constitución Política inciso segundo, podía llevar a interpretar que la disposición constitucional es una norma sobre responsabilidad y no de competencia, y permitir sostener que la única responsabilidad del Estado sería una supuestamente objetiva establecida en la propia Constitución.

²¹ Informe de la Comisión Mixta al proyecto de ley sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado. Boleín N° 1510-07, pág. 15. Senado de la República. 4 de mayo de 1999.

Se estimó, además, que en materia de prescripción, al establecer como fecha inicial del cómputo la fecha de la lesión, a diferencia del derecho privado, podría resultar en mantener abierta la responsabilidad del Estado en forma indefinida.

En el veto formulado por el Presidente de la República al proyecto se señala textualmente: "Frente a esta disposición, el Consejo de Defensa del Estado ha manifestado su preocupación, en atención a que puede prestarse para una peligrosa interpretación tendiente a considerar la responsabilidad del Estado como objetiva.

"El Gobierno entiende estas inquietudes. En consecuencia, decidió no legislar al respecto. Es por ello que pide suprimir las disposiciones del proyecto de ley contenidas en el artículo 1°, N° 3 y 12, y en el artículo 4° N° 8".

El veto supresivo formulado por el Presidente de la República se aprobó por unanimidad por ambas ramas del Congreso Nacional.

Lo ocurrido durante la tramitación de la ley sobre probidad administrativa deberá ser considerado, tanto por los tribunales de justicia como por la doctrina de derecho administrativo, como una clara interpretación legislativa del verdadero sentido de los artículos 38 inciso segundo de la Constitución Política y de los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases de la Administración del Estado. El tema fue extensamente debatido y finalmente se optó por mantener para Chile un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado basado en la necesidad de una conducta anti-jurídica, guardando relación con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política.

VII. APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO DE INSTITUCIONES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 18

Como ya se señaló, a las Municipalidades, de acuerdo a su propia ley, se les aplica una disposición idéntica al artículo 44. Por otra parte, las empresas del Estado se regulan por el Código Civil. Es necesario establecer el régimen al que se encuentran sometidas las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad, Consejo Nacional de Televisión y Contraloría General de la República, partiendo de la base que a ellas se les aplica el artículo 4 y, por supuesto, el artículo 38 de la Constitución.

Ya hemos señalado cuál es la interpretación correcta de las disposiciones mencionadas y, por lo tanto, es de acuerdo a esas disposiciones que debe construirse el sistema aplicable a estas instituciones. Sin embargo y en forma previa, mencionaremos diversas otras alternativas, que descartamos,

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO...

que debemos reconocer que con algún fundamento podrían ser utilizadas alternativas son:

Aplicación directa del sistema establecido en el artículo 44 de la Ley de Bases, sosteniendo que se trata del sistema general para toda la Administración del Estado, a partir del artículo 4 de la misma ley, y que, salvo el Consejo Nacional de Televisión, el demandado será siempre el Fisco de Chile, no pudiendo existir diversos sistemas para comprometer su responsabilidad. Aun cuando la aplicación del artículo 18 para excluir el sistema del artículo 44 sea absolutamente ilógico, es insostenible pretender desconocer el texto de la ley.

Aplicación del artículo 2320 del Código Civil, exigiendo la prueba de culpa o dolo del funcionario responsable y su individualización. Se sostendría que es el sistema general de responsabilidad en el derecho chileno, anterior a la Ley de Bases y que constituye la regla general a la que el artículo 44 no aplicable, hace excepción. Guardaría además relación y no habría contradicción con lo dispuesto en el artículo 4. Esta postura tiene el inconveniente de significar un abierto retroceso de la institución y volver a tener que desenterrar la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, o distorsionar la disposición como se hizo al final de su evolución para aplicarlo en todos los casos.

Aplicación directa del artículo 38 de la Constitución y 4 de la Ley de Bases, en la forma que lo hizo la jurisprudencia citada anteriormente en este artículo, o bien, para no ser tan extremo, siguiendo la línea de razonamiento basado en la noción de "sacrificio especial" unida a la de "lesión de los derechos" desarrollada por el profesor O. Delckers²². Ya hemos descartado esta solución que además implicaría necesariamente afectar y derogar fácilmente el artículo 44.

La aplicación estricta y completa del artículo 4 en su tenor literal aceptando que se trata de una responsabilidad objetiva, pero exigiendo que se trate de órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, lo que no ocurriría cuando el funcionario actúa fuera del ámbito de su competencia, ya que sólo podría comprometer al Estado cuando se actúa dentro de ellas. En este sentido la solución se acercaría al derecho de USA, en la Federal Torts Claims Act.²³ Al

²² Osvaldo Delckers Camus, Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado. Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, N° XI, 1987.

²³ Pedro Pierry Arratu, La responsabilidad extracontractual del Estado. Artículo citado.

problema señalado en el punto anterior, se agrega que el sistema norteamericano es muy imperfecto, ya que excluye la responsabilidad en todos aquellos casos en que el funcionario comete actos ilícitos premunido de su investidura.

5. En nuestra opinión se debe lograr la aplicación en definitiva de un solo sistema de responsabilidad para toda la Administración del Estado, pero sin desconocer que el artículo 44 no se puede aplicar a las instituciones excluidas. Ello puede hacerse aplicando la institución de la falta de servicio, pero no a partir del artículo 44, o del artículo 38 de la Constitución, como lo hizo el juez de primera instancia en el caso de homicidio de los profesores Naitino, Parada y Guerrero en el considerando 230 de la sentencia, posteriormente eliminado por el fallo de alzada, sino que a partir del artículo 2314 del Código Civil, al que habría que volver como el derecho común en materia de responsabilidad extracontractual.

La siguiente es nuestra posición, la que fue desarrollada en un artículo publicado hace ya veinte años²⁴.

En nuestro derecho las personas jurídicas, y el Estado es una persona jurídica, son capaces de delito o cuasidelito civil, y en virtud de ese principio están obligadas a indemnizar por los daños que causen con dolo o culpa las personas naturales que obren en su nombre o representación, como señala Arturo Alessandri²⁵, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. La responsabilidad de las personas jurídicas es por su hecho personal, cometido por quienes han obrado en su nombre "... la persona jurídica será personal y directamente responsable del daño que así se cause. El delito o cuasidelito del órgano es el delito o cuasidelito de la persona jurídica". Para considerar a la persona jurídica como responsable por el hecho propio se requiere, sin embargo: a) que las acciones u omisiones sean cometidas por sus órganos, esto es por las personas naturales o consejos en quienes resida la voluntad de la persona jurídica; b) que las acciones y omisiones en que incurran sus órganos puedan considerarse dentro del ejercicio de sus funciones; en caso contrario, las personas naturales que los componen no actúan por las personas jurídicas, sino que por su propia cuenta y serán las únicas responsables²⁶, y c) que las

²⁴ Id. nota anterior.

²⁵ Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, N° 103, pág. 148. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

²⁶ Arturo Alessandri Rodríguez. Obra citada N° 106, pág. 133, y René Abelink M.: Las obligaciones y sus principales fuentes en el Derecho Civil Chileno, pág. 190. Editores López Viancos, Santiago de Chile, 1971.

personas naturales que actuaron en nombre de la persona jurídica lo hayan hecho con culpa o dolo.

A primera vista la aplicación al Estado de la responsabilidad por el hecho propio no difiere fundamentalmente de la responsabilidad por el hecho ajeno, en cuanto a sus efectos; a excepción de la aplicación del artículo 2329 del Código Civil que constituye, para Arturo Alessandri, una presunción de culpa. Sería siempre necesario probar culpa o dolo del funcionario y, además, sólo procedería en los casos en que la persona del agente público tuviera la representación del Estado; en que expresara por su intermedio la voluntad de éste. Como esto último sólo puede estimarse que ocurre en los actos de autoridad, sólo podría operar entonces en caso de decisiones administrativas ilegales.

Creemos, sin embargo, que se puede ir más lejos y aceptar la aplicación en Chile a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. No debemos olvidar que el Estado, después de todo, no es una persona jurídica de derecho privado, y a él, como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del título XXXV del Código Civil, sin que esto implique, desde luego, una errada interpretación de las mismas. Precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo en esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos.

Las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc²⁷, "no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso". De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, podría no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; bastaría con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea, bastaría con probar una falta de servicio.

Por otra parte, la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia²⁸. En estos casos la culpa del

²⁷ Henri y Léon Mazeaud y André Tunc: Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo segundo. Volumen II, N° 198-4, pág. 625. Editores Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

²⁸ "Aída Arceya con Municipalidad de Valparaíso".

órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado. Puede presumirse siempre culpa de alguien, anónimamente, cada vez que haya falta de servicio.

No todo funcionario actúa en representación del Estado expresando su voluntad; o sea, no todos los funcionarios equivalen a los órganos de las personas jurídicas privadas, que son los que comprometen su responsabilidad por el hecho propio. Esto constituiría un obsáculo para la solución que planteamos; sin embargo, sobre este punto estimamos que es posible aplicar lo sostenido por René Chapus en su tratado sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad privada²⁹ frente a la clasificación de los funcionarios administrativos: "Esta clasificación no tiene incidencia en el plano de la responsabilidad. Las jurisdicciones no han hecho nunca ninguna distinción y siempre han considerado al personal de los servicios públicos como una masa homogénea de agentes públicos". Así también lo sostienen Carré de Malberg y Gastón Jéze, citados por René Chapus.

Conclusión

La aplicación al Estado de la noción de falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado.

VIII. EXTENSIÓN DE LA NOCIÓN DE FALTA DE SERVICIO EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD JURÍDICA

El proyecto original, enviado al Presidente de la República, tiene algunas diferencias con el artículo 44 definitivo. Estas diferencias pueden tener importancia en tres aspectos: confusión en la relación entre falta de servicio y falta personal, en particular en cuanto a la repetición contra el funcionario; posible exclusión de otro tipo de responsabilidad, y acerca de la falta de servicio en la actividad jurídica, que es lo que trataremos a continuación. A lo primero nos referimos ya en las XXV Jornadas de Derecho Público³⁰.

²⁹ René Chapus: *Responsabilité Publique et Responsabilité Privée*, N° 205, pág. 222. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957.

³⁰ Pedro Pierry Arrau, *Repetición del Estado contra el funcionario*. Actas de las XXV Jornadas de Derecho Público. Universidad de Valparaíso, 1994. Ed. Edeval, Valparaíso, 1995. Tomo III.

El proyecto original señalaba: "El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica". La disposición aprobada, en cambio, eliminó el tipo de actividad y únicamente se refiere a la falta de servicio a secas; por lo que es necesario examinar si la actividad jurídica de la Administración puede o no constituir falta de servicio y en qué casos.

En un ensayo de clasificación racional de la falta de servicio, Michel Paillet, en su obra "La faute du service public en droit administratif français"³¹, distingue, según la naturaleza de la actuación de la Administración, entre la falta acto jurídico ilegal y la falta actuación material de la Administración, estableciendo que el criterio de distinción es simple: basta con distinguir si el demandante para probar la falta de servicio debe demostrar la ilegalidad del acto, concentrándose la labor del juez en el problema de la legalidad o, cuando ello no es posible o necesario, tratándose de un asunto "donde es en relación a la rectitud de las operaciones materiales llevadas a cabo por la Administración", que se descubre la falta de servicio.

Sin embargo, y a pesar que la falta puede tener su origen en un acto ilegal, no toda ilegalidad constituye falta de servicio. En efecto, si bien en el origen existen posiciones como la de Duguit: "el exceso de poder basta para fundar la responsabilidad del Estado", o Dupeyronx: "la ilegalidad una vez reconocida conlleva en principio como corolario el reconocimiento de un falta". O más recientemente Waline: "toda decisión ilegal constituye *ipso facto* una falta susceptible de engendrar una responsabilidad"³², actualmente algunos proponen que lo que constituye sin lugar a dudas falta de servicio es la ilegalidad susceptible de llevar a la anulación del acto, lo que limita la tesis original; y otros que es necesario formular otras distinciones. Así, Laubadère³³ sostiene que la jurisprudencia ha dissociado las dos nociones y que una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, citando jurisprudencia en relación con ilegalidades de forma o de fondo cuando la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular o en caso de error de apreciación.

René Chapus³⁴ plantea la cuestión de una manera ligeramente diversa. La noción de falta e ilegalidad son independientes. Ello es así en caso

³¹ *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1980.

³² Michel Paillet. Obra citada.

³³ André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, 12° ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1992, pág. 842, N° 1279.

³⁴ *Droit Administratif Général*, Tomo I, 5° ed. Montchrestien, Paris, 1990, pág. 878 y ss. N° 1.253.

de actividad material. Por ejemplo, un error de diagnóstico médico o del cirujano constituye falta pero no ilegalidad. Pero, en cambio, tratándose de una acto administrativo de donde procede el daño, las nociones de falta e ilegalidad están vinculadas en un doble sentido. Si el acto es legal, no puede existir falta y, por otro, si el acto es ilegal, existe siempre falta, cualquiera sea el tipo de ilegalidad, criticando alguna jurisprudencia como aquella sobre el "error de apreciación". Pero, agrega, si bien ilegalidad es igual falta, ello no significa que comprometa la responsabilidad, dando ejemplos de actos anulados, pero que hubieran podido ser dictados por otros motivos o diverso procedimiento. Más aún, agrega que la ilegalidad puede no tener consecuencias cuando se exija para la responsabilidad una "falta grave". Estimamos, sin embargo, que la posición de R. Chapuis, si bien ingeniosa, significa que en esos casos de "falta igual ilegalidad" puede haber falta en el sentido estricto del término, pero no en el sentido jurídico de "falta de servicio".

Como puede apreciarse, este es un aspecto más de la noción de falta de servicio, cuya configuración, como señaló el informe de la Cuarta Comisión Legislativa, quedó entregada a la jurisprudencia y no a una definición legislativa que expresamente se omitió³⁵.

IX. AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A OTRO TIPO DE RESPONSABILIDAD

Quienes somos partidarios de la institución de la falta de servicio como el sistema general de responsabilidad extracontractual para Chile, no descartamos el desarrollo de otro tipo de responsabilidad. Siguiendo el derecho francés y en particular la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podemos descartar el que pueda introducirse la idea de la responsabilidad por riesgo y, eventualmente, la responsabilidad sin falta fuera del riesgo, en ciertos casos. Precisamente es por ello que el proyecto primitivo de lo que es hoy el artículo 44 señalaba que "el Estado... y serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio". La idea era que pudiera establecerse otro tipo de responsabilidad por la vía legal o jurisprudencial, a partir del artículo 4 y con carácter excepcional. No debemos olvidar que hasta ese entonces el derecho chileno se limitaba a aplicar al Estado el artículo 2320 del Código Civil, o sea, un estado muy primitivo

de desarrollo, por lo que se estimó, quizás ingenuamente, que después de una fructífera jurisprudencia en materia de falta de servicio podrían ir apareciendo casos de responsabilidad por riesgo.

Nuestra posición, sin embargo, permanece vinculada al derecho francés, recogido por la Ley de Bases, que limita estos casos a situaciones excepcionales, sin que ello signifique en absoluto aceptar la idea de una responsabilidad objetiva general. La cuestión radica ahora, sin embargo, en cómo permitir la aparición de estos casos, en circunstancia que el artículo 44 parece constituir el único sistema de responsabilidad al haber suprimido el vocablo "siempre" que contenía el proyecto primitivo, y sin caer, por otra parte, en la admisión de una responsabilidad objetiva general, como hacen los partidarios de ese sistema. Nótese la diferencia con la Ley de Municipalidades que en su artículo 83, actual 123, establece "la que procederá principalmente por falta de servicio".

Aunque parezca obvio, la primera solución es por vía legislativa. La ley puede establecer casos de responsabilidad objetiva, como lo hizo en general para los accidentes de tránsito en el artículo 174 de la ley 18.290, que afecta al Estado. Esta solución nunca debe descartarse, particularmente en nuestro país que no se caracteriza por una jurisprudencia creadora en materia de derecho administrativo.

La jurisprudencia puede también desarrollar la responsabilidad por riesgo a través de la interpretación del artículo 19 número 24 de la Constitución, pero, a diferencia de lo que proponen los profesores Oelckers y Pantoja, que se acerca al derecho español, donde la responsabilidad objetiva es la regla general y la responsabilidad extracontractual del Estado se ha construido precisamente a partir de la ley de expropiación³⁶, limitándola y dándole un carácter francamente excepcional, donde, por una parte, el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas quede fuera de toda duda y, además, donde la actuación de la Administración sea legal y ajena a toda falta. Conceptos como los de "lesión", "sacrificio especial", deberán especificarse teniendo presente que el Estado sólo puede comprometer su responsabilidad por falta de servicio y que en estos casos hay una expropiación legal, que debe ser tratada como tal.

Sin embargo, a pesar de lo anterior y porque estimamos que las situaciones que pueden cubrir son tan excepcionales, creemos que la vía para ampliar el campo de la responsabilidad es a través de la noción de presunción de falta.

³⁵ Informe de la Cuarta Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, pág. 79, Informe Proyecto de Ley, Boletín 601-06 de julio de 1986, pág. 390.

³⁶ Ver Eduardo García de Enterría, Artículo citado, Osvaldo Oelckers Carnus, Artículo citado.

La utilización de la institución de la presunción de falta, ya sea como obra de la jurisprudencia o por la ley, debería tener una enorme gravitación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado. No es el caso entrar aquí al análisis en profundidad del tema. Nos referiremos únicamente a la posibilidad de englobar las múltiples situaciones de la responsabilidad por riesgo dentro de la noción de presunción de falta. En una importante obra titulada "La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité", de François Llorens-Frayse³⁷, se dedica una sección al estudio de la relación entre la presunción de falta y la responsabilidad sin falta. Después de señalar que la presunción opera únicamente dentro de la noción de responsabilidad por falta, expresa las dificultades de la distinción, siendo en último término una cuestión de necesidad de prueba. Si la Administración puede en definitiva exonerarse a través de la prueba, es un sistema por falta; si no puede, es sin falta. Expone tres concepciones. Una que califica de mediana, otra que denomina extensiva de la responsabilidad sin falta y, por último, otra que denomina extensiva de la responsabilidad por falta. Esta última, basada en la concepción del profesor Anselek, expuesta en su trabajo: "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative"³⁸. La tesis del profesor, muy celebrada por el autor que lo cita, consiste en extender la responsabilidad por falta a la mayoría de los casos de responsabilidad por riesgo, excluyendo casi únicamente a los casos de responsabilidad objetiva contemplados en la ley. Sostiene que en los casos de riesgo como la Administración puede exonerarse probando fuerza mayor, nos encontramos en un sistema de responsabilidad por falta, jugando plenamente la noción de presunción de falta.

Resulta imposible exponer dentro de los límites de este trabajo la idea del profesor Anselek. Limitémonos a señalar que François Llorens-Frayse la adopta plenamente, señalando como consecuencia primera que, en los casos límites el criterio de distinción entre la responsabilidad con o sin falta reside en el efecto exoneratorio de la fuerza mayor, siendo los casos donde se admite, casos de presunción de falta. Segundo, y más importante, obliga a considerar como presunción de falta todos los casos en que la fuerza mayor fuera de la culpa de la víctima, constituye la única causa de exoneración.³⁹

³⁷ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1985.

³⁸ Mélanges Eisenmann, Ed. Cujas 1975, pag 233.

³⁹ François Llorens-Frayse, *Obra citada*, págs. 177 y 178.

Como ejemplo en Chile de una presunción de falta por vía legislativa, se puede considerar el artículo 177 de la ley 18.290 denominada Ley de Tránsito, que establece la responsabilidad del ente público por los daños causados con ocasión de un accidente, consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su señalización, como lo propusimos en nuestra ponencia en las XV Jornadas de Derecho Público⁴⁰.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Desearnos terminar nuestros comentarios señalando que, a pesar de reconocer que muchos autores sostienen que la responsabilidad por falta se encuentra sobrepasada constituyendo un estadio primitivo en la evolución jurídica, pareciendo mejor adaptada al mundo moderno, la responsabilidad sin falta, ya sea basándose en el principio de igualdad ante las cargas públicas, o por una "responsabilidad de equidad" y una "socialización de los riesgos", la falta de servicio, a nuestro juicio, constituye el sustento esencial de la responsabilidad del Estado y de la legalidad de la actuación de la Administración. Como señala Michel Paillet⁴¹, extender la responsabilidad sin falta hace retroceder el principio de la legalidad, ya que la responsabilidad comprometida es una triste compensación a la burla de la legalidad que no se ha querido sancionar. Cita el caso de su aplicación a los actos de gobierno, donde no hay control de la legalidad y donde la responsabilidad sin falta ha sustituido a ese control. Cita también a Braibant, respetado miembro del Consejo de Estado, quien señala que la responsabilidad sin falta es un medio muy cómodo para el juez de paliar las insuficiencias de la acción administrativa sin criticarla o censurarla, pudiendo ser, en el límite, la manera elegante de camuflar una voluntad de dejar las manos libres a la Administración. En definitiva sería un retroceso en la evolución jurídica y no una evolución.

El autor continúa, citando a Hauriou, en comentario de 1905 y Richer, "sería temerario concluir que esta constituye un progreso sobre aquella", porque "nada obliga a admitir que la transformación de la Administración en una aseguradora universal es un ideal absoluto", "la falta de servicio público continúa siendo un instrumento precioso al servicio de la responsabilidad administrativa. La pluralidad de funciones que ella asegura

⁴⁰ Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas. Artículo citado.

⁴¹ Obra citada, pag. 395.

permite un equilibrio sutil: la víctima no es olvidada, pero el autor del daño se encuentra estrechamente controlado; o sea, sancionado". Todo lo anterior, termina el autor, a condición que el juez defina en forma rigurosa y precisa las obligaciones administrativas que sanciona a través de la responsabilidad por falta de servicio. En otros términos, que se cumpla con el propósito que tuvieron los profesores de derecho administrativo que propusieron el año 1983 este sistema de responsabilidad para el Estado de Chile.

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DEFENSA

Año 1 Julio 2000 N° 1